

# **UNIVERSIDAD DE LAS AMERICAS**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**“EL DERECHO DE COMPETENCIA DE MERCADO EN EL ECUADOR”**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PRESENTADO EN CONFORMIDAD A LOS  
REQUISITOS PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO**

**PROFESOR GUÍA: DR. PAÚL CORRAL PONCE.**

**AUTOR: MARÍA SALOMÉ CAMINO SALTOS**

**2008**

Quito D.M., 31 de Julio de 2008

Señor Doctor  
Alfredo Corral Borrero  
Decano Facultad de Jurisprudencia  
UNIVERSIDAD DE LAS AMERICAS  
Quito-Ecuador

REF: TRABAJO DE TITULACION DE LA ESTUDIANTE MARIA SALOME CAMINO SALTOS.

Estimado Señor Decano:

Yo, PAUL FERNANDO CORRAL PONCE, en mi calidad de Profesor Guía, declaro que el presente trabajo de titulación sobre el tema "El Derecho de Competencia de Mercado en el Ecuador", para optar por el título de Abogada, fue realizado por la Señorita María Salomé Camino Saltos, y ha sido elaborado bajo mi orientación y guía.

Atentamente,



Dr. Paul Corral Ponce

## **Agradecimiento**

Defender la verdad en ciertas ocasiones requiere de valentía, coraje y buen ánimo; nuestra profesión refleja esta realidad como ninguna otra, nuestros fundamentos nos permiten avanzar día a día en la labor de servir; la justicia, la equidad, la igualdad y la libertad constituyen la base del ser y del deber ser de todo abogado.

Ahora que han trascurrido ya varios años desde el comienzo de este camino, cómo no sentir alegría hoy que se ha hecho realidad, y, cuando la vida me ha permitido crecer día a día junto a quienes indudablemente hoy son la razón de mi existir, quisiera en esta oportunidad agradecer a papá y a mamá, que desde siempre fueron mi inspiración, a mis queridos hermanos, que supieron ser la fortaleza del día a día, a mis inolvidables maestros que con su tenacidad supieron despertar en mí el deseo del saber.

El agradecimiento se dirige siempre a personas únicas, a aquellas que enriquecen el alma, gracias a aquellos que colaboraron para que ahora sea mi profesión, mi alma y mi razón de ser.

**María Salomé Camino Saltos.**

## RESUMEN

La presente investigación sobre "El Derecho de Competencia de Mercado en el Ecuador", pretende hacer un breve análisis sobre la normativa jurídica que existe a nivel nacional y comunitario sobre libre competencia, además de establecer la importancia de contar con una ley nacional especializada en materia de defensa de la competencia, que proteja a los competidores y a los consumidores, y sancione las prácticas o conductas que alteren, lesionen o contravengan la competencia leal, transparente y libre.

Este trabajo se ha dividido en cinco capítulos: El Capítulo I, trata sobre las generalidades y aspectos principales de la competencia como materia principal de la investigación, conjuntamente con un análisis de los antecedentes históricos que dieron origen a la defensa de la competencia, desde el derecho antitrust norteamericano hasta el surgimiento de la competencia desleal en Europa. Corresponde también a este capítulo la conceptualización y definición de varios términos y figuras que intervienen en el mercado y las principales prácticas que restringen la libre competencia.

En el Capítulo II, se dedica exclusivamente al derecho nacional, es decir, se hace un breve análisis de las normas dispersas sobre materia de libre competencia que se encuentran en la normativa ecuatoriana, partiendo de la Constitución Política del Ecuador (1998), que garantiza la libertad de los ciudadanos de participar libremente en el mercado, de elegir y de acudir a los órganos competentes para exigir el cumplimiento de sus derechos, reconoce además en el artículo 244, el deber del Estado de promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, de impulsar la libre competencia y sancionar las prácticas que lesionen o distorsionen la misma.

En el Capítulo III, se hace un análisis del tratamiento que se le da a la defensa de la competencia en la Comunidad Europea, en la Comunidad Andina y en legislaciones de otros países. Respecto de la Normativa Andina se observan las Decisiones 608 y 616 que tratan la materia de manera específica.

En el Capítulo IV, se hace un estudio de los diferentes proyectos de ley que se han intentado promulgar en el Ecuador en los últimos años, sin éxito, se quiere establecer las principales innovaciones, ventajas y desventajas de establecer uno u otro organismo de control de defensa de la competencia en nuestro mercado.

Finalmente, en el Capítulo V, se encuentran las conclusiones y recomendaciones que ha dado lugar la investigación realizada.

# INDICE

## CAPÍTULO I

<b>1.- INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>PÁG. 1</b>
<b>1.1.- ASPECTOS GENERALES SOBRE LA COMPETENCIA.....</b>	<b>PÁG. 1</b>
<b>2.- UBICACIÓN DE LA MATERIA EN EL ÁMBITO JURÍDICO, ECONÓMICO Y SOCIAL .....</b>	<b>PÁG. 6</b>
<b>3.- DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....</b>	<b>PÁG. 8</b>
<b>4.- PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA .....</b>	<b>PÁG.12</b>
<b>4.1.- COMPORTAMIENTOS DE LOS MERCADOS – DEFINICIONES BÁSICAS DE ANÁLISIS .....</b>	<b>PÁG.12</b>
<b>4.1.1.- ESTRUCTURAS DE MERCADO.....</b>	<b>PÁG.13</b>
<b>4.1.2.- MERCADO RELEVANTE – DEFINICIÓN Y TIPOS.....</b>	<b>PÁG.19</b>
<b>4.1.3.- BARRERAS JURÍDICAS Y ECONÓMICAS DE LOS MERCADOS .....</b>	<b>PÁG.20</b>
<b>4.1.4.- POSICIÓN DOMINANTE.....</b>	<b>PÁG.21</b>
<b>4.1.4.1.- ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE.....</b>	<b>PÁG.24</b>
<b>4.2.- ANÁLISIS SOBRE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA.....</b>	<b>PÁG.26</b>
<b>    a) PRÁCTICAS HORIZONTALES (ACUERDOS HORIZONTALES) .....</b>	<b>PÁG.28</b>
<b>    b) PRÁCTICAS VERTICALES (ACUERDOS VERTICALES) .....</b>	<b>PÁG.30</b>
<b>4.2.1.- PRÁCTICAS COLUSORIAS.....</b>	<b>PÁG.31</b>
<b>4.2.1.1.- ACUERDO.....</b>	<b>PÁG.34</b>
<b>4.2.1.2.- ASOCIACIÓN DE EMPRESAS.....</b>	<b>PÁG.34</b>
<b>4.2.1.3.- PRÁCTICAS CONCERTADAS.....</b>	<b>PÁG.35</b>
<b>4.2.1.4.- PRÁCTICAS CONSCIENTEMENTE PARALELAS.....</b>	<b>PÁG. 35</b>

## **CAPÍTULO II**

**5.- PRINCIPALES NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE  
COMPETENCIA EN EL ECUADOR .....PÁG. 37**

**6.- NORMAS DISPERSAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA  
SOBRE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA – PRINCIPALES  
NORMAS LEALES- .....PÁG. 41**

**6.1.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO  
.....PÁG. 41**

**6.2.- LEY DE COMPAÑÍAS.....PÁG. 42**

**6.3.- CÓDIGO PENAL ECUATORIANO.....PÁG. 43**

**6.4.- LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL – COMPETENCIA DESLEAL  
.....PÁG. 45**

**6.5.- LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO.....PÁG. 48**

**6.6.- LEY PARA LA TRANSFORMACIÓN ECONÓMICA DE ECUADOR RO.  
No.34, DEL 13 DE MARZO DEL 2000. REFORMAS A LA LEY ESPECIAL DE  
TELECOMUNICACIONES .....PÁG. 48**

**PROYECTO DEL REGLAMENTO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS PARA  
PROMOVER Y PROTEGER LA LIBRE COMPETENCIA EN EL SECTOR DE  
TELECOMUNICACIONES PROPUESTO POR LA PRESIDENCIA DEL  
CONATEL (DR. JUAN CARLOS SOLINES).....PÁG. 49**

**7.- DERECHO DE CONSUMO – LEY ORGÁNICA DE DEFENSA  
DEL CONSUMIDOR, DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL  
CONSUMIDOR.....PÁG. 53**

**7.1.- RELACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES CON EL  
DERECHO DE COMPETENCIA.....PÁG. 56**

**7.2.- PRÁCTICAS ABUSIVAS DE MERCADO PROHIBIDAS POR LA LEY  
ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.....PÁG. 61**

**8.- DERECHO DE COMPETENCIA Y DERECHO DE CONSUMO-  
DIFERENCIAS.....PÁG. 62**

## **CAPÍTULO III**

**9.- TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA –  
PARTE PERTINENTE A LIBRE COMPETENCIA Y ORGANISMO  
COMPETENTE.....PÁG. 65**

**10.- LA COMUNIDAD ANDINA FRENTE A LA LIBRE  
COMPETENCIA.....PÁG. 68**

**10.1.- ACUERDO DE CARTAGENA.....PÁG. 68**

**10.2.- DECISIÓN 608 – NORMAS PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN  
DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA .....PÁG. 71**

**10.3.- DECISIÓN 616 – ENTRADA EN VIGENCIA DE LA DECISIÓN 608  
PARA LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.....PÁG. 76**

**11.- DERECHO COMPARADO – BREVE ANÁLISIS DE LAS  
LEGISLACIONES DE ARGENTINA, ESPAÑA, CHILE, MÉXICO,  
ESTADOS UNIDOS Y PERÚ SOBRE LIBRE COMPETENCIA  
.....PÁG. 78**

**11.1.- LEGISLACIÓN ARGENTINA Y ÓRGANO COMPETENTE .....PÁG. 78**

**11.2.- LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y ÓRGANO COMPETENTE .....PÁG. 81**

**11.3.- LEGISLACIÓN CHILENA Y ÓRGANO COMPETENTE.....PÁG. 83**

**11.4.- LEGISLACIÓN MEXICANA Y ÓRGANO COMPETENTE .....PÁG. 84**

**11.5.- LEGISLACIÓN DE ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA Y  
ÓRGANO COMPETENTE.....PÁG. 85**

**11.6.- LEGISLACIÓN PERUANA Y ÓRGANO COMPETENTE.....PÁG. 88**

## **CAPÍTULO IV**

**12.- PROYECTOS DE LEY EN MATERIA DE COMPETENCIA  
QUE HAN SIDO PRESENTADOS EN EL ECUADOR .....PÁG. 92**

**13.- TEXTO DE PROYECTOS DE LEY QUE SE PLANTEAN Y SE  
ESTUDIAN EN EL GOBIERNO DEL ECONOMISTA RAFAEL  
CORREA DELGADO, A FIN DE IMPLEMENTAR UNA  
LEGISLACIÓN REGULATORIA DE LA COMPETENCIA(2007)  
.....PÁG. 99**

**13.1.- PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE COMPETENCIA  
.....PÁG. 99**

**13.2.- PROYECTO DE LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
PROMOVIDO POR EL GOBIERNO EN LOS MINISTERIOS DE  
INDUSTRIAS Y COMPETITIVIDAD; ECONOMÍA Y FINANZAS, EN  
COLABORACIÓN CON LA TRIBUNA DEL CONSUMIDOR  
.....PÁG. 103**

## **CAPÍTULO V**

**14.- CONCLUSIONES.....PÁG.108**

**15.- RECOMENDACIONES.....PÁG.109**

## CAPÍTULO I

### 1. INTRODUCCIÓN

#### 1. 1. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA COMPETENCIA<sup>1</sup>

El objetivo del presente capítulo es brindar un marco dentro del cuál puedan integrarse los distintos temas que conforman la base del derecho de competencia; para ello definiremos qué se debe entender por competencia, cómo evolucionan los mercados entorno a la competencia, qué es derecho de defensa de la competencia, identificar cuáles son las prácticas antimonopólicas que se quieren evitar a través de la promulgación de una ley que regule el mercado ecuatoriano y algunas normas dispersas en nuestra legislación.

Los socios o accionistas de las empresas que actúan dentro del mercado, lo que buscan siempre es el éxito, situación que pretende ser uno de los elementos esenciales de la competencia.

Baylos Corroza, señala que *“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 de derecho”*<sup>2</sup>. Son justamente estos vicios a los que se refiere el profesor Baylos Corroza, los que hacen necesario el accionar jurídico sobre la competencia económica.

Es completamente lícito que una persona<sup>3</sup> pretenda adquirir más clientes y es lícito también, que compita dentro del mercado desencadenando una serie de conflictos con los demás oferentes que buscan el éxito económico y la posibilidad de brindar satisfacción a los consumidores.

Dependiendo del punto de vista de cada grupo económico, la competencia tiene varias aristas y el accionar del derecho es variado; así, para los vendedores de bienes y servicios, la

---

<sup>1</sup> Para esta investigación utilizaremos la voz competencia para referirnos a la concurrencia de dos o varios oferentes en un mismo mercado, es decir trataremos de competencia económica y no jurídica, salvo se indique expresamente lo contrario.

<sup>2</sup> Baylos Corroza, Hermenegildo, Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial e intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal, 1978, Cívitas, Madrid, p.226.

<sup>3</sup> Ente capaz de contraer derechos y obligaciones; según Guillermo Cabanellas de Torres, Persona es el ser humano capaz de derechos y obligaciones/ Persona jurídica, ente que, no siendo hombre o persona natural, es susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

competencia se basa hipotéticamente en un mercado sano y sin distorsiones; sin embargo, la realidad es otra y el derecho actúa frente a ello mediante leyes antimonopólicas, normas de defensa de la competencia que permitan regular los vicios del mercado.

Félix Nazar Espeche, señala *"La competencia se da cuando las pretensiones de varios oferentes no pueden tener éxito todas al mismo tiempo, y se basa en ofrecer la mayor cantidad y a los mejores precios"*<sup>4</sup>. Es por ello que las empresas que proveen al consumidor los mismos productos se encuentran siempre en estado de rivalidad y competencia, lo que conlleva a que el éxito para una empresa sea una oportunidad de pérdida para otra. En el ámbito de la libre competencia es perfectamente lícito, como se expresa anteriormente, que una empresa por la oferta que presenta pueda quitarle un cliente a otra, causando detrimento a otros concurrentes. La competencia se admite, siempre que no se use para ello medios que en sí sean ilícitos.

La evolución del mundo ha hecho que el comercio diversifique sus fronteras; los productores y consumidores buscan cada día que sus necesidades sean satisfechas, por ello el derecho de la competencia tiene vinculación con el pensamiento económico y político. Así el analista económico Robbins<sup>5</sup> precisaba que "el objeto de la ciencia económica es definir el uso racional de los recursos escasos de acuerdo con una jerarquía de valores determinada", según esta presunción la ciencia económica se esfuerza por encontrar condiciones que permitan obtener el fin deseado de la manera más eficiente.

Esa actividad económica hace que el derecho mercantil dirija su atención a la protección de los derechos de los productores y consumidores, debido al papel que toma al respecto la publicidad y la reproducción de la competencia por la concentración económica. El jurista ecuatoriano, Víctor Cevallos<sup>6</sup> cita a Joaquín Garriguez, al referirse a la competencia señalando que *"La competencia es sin duda un concepto jurídico con móviles económicos"* y agrega *"que adquiere sentido con la libertad de empresa, cuya actividad externa es la destinataria de la competencia, la misma que se produce en el mercado, fundamentalmente dentro del sistema capitalista..."*.

El derecho de la competencia ha experimentado un gran desarrollo dentro de las ramas del derecho durante el último siglo, pueden encontrarse actualmente varios países del mundo como Estados Unidos, México, Argentina, Colombia y otros, donde la regulación de la legislación sobre la competencia económica ha dado grandes pasos, siendo un derecho

---

<sup>4</sup> NAZAR Espeche, Félix A. Defensa de la Competencia. Editorial Depalma. Buenos Aires. 2001

<sup>5</sup> ROBBINS, Lionel Charles. Ensayo sobre la naturaleza y significación de la ciencia económica. "Economía es la ciencia que estudia la conducta humana como una relación entre fines y medios limitados que tienen diversa aplicación." <http://www.zonaeconomica.com/definicion/economia>.

<sup>6</sup> CEVALLOS VASQUEZ, Víctor. Libre competencia derecho de consumo y contratos. Editorial Jurídica del Ecuador. Primera Edición. 2001.

funcional y dinámico, el derecho de la competencia se encuentra relacionado con otras ramas de ésta ciencia como el derecho penal, administrativo, societario, el de propiedad intelectual y del consumidor que será objeto de esta investigación más adelante.

Anteriormente, en otras legislaciones existían tan sólo normas aisladas sobre derecho de la competencia en algunos cuerpos legales, que lo que buscan proteger es una situación específica; lamentablemente, esto todavía sucede en el Ecuador.

El nacimiento del derecho de la competencia, está dado por el Derecho Comparado, que oportunamente dedicaré un capítulo de la investigación a este particular; sin embargo, es importante mencionar que el surgimiento del derecho de la competencia se dio en Estados Unidos con el derecho antitrust que sanciona particularmente el monopolio de empresas; a través de la Ley Sherman<sup>7</sup> publicada en 1890. Esta ley que sujeta a varias modificaciones y complementada con varios cuerpos normativos más actuales y voluminosos, es el inicio de una rama del derecho bastante compleja y apasionante, ésta ley bastante simple en el contenido y de apenas siete artículos sanciona dos tipos de delitos: los contratos y combinaciones que restringen el comercio y la monopolización; es decir, ha logrado que el mercado encuentre una base para su marco regulatorio junto con otras normas. Otra Ley que contribuyó con el nacimiento del derecho antitrust en Estados Unidos, es la Ley Clayton, que declara ilegales cuatro 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. La Ley de la Comisión Federal de Comercio, avanzó enormemente cuando declara ilegal la competencia desleal y las prácticas comerciales engañosas.

Con la Revolución Industrial originada en Gran Bretaña, se da la transición de una economía agrícola y artesanal a una economía más abierta y dominada por la industria, encontramos el intercambio comercial como uno de los fundamentos de la competencia.

La necesidad de ahorrar e invertir de los agricultores, permite apoyar el desarrollo del sector industrial entregándole un espacio privilegiado, éste mercado facilita a los agricultores su trabajo por medio de la mecanización de la agricultura, gracias a las herramientas que la industria podía proporcionarle; como cortadoras, empacadoras y fertilizantes.

Con Adam Smith<sup>8</sup> y su doctrina del liberalismo económico, se desata en el mundo una nueva corriente que permite armonizar los intereses propios con el interés general. Esta doctrina

---

<sup>7</sup> Ley Sherman Antitrust, sancionada el 2 de julio de 1890, incluida en el Código de los EEUU, tomo 15, modificada varias veces, complementada por la Ley Clayton de 1914 y la Ley de la Comisión Federal de Comercio de 1914.

<sup>8</sup> SMITH, Adam. "Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones", más conocida por su nombre abreviado "La riqueza de las Naciones" (1776).

afirma que el respeto a la ley del mercado y a la competencia son suficientes para garantizar el crecimiento de la economía y permitir la riqueza.

“Dejar hacer y dejar ser”, es uno de los principios que rigen esta doctrina, que reclama únicamente el respeto de las *libertades de emprender*, esto quiere decir que se favorezca la iniciativa: a) *de empleo*; es decir, desarrollando un dinamismo laboral que incremente la economía y b) *de intercambio*, dejando que los negocios conduzcan a cada país a buscar producciones que le favorezcan especializándose en ellas. El mundo ha evolucionado gracias a los grandes cambios que se dieron en el siglo XVIII y XIX, por ello la regulación de la competencia está vinculada con un sector industrial relativamente moderno, amplio y eficiente.

Fue precisamente en Europa a finales del siglo XVIII, con el triunfo de la Revolución Francesa, donde surge la competencia desleal; la libertad a la que dio origen la revolución significó que el acceso a los mercados sea cada vez mayor; sin embargo, esa libertad tuvo como consecuencia que los agentes económicos tengan conductas de deslealtad y rechazo a sus competidores.

La jurisprudencia francesa ha sido la creadora de la base de la teoría de la represión de la competencia desleal, basándose en el principio de responsabilidad por el daño causado; por ello, a principios del siglo XIX aparecen las primeras disciplinas del mercado.

Como lo manifiesta el profesor Garrigues<sup>9</sup> los soldados norteamericanos en la Segunda Guerra Mundial trajeron a Europa en sus mochilas la legislación de defensa de la competencia.

Tras la Segunda Guerra Mundial se internacionaliza el derecho de la competencia con la emisión de varias normas legales; especialmente en Alemania, se impulsó posteriormente el desarrollo del derecho europeo de la competencia e impusieron en los años siguientes numerosas normas que prohibían el abuso de posición de dominante en particular y no el monopolio en sí como lo hacía el derecho antitrust norteamericano.

La tradición europea ha dado mayor atención a lo relacionado con la competencia desleal y al derecho de propiedad industrial, la introducción del derecho antitrust fue realmente difícil en Europa debido las diferencias de procedimientos e interpretaciones jurídicas de las normas.

La diferencia entre el derecho de competencia europeo y norteamericano es justamente la libertad de interpretación con la que pueden actuar los jueces norteamericanos debido a sus sistema jurisprudencial y la limitación que tienen los jueces europeos al contar con un sistema

---

<sup>9</sup> Citado por Luis Brenguer Fuster, Vicepresidente del TDC, en el Congreso Internacional de Competencia, Panamá, octubre 1998. En su artículo: Excepciones a la prohibición de conductas colusorias. La regla de lo razonable y el derecho europeo. Publicado en el Boletín Latinoamericano de Competencia No. 5(parte 3). Noviembre 1998. <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/other.htm>

más codificado de normas; esto se evidencia a través de la limitación al aplicar la tipicidad de las conductas contrarias a la competencia<sup>10</sup>.

Con la evolución del derecho de integración; el Tratado de Roma, por el que se constituyó la Comunidad Económica Europea en 1957, (Versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), en el Título VI *Normas Comunes sobre Competencia, Fiscalidad y Aproximación de las Legislaciones*, sentó las bases para la regulación comunitaria de la competencia, "creando en cada país miembro una estructura mínima de protección de la competencia a los mercados sin perjuicio de las normas nacionales"<sup>11</sup>. La protección de la competencia se tomó como un instrumento de apoyo y como un mecanismo integrador de las economías de los estados miembros, además de ser sancionador de pactos que pretendan crear barreras de entrada y salida.

En América Latina, la legislación para evitar las prácticas monopólicas surgió a principios del siglo XX en Argentina; posteriormente, estas leyes se expandieron hacia Chile, Colombia y Brasil. La influencia de las leyes norteamericanas, provocó que éstas sean poco prácticas y difíciles de aplicar en países latinoamericanos por el sistema romanista continental en el que se basa su legislación y organización; además de las diferentes estructuras económicas que poseen, la poca industria desarrollada y estructuras de control débiles. Todos estos elementos hicieron que el traspaso de este tipo de legislación fracasara; es desde hace poco tiempo cuando comienzan a surgir verdaderas legislaciones al respecto, que serán analizadas con detalle más adelante.

En la legislación ecuatoriana existen algunos cuerpos normativos que contienen normas dispersas sobre libre de competencia, como la Ley Especial de Telecomunicaciones y la ley de Modernización del Estado y otros que contienen normas de competencia desleal, como la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, disposiciones legales que posteriormente se observarán.

---

<sup>10</sup>Tomado de Luis Brenguer Fuster, Vicepresidente del TDC, en el Congreso Internacional de Competencia, Panamá, octubre 1998. En su artículo: Excepciones a la prohibición de conductas colusorias. La regla de lo razonable y el derecho europeo. Publicado en el Boletín Latinoamericano de Competencia No. 5(parte 3). Noviembre 1998. <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/other.htm>.

<sup>11</sup>CABANELLAS de las Cuevas, Guillermo. Derecho Antimonopólico y Defensa de la competencia. Tomo I. Editorial Heliasta SRL. 2005.

## 2. UBICACIÓN DE LA MATERIA EN EL ÀMBITO JURÌDICO, ECONÒMICO Y SOCIAL

Como bien ilustra Guillermo Cabanellas de las Cuevas en su libro, Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia<sup>12</sup>, en el ámbito jurídico la legislación de la defensa de la competencia tiene gran importancia por la vinculación con las diversas ramas del Derecho; en tanto, permite aplicar los principios generales del mismo a los casos que se presenten en las relaciones de comercio. Los principios son varios y su aplicación depende de la especificidad de la situación a resolverse; así por ejemplo, la responsabilidad de los agentes económicos por conductas culposas puede hallarse en el ámbito civil o penal y la tipicidad de algunas conductas depende del ordenamiento jurídico que se esté analizando.

Las normas antimonopólicas desde su inicio en Estados Unidos han tendido una gran influencia penal, puesto que buscan sancionar a quienes corrompan las normas básicas de convivencia comercial en el mercado. Las sanciones pueden ir desde multas hasta la privación de la libertad en algunos casos. Por otro lado, la sanción de indemnización por los daños causados está encuadrada dentro del campo civil.

La defensa de la competencia se vincula con el Derecho Constitucional, en cuanto garantiza y protege el ejercicio a la libertad de empresa, de elección, de economía, de trabajo; garantiza la competencia, permite ejercer una industria lícita.

La Constitución Política del Ecuador en el *Preámbulo* reconoce: "los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz.... establece normas fundamentales que amparan derechos y libertades, que organiza el Estado e impulsan el desarrollo económico y social". Éstos ideales que inspiran la formación del Estado se hallan plasmados en el Artículo 23 numeral 17, que reconoce la *libertad de empresa*; numeral 18, que reconoce la *libertad de contratación*; y numeral 24 que, establece y garantiza *el derecho a la propiedad*; también se encuentran en el Artículo 242, que asegura a los habitantes una *existencia digna e iguales derechos y oportunidades de acceder al trabajo, a los bienes y servicios y a la propiedad de los medios de producción*.

Finalmente, el artículo de mayor trascendencia dentro del tema que se estudia es el número 244 de la Carta Constitucional que establece, en lo pertinente:

*"Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá:*

*1.- Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza (...).*

---

<sup>12</sup>CABANELLAS, de las Cuevas Guillermo. Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia. Tomo I. Editorial Heliasta SRL. 2005.

3.- *Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsiones; (...)*"

Este amparo constitucional permite al ciudadano actuar dentro del mercado, obligando al Estado a actuar con responsabilidad, para garantizar a sus miembros la participación en el mercado, sea como comprador o vendedor.

Las atribuciones que ha asumido el Estado, y que se encuentran contenidas en esta norma constitucional son vastas; es decir, este actuar del Estado no termina con la simple enunciación de una protección de derechos; va más allá, y esa precisamente es la vinculación del derecho de competencia con el derecho constitucional, ser el engranaje que permita día a día ir cumpliendo el mandato del pueblo.

Por otro lado, la vinculación del Derecho de Defensa de la Competencia con el Derecho Civil es grande, puesto que la legislación regulatoria de la competencia involucra obligaciones contractuales entre los agentes económicos, que en algún momento se verán amenazadas por el actuar de los mismos en el mercado, donde los principios del Derecho deberán participar para encontrar la solución a los inconvenientes que surjan de aquellas relaciones de comercio; indudablemente, la labor del derecho es extensa e involucrará, entre otras, situaciones que recaerán dentro del Derecho Sucesorio, debido a la tan mencionada participación de los agentes económicos en la economía.

La defensa de la competencia tiene relación también con el Derecho Administrativo, en tanto éste se preocupa por la regulación de los organismos estatales ya que delimita la participación de la autoridad y su accionar en la economía; por ejemplo, a través del otorgamiento de títulos<sup>13</sup> habilitantes, de la imposición de prohibiciones dentro de los procedimientos que para estos fines establezca la legislación sobre defensa de la competencia de cada país.

El Derecho de Defensa de la Competencia en ámbito de la Ciencia Económica, busca proporcionar un marco que proteja el comportamiento de la libre competencia de la producción de bienes y servicios dentro de la economía. Ahora bien, es apropiado que para que las normas jurídicas cumplan su cometido, es importante que se establezcan reglas que le permitan a la autoridad determinar los efectos de las conductas anticompetitivas de los agentes económicos.

---

<sup>13</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. Editorial Heliasta. 2001. Pág.385. Título.- Fundamento de un derecho u obligación. Documento que prueba una relación jurídica. Demostración auténtica del derecho que se posee. Título Hábil.- El que resulta eficaz por reunir los requisitos legales.

Esta situación tiene compatibilidad con el Derecho Económico, donde la legislación sobre defensa de la competencia presupone conductas determinadas que permiten identificar los efectos en la producción de bienes y servicios.

El análisis económico del Derecho busca conocer, explicar y evaluar las conductas de la sociedad y las consecuencias de ello en el sistema jurídico. Estas consecuencias van desde la producción, pasando por la distribución, hasta llegar al consumo de los bienes y servicios.

Según Guillermo Cabanellas de las Cuevas, criterio que comparto; el análisis económico del derecho de defensa de la competencia es esencial para la aplicación de la legislación, lo que busca es “determinar si una conducta es o no lesiva para el interés económico general”; como por ejemplo, concentraciones económicas, restricciones de competencias y abusos de posición dominante. Lo que la legislación y el derecho de defensa de la competencia pretenden hacer, es fijar límites dónde las prácticas de los agentes económicos puedan alcanzar el bien común y se proteja el bien jurídico de libre competencia.

En el ámbito social, el desarrollo del derecho de defensa de la competencia impone grandes retos y oportunidades para quienes participan en el mercado; éste tipo de legislación no sólo tiene connotaciones económicas sino que va más allá de ellas. Lo que busca es que el sistema productivo sea cada día más eficiente para atender estas exigencias de la sociedad y de la vida económica.

El Derecho en virtud de su naturaleza social ha respondido de la siguiente manera; mediante normas que regulan las conductas que eliminan, restringen o impiden la libre competencia; normas sancionadoras de las prácticas desleales; y mediante normas que regulan los derechos de los consumidores.

### **3. DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

Como bien lo señala Belisario Betancur<sup>14</sup>, *“no es tarea fácil definir cuál es el contenido del derecho de la competencia, porque dicho derecho no obtiene su unidad del dominio en el cual se aplica, sino de las finalidades que se encuentra destinado a perseguir. Se le ha llamado el conjunto de normas jurídicas que regula la rivalidad entre los distintos agentes económicos para la búsqueda y conservación de una clientela.”*

---

<sup>14</sup> BETANCUR, Belisario. Aproximaciones al Derecho de Competencia. Palabras del Presidente de la Fundación Santillana, al inaugurar el Seminario sobre la materia: Junio de 1997.

Por otro lado, es interesante citar en este momento al jurista ecuatoriano Víctor Cevallos Vásquez<sup>15</sup>, para analizar la definición de derecho de competencia, dice que éste tiene varias significaciones; la primera, la que busca regular y asegurar la vigencia de la competencia de modo tal que los participantes en el mercado; esto es, empresarios y productores, puedan hacerlo libremente poniendo en juego su creatividad - dice el autor- bajo derecho y bajo normas éticas, explica también, que la doctrina acepta la libre competencia y que en sentido jurídico, *equivale a igualdad de los competidores ante el derecho*.

Otra significación es la normatividad, la que busca proteger los intereses de los consumidores, esto implica que los productores o los intermediarios, dice el doctor Cevallos, hagan llegar a los consumidores finales productos de alta calidad y precios justos como resultado de la competencia.

Finalmente, el autor da un último significado del derecho de competencia y es que, deberá entenderse que este derecho se ocupa también de la creación y funcionamiento de órganos del Estado que busquen por un lado, controlar la competencia, previendo que ésta no se restrinja o ausente del mercado y por otro, que no se produzca la competencia ilícita.

Corresponde decir que, el derecho de competencia pretende regular la participación de los agentes económicos en un plano de libertad, utilizando todos los medios lícitos que le sean posibles para disputarse, un mercado o parte de él, a través de ofertas de calidad, buen precio y mejores condiciones de los bienes y servicios para los consumidores.

Ahora bien, es Germán Coloma<sup>16</sup>, quien define a la competencia como “[...] *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*”.

Según este autor existe dos modos generales de llevar a cabo la defensa de la competencia, la primera, se la conoce con el nombre de “*política de comportamiento*”, que consiste en el conjunto de procedimientos de tipo jurisdiccional que pretenden sancionar las acciones pasadas o presentes que han realizado los agentes económicos en violación a ciertas normas. Estas sanciones pueden ser de carácter económico, como la imposición de multas o indemnizaciones, pueden también ser órdenes de cese de la actividad o incluso la prisión, si la legislación de un país lo contempla.

El otro modo de regular la defensa de la competencia es lo que se conoce como “*política estructural*”, que consiste en defender la competencia antes que se produzcan las conductas nocivas o abusivas por parte de los agentes económicos. Este tipo de políticas implican el uso

---

<sup>15</sup> CEVALLOS VÁSQUEZ, Víctor. Libre competencia, derecho de consumo y contratos. Editorial jurídica del Ecuador. Primera Edición 2001.

<sup>16</sup> COLOMA, Germán. Defensa de la Competencia – Análisis Económico Comparado-. Editorial Ciudad Argentina. Primera edición. 2003

de medidas que influyen en el número y el tipo de empresas participantes en el mercado. Estas medidas van desde, el control a los procedimientos de autorización de fusión o adquisición de empresas que pretenden influir en los mercados a través de una concentración económica.

Estos dos modos de regulación se realizan a través de la intervención del Estado y de manera excepcional, ya que lo que se busca es que los mercados funcionen libremente y que, el derecho de defensa de la competencia aparezca sólo cuando ciertos hechos presupongan que la competencia se encuentra amenazada por prácticas contrarias a la competencia.

Es mi criterio que para la defensa de la competencia, la intervención del Estado deberá ser indirecta y general, puesto que su alcance y finalidad es amplio; en tanto, abarca todas las actividades comerciales y la producción de bienes y servicios; la defensa de competencia, se diferencia de la intervención directa del Estado porque no implica una regulación constante, ni necesita que el Estado continuamente esté fijando precios, niveles de inversión o índices de liquidez. Estas situaciones son propias de los servicios públicos<sup>17</sup> y de regulación bancaria, en donde la participación del Estado sí es indispensable.

El deber del Estado es garantizar la participación activa en el mercado de todos los sujetos que deseen hacerlo; es decir, debe garantizar el funcionamiento del mercado generando mayor competencia y limitando las prácticas nocivas para la misma.

La defensa de la competencia conlleva el bienestar común y el interés colectivo, lo que constituye un valor jurídico que nuestra Constitución protege otorgándonos garantías para asegurar su ejercicio.

Dromi<sup>18</sup>, al hablar de los valores jurídicos involucrados en el régimen de defensa de la competencia, explica que pueden ser vistos desde dos planos; el de los valores stricto sensu y el de las regulaciones; dice que, los primeros tienen que ver con los aspectos políticos de la competencia; es decir, con la relación de economía y mercado y de éstos con la competencia. Los valores involucrados en la defensa de la competencia son los de la democracia liberal, como la libertad, la igualdad, la legalidad, la propiedad; y los valores sociales, como la dignidad, solidaridad y justicia distributiva.

---

<sup>17</sup> “Entendemos por Servicios Públicos, las actividades, entidades u órganos públicos o privados con personalidad jurídica creados por Constitución o por ley, para dar satisfacción en forma regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, bien en forma directa, mediante concesionario o a través de cualquier otro medio legal con sujeción a un régimen de Derecho Público o Privado, según corresponda”, definición tomada de Luis Caicedo. Derecho Administrativo. Edición 11ra. Venezuela.

<sup>18</sup> DROMI, Roberto. Competencia y Monopolio. Argentina, MERCOSUR y OMC. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura. 1999.

Los valores vistos desde el plano de las regulaciones son los que relacionan al derecho y a la competencia, abordando cuestiones de orden público económico; es decir, que los valores de stricto sensu en sí mismos, al estar plasmados en una norma constitucional componen la sustancia del ordenamiento económico y en sí en los fundamentos de un orden público económico, en cuanto son reglas mínimas para el desarrollo de la vida económica de un país.

Sabemos que el mercado es la interacción de varios sujetos que proponen un intercambio económico de bienes y servicios, para satisfacer necesidades de terceros; la participación del Estado debe ser de carácter orientativo y garantizador de derechos, especialmente el de libre participación (libre competencia) y libre elección.

La libertad económica es vista como base para la estructuración del derecho constitucional actual, para Alberdi<sup>19</sup> “la libertad económica es trabajar, adquirir, enajenar bienes privados; luego todo el mundo es apto para ella sea cual fuere el sistema de gobierno”, asimilando la libertad económica con la libertad civil de los individuos; implica también propiedad privada, libertad de mercado y bienestar común.

La libertad de elección que tienen los consumidores permite que se desarrollen en un mercado donde el funcionamiento de éste se halle relacionado con la defensa de la libre competencia y la transparencia del mercado.

La Constitución Política en el Artículo 23 numeral 4, reconoce y garantiza el derecho a la libertad; ésta a su vez, permite remitirse a otros numerales del mismo artículo que implican la libertad económica, así: 16) la libertad de empresa, con sujeción a la ley; 17) la libertad de trabajo [...]; 18) la libertad de contratación, con sujeción a la ley; 19) la libertad de asociación y reunión, con fines pacíficos; y, 23) El derecho a la propiedad, en los términos que señala la ley; sin las cuales no puede haber mercado, porque ello presupone la existencia de un acuerdo de precios, cantidades y calidad. Dromi, dice “*no hay pacto válido sin libertad. Ergo<sup>20</sup>, no hay mercado sin libertad<sup>21</sup>*”.

La iniciativa privada de participar en el mercado y entrar en el juego de la oferta y la demanda es parte de esta libertad reconocida constitucionalmente. Ahora bien, el Estado tiene plena facultad de exigir ciertos requisitos, sin discriminación vale decir, a quienes pretendan participar en el mercado prestando servicios que por norma constitucional le corresponden a él y que por concesión otorga a los particulares.

---

<sup>19</sup> <http://dobledeblev.blogspot.com/2007/08/juan-bautista-alberdi-su-ideario.html>. Fuente: “Ideas sobre la Libertad”. Nros. 44 (Año XXVI. Octubre de 1984. Selección de escritos de Alberdi hecha por Raúl Oscar Abdala) y 45 (Año XXVII. Marzo de 1985) Publicación del Centro de Estudios sobre la Libertad.

<sup>20</sup> Fuente: Diccionario de la lengua española © 2005 Espasa-Calpe S.A., Madrid. ERGO: (voz lat.) conj. ilat. Por tanto, luego, pues.

<sup>21</sup> DROMI, Roberto. Competencia y Monopolio. Argentina, MERCOSUR y OMC. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura. 1999.

La defensa de la competencia lo que busca garantizar es que esa libertad de elección y esa libertad económica se den en condiciones igualitarias<sup>22</sup> (Artículo 23, numeral 3, de la Constitución Política del Ecuador) para todos los que participen en el mercado, no pretende garantizar el éxito a todos, sino la posibilidad de acceder y posteriormente el mismo mercado elegirá a los más eficientes. La competencia en sí lleva la esencia de desigualdad, lo que es lógico porque sin ello no habría la posibilidad de elegir por parte del consumidor y de competir por parte de los proveedores, fabricantes y productores.

La intervención del Estado puede verse en el caso de las pequeñas y medianas empresas, a través del otorgamiento de ayudas o beneficios para que puedan acceder al mercado en condiciones de igualdad y libertad. Esa intervención es adecuada cuando conserva los límites y no los coloca en una categoría superior a los demás; entonces, el mercado por un proceso natural irá eliminando a los que se muestren más eficientes.

#### **4. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA**

##### **4.1. COMPORTAMIENTO DE LOS MERCADOS – DEFINICIONES BÁSICAS DE ANÁLISIS**

Para involucrarnos en el mundo de la competencia y las prácticas o conductas que la alteran o lesionan, es conveniente establecer ciertas definiciones que nos ayudarán a comprender el desarrollo y la evolución de un mercado que pretende ser el “monstruo” de la legislación; con sus altos costos de transacción, posiciones dominantes, prácticas restrictivas y concentraciones.

Debemos saber que para que el mercado funcione correctamente es importante que exista lo siguiente: una libre y transparente información, que los agentes económicos sepan cuáles son sus derechos y cuáles sus obligaciones, la efectividad de cumplimiento de sus pactos y contratos (garantías) y finalmente en caso de incumplimiento los resarcimientos de daños que los amparan. Por ello, la participación de Estado es subsidiaria como ya se ha expuesto e involucra la protección al consumidor, el control de prácticas anticompetitivas y garantía de competencia libre, sana y justa.

---

<sup>22</sup>Debe entenderse como la facultad de participar en el mercado o de acceder a él, bajo las mismas oportunidades, derechos, libertades, sin discriminación alguna. Igualdad ante la ley.

#### 4.1.1. ESTRUCTURAS DE MERCADO

Gustavo Saldarriaga Lopera<sup>23</sup>, nos ilustra adecuadamente sobre la importancia del procedimiento de análisis que se debe seguir para determinar si las operaciones de una o varias empresas conducen a lesionar la libre competencia por las concentraciones económicas que pueden tener o la posición dominante de la que pueden gozar.

Nos explica que se debe determinar el mercado relevante en el que opera dicha empresa o grupo de empresas, el poder de mercado que tiene o tienen dentro del mismo y cuáles son las barreras de entrada a ese mercado relevante.

Para Gustavo Saldarriaga Lopera, “En estas estructuras (de mercado- el agregado es mío) las fuerzas del mercado conducen a niveles de producción y precios catalogados de socialmente óptimos, donde el precio compensa los costos de producción, alcanzando un estado eficiente desde el punto de vista de la producción”<sup>24</sup>.

Para Manuel Abanto Vásquez<sup>25</sup>, “las estructuras del 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”.

De la investigación realizada al respecto, es propio establecer las principales estructuras de mercado o comportamientos de mercado dentro de la organización industrial:

##### a) Competencia Perfecta

Se concluye de lo analizado por Félix A. Nazar Espeche<sup>26</sup>, en su libro de Defensa de la Competencia, a esta estructura como aquel mercado en el que existen muchos productores que ofrecen un producto similar u homogéneo en condiciones de libre entrada y salida.

Para este autor la competencia perfecta en el campo industrial “es aquella en que se respetan las condiciones de un mercado”.

La competencia perfecta estudia las condiciones que son necesarias para que el mercado o los mercados se encuentren en equilibrio.

---

<sup>23</sup> Saldarriaga Lopera, Gustavo. Instrumentos de Análisis Económicos para el estudio de la Competencia. El Navegante Editores. Bogotá, Colombia. 1998.

<sup>24</sup> Saldarriaga Lopera, Gustavo, ibídem Página 84.

<sup>25</sup> Abanto Vásquez, Manuel. El Derecho de la Libre Competencia (Cárteles y Monopolios). San Marcos. Lima. 1997.

<sup>26</sup> Nazar Espeche, Félix A. Defensa de la Competencia. Editorial Depalma. Buenos Aires. 2001. Página 19.

Las condiciones para que se establezca un mercado en competencia perfecta son las siguientes:

- Como se ha mencionado anteriormente, que el producto sea similar u homogéneo; esto quiere decir, que para el consumidor sea indiferente si adquiere el producto de una u otra empresa; no existen marcas, por ello éste tipo de mercado en competencia perfecta se utiliza como modelo económico, para establecer en base a él variables e hipótesis; en un verdadero mercado de libre competencia, se obliga a las empresas a emprender verdaderas guerras publicitarias para lograr que el consumidor escoja entre un producto y otro, que siendo homogéneos gracias a la publicidad dejan de ser sustituibles para los consumidores.
- Capacidad de los fabricantes para poder utilizar o servirse de los recursos que crean necesarios dentro del proceso de producción de un bien o servicio con total libertad, éstos recursos deben poder obtenerse sin ninguna restricción; esto se conoce como la movilidad de los recursos, que permiten la libre entrada y salida de los productores o fabricantes al mercado.
- Existencia de un elevado número de compradores y vendedores, esto permite que la libre competencia impida que ese alto número de agentes económicos tomen posición en el mercado, porque las cantidades de productos ofertados son muy pequeñas en relación a ellos, por lo cual, no pueden influir individualmente y directamente sobre los precios.
- Dentro de un mercado en competencia perfecta todos los agentes económicos; es decir, tanto las empresas como los consumidores tienen una información perfecta, esto implica que tienen un acceso total y real sobre ella; conocen los precios de los productos, los factores, los posibles productos sustitutos que se ofertarán; la información es un bien muy escaso y de un costo muy elevado.

Este tipo de mercado se utiliza para analizar las consecuencias de las conductas de los agentes económicos dentro de los mercados, puesto que rara vez se configura un mercado en competencia perfecta se lo utiliza teóricamente, como se ha mencionado.

El equilibrio de un mercado en competencia perfecta se da cuando la oferta y la demanda son las mismas en virtud de un precio de equilibrio; éste puede variar y las consecuencias de esta variación son:

- Si el precio es inferior al del punto de equilibrio (del mercado en competencia perfecta), los productores elaborarán menos productos, por lo tanto la oferta se verá reducida. Las consecuencias de ello son que se genera un desabastecimiento

de bienes y servicios, la demanda se incrementa y los precios tienden a subir. Otra consecuencia es que la poca oferta genera que no se atiendan un grupo de consumidores que se encontrarían dispuestos a pagar un precio mayor al costo de la producción.

- Si el precio es superior al del punto de equilibrio (del mercado de competencia perfecta), los productores generan una mayor cantidad de productos aumentando la oferta, sobre abasteciendo el mercado y en consecuencia los precios tenderán a bajar.

En la realidad no se dan mercados en los cuales exista competencia perfecta, debido principalmente a los diferentes elementos que implican el desarrollo de la actividad económica como los costos de producción y las barreras de entrada existentes.

## **b) Competencia Imperfecta**

Los mercados en competencia imperfecta son aquellos que representan el opuesto al mercado ideal de competencia perfecta, donde la producción es menor y los precios son mayores.

En un mercado en competencia imperfecta las empresas son capaces de influir en el mercado, de tal modo que, pueden variar el precio de los productos alterando la cantidad que es ofertada a los consumidores.

Esta influencia de la que pueden gozar ciertos competidores dentro de un mercado de competencia puede ser controladora de precios; entre las causas que generan las imperfecciones del mercado, se tienen: los costos de producción y los gastos se pueden reducir, obligando a los competidores pequeños a desertar del mercado porque no podrían competir con los precios de los productos de las empresas grandes; otra causa que genera un mercado imperfecto, se encuentran las barreras de entrada que impiden muchas veces que los competidores potenciales no ingresen al mercado, éstas barreras como se ha mencionado en acápites anteriores pueden ser barreras legales o económicas.

Ahora bien, una de las ventajas de la existencia de los mercados en competencia imperfecta es la influencia que poseen sobre el mercado para el desarrollo de la tecnología e impulsan el desarrollo económico; podrían eventualmente generar más fuentes de empleo.

Las principales manifestaciones de este mercado son los monopolios, oligopolios y los mercados en competencia monopolística, que se estudian a continuación como estructuras de mercado:

### c) Mercado en Monopolio

Se da cuando en un mercado se encuentra un solo productor, proveedor y fabricante; es decir, cuando hay ausencia de competidores en un mercado determinado.

Se caracteriza por el alto poder de decisión que posee un solo productor, proveedor<sup>27</sup> o fabricante en un mercado para fijar precios y percibir altas ganancias monopólicas.

Es el extremo opuesto de la competencia perfecta, elimina la competencia es una distorsión de ella.

La competencia se caracteriza por la pluralidad de oferentes en un mismo mercado y la libertad de los consumidores de elegir, hablamos de una libertad económica y sin embargo, en el monopolio existe un solo oferente o un sólo productor o un sólo vendedor, donde los consumidores se ven *obligados* a comprarle a ese único productor o vendedor.

Los niveles de producción son muy bajos y generalmente deficientes, consecuentemente los precios son muy altos para el consumidor.

Las consecuencias de ello para el consumidor son que tendrán que adquirir el producto a un precio más alto por la poca oferta que tendrían, porque el monopolista absorbe para sí el excedente que crearían los consumidores de encontrarse en una mercado competitivo, aumentando indudablemente su ganancia.

Para el jurista, dice Baylos Corroza, es indispensable determinar que existen monopolios derivados de circunstancias simples que hagan imposible la competencia en la práctica (monopolios de hecho o monopolios naturales) y otros derivados de la "posesión de títulos jurídicos" que faculten prohibir la competencia convirtiéndola en ilícita, donde las consecuencias son las mismas para cada caso monopolista.

Baylos Corroza, también dice "el jurista sólo entiende por monopolio aquella situación en virtud de la cual la competencia queda prohibida jurídicamente para todos, menos para el monopolista mismo"<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Diccionario de la lengua española © 2005 Espasa-Calpe S.A., Madrid: **Proveedor,ra**:m. y f. Persona o empresa que abastece de algunos artículos necesarios.

#### d) Mercado Oligopólico

El oligopolio es un mercado – dice Saldarriaga Lopera<sup>29</sup> - con pocos productores debido a las barreras de entrada. Las acciones de unos y otros inciden en las ventas y beneficios del producto.

El oligopolio puede llegar a convertirse en un monopolio de pocos; es decir, tiende a producir conductas colusorias entre los oferentes o productores en un campo de competencia, todo esto dependiendo de las cualidades del mercado y de los concurrentes.

Debido a sus conductas anticompetitivas, el oligopolio presenta niveles de producción poco eficientes en algunos casos y precios acordados.

Dentro de este tipo de mercado, se encuentra el **duopolio**, que es una variante del oligopolio, éste se da cuando dos productores participan de una parte de un mercado determinado o específico, generan o producen un bien o servicio similar y los dos saben cuáles son las condiciones de demanda del mercado en el que se encuentran. Este mercado determinado es pequeño, porque de lo contrario sería imposible satisfacer las necesidades de los consumidores de aquel mercado.

El punto de equilibrio del precio del duopolio está dado por el acuerdo indirecto entre los dos competidores para participar en el mercado, puesto que, si uno de ellos incrementa su precio, los consumidores adquirirán los bienes o servicios producidos por el otro competidor.

#### e) Competencia Monopolística

Al respecto, Gustavo Saldarriaga Lopera<sup>30</sup> dice que es un mercado en el que se desarrolla la competencia con productos heterogéneos que pueden ser sustituibles entre sí con cierta facilidad.

En virtud de las características del producto cada concurrente o productor tiende a poseer cierto poder en el mercado, esto incluye el precio ofertado.

---

<sup>28</sup> Nazar Espeche, Félix A. Defensa de la competencia. Cita al profesor Baylos Corroza pág. 20, Editorial Depalma. Buenos Aires. 2001.

<sup>29</sup> SALDARRIAGA LOPERA, Gustavo. Instrumentos de Análisis Económicos para el estudio de la Competencia. El Navegante Editores. Bogotá, Colombia. 1998.

<sup>30</sup> SALDARRIAGA LOPERA, Gustavo. *Ibidem*.

Existe generalmente un número elevado de productos similares pero no idénticos, entre los cuales el consumidor puede escoger.

La competencia monopolística se le denomina también variación de producción porque constituye un caso de diferenciación de productos que no siendo idénticos son sustituibles.

Por otro lado, este comportamiento del mercado genera que cada productor pueda gracias a que las barreras de entrada y salida al mercado son libres, mejorar sus niveles de producción y ofrecer al consumidor mayor variedad.

Tanto el mercado oligopólico como el de competencia monopolística, son considerados como comportamientos del mercado en competencia imperfecta, donde las condiciones varían dependiendo de cada uno, donde las empresas individuales tienen cierto poder en el mercado y control sobre los precios y calidad de producción.

“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. Para que una empresa pueda tener el control sobre el precio de sus productos, tiene que ser capaz de limitar la competencia estableciendo barreras para el acceso de otras empresas.”<sup>31</sup>

Este estudio permite diferenciar los tipos de mercados que pueden desarrollarse; adicionalmente, permite que se puedan obtener conceptos claros y concluir que si bien el mercado de competencia perfecta presenta una ventaja para los consumidores finales, significa para los productores reservar sus armas para participar en el mercado, sobre todo porque deben conservar el punto de equilibrio del precio del mercado; ahora bien, es para los consumidores una ventaja, en tanto permite escoger el producto entre una amplia gama de opciones uno que satisfaga sus necesidades; sin embargo, ésta ventaja solo surge entre productos homogéneos propios del mercado perfecto.

Por otro lado, se puede determinar también que en el mercado que presenta un solo productor u ofertante, éste acapare el mercado y obligue a los consumidores a adquirir productos que se encuentran a un precio elevado, porque lo que busca el monopolista es generar mayores ganancias a través de cualquier medio. El reparto de mercados que surge con la competencia

---

<sup>31</sup> NEILSON, Jaime. Competencia Imperfecta y Poder de Mercado. Correo electrónico [jneilson@latinmail.com](mailto:jneilson@latinmail.com). Consulta realizada en foros de derecho, buscado en [www.google.com](http://www.google.com) - foros de derecho - competencia

duopólica y monopolística implica que, la competencia se vea alterada y que los derechos de los consumidores se afecten.

Lo que se puede concluir al respecto es que la utopía de la competencia perfecta, conlleva una serie de condiciones difíciles de generar en un mercado y que las variaciones de la competencia imperfecta, definitivamente estarán alterando la libre competencia de los agentes económicos. Es conveniente a la responsabilidad y ética de los empresarios para que las relaciones en el mercado se desarrollen dentro de las buenas costumbres y la ética y poder respetar finalmente el derecho a la libertad económica.

#### **4.1.2. MERCADO RELEVANTE. DEFINICIÓN Y TIPOS**

Veremos que la determinación del mercado relevante dentro del ejercicio de la libre competencia es primordialmente importante porque constituye un elemento necesario para poder analizar el fenómeno de la libre competencia y establecer una posición dominante de un producto o de cualquier concurrente al mercado.

Se deben tomar en cuenta varios factores según Roberto Dromi<sup>32</sup>, para poder determinar el mercado relevante como: productos, servicios, espacio geográfico, tiempo, consumidores y competidores reales o potenciales.

Es conveniente establecer que existen dos tipos de mercados relevantes, según la doctrina estudiada, estos son: mercado relevante de producto y mercado relevante geográfico.

##### **a) Mercado Relevante de producto**

El mercado relevante de producto involucra a *todos* los productos y servicios que se estén ofertando en el mercado que sean susceptibles de ser sustituidos por los consumidores; en razón de sus características, su precio o el uso que se haga de ellos; es decir, que sean fácilmente reemplazados por otros de las mismas características. Ahora bien, existe una disyuntiva al respecto puesto que quién esté determinando el mercado relevante y la posición dominante de un producto debe además establecer la capacidad de sustituibilidad del producto; esto quiere decir, que tiene que determinar si el consumidor adquiere un producto exactamente igual, idéntico o si basta con que sea un producto similar, entonces entra en juego la característica de intercambiabilidad de los productos en el mercado.

Es apropiado establecer algunas características del producto para determinar la posible sustitución del mismo; por ejemplo, características físicas es decir, el precio y uso del

---

<sup>32</sup> DROMI, Roberto. Competencia y Monopolio. Argentina, MERCOSUR y OMC. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura. 1999.

producto. Esas cualidades van generalmente juntas, así el precio es un indicador de falta de sustituibilidad de dos productos que podrían a simple vista por sus características pertenecer al mismo mercado. Un gran ejemplo dado por Gustavo Saldarriaga sobre la determinación de mercado relevante, es el del aceite de girasol y el aceite de oliva, sus características físicas los podrían ubicar en un mismo mercado; sin embargo, el precio de ambos productos los ubica en mercados diferentes.

#### **b) Mercado relevante geográfico**

Este se refiere al lugar o zona geográfica en la que se desarrolla la competencia entre empresas que operan en un mismo mercado de productos.

Las empresas A y B que se dedican a la producción de bienes X, pueden no ser competencia una de la otra debido a la zona geográfica donde operen o debido a barreras económicas o jurídicas que puede presentar el mercado. Lo que quiere decir, que los consumidores del mercado donde se encuentra la empresa A no podrán acceder a los bienes producidos por la empresa B.

Se puede concluir que nos referimos al mercado relevante geográfico cuando las condiciones de competencia sean las mismas para concurrentes que participen en el mercado con los mismos productos en una zona territorial específica.

Finalmente, la determinación del mercado relevante permite establecer y definir los límites en que se desarrollan las empresas dentro del mercado, identificar los competidores existentes y los potenciales o establecer las cuotas de mercado que posee un competidor dentro de un mercado determinado.

#### **4.1.3. BARRERAS JURÍDICAS Y ECONÓMICAS DEL MERCADO**

Las barreras de orden jurídico pueden originarse por: a) por presencia de monopolios, b) la presencia de abundantes y estrictas normas legales, c) la ausencia de normas legales. (Análisis extraído de *Instrumentos de Análisis Económicos para el estudio de la Competencia*, de Gustavo Saldarriaga Lopera).

Otro tipo de barreras pueden generarse por la política comercial de un Estado, por las tarifas que puede imponer un gobierno a determinados productos, servicios o competidores.

Por otro lado las barreras de tipo económico tienen varios orígenes como: los altos costos de transporte dando como consecuencia que cierto producto se regionalice y no sea adquirido por los consumidores a nivel nacional.

Una barrera de tipo económico, es la conocida como *madurez del mercado*- Gustavo Saldarriaga Lopera<sup>33</sup>-, que debe ser entendida como el número considerable de marcas de un producto dentro del mercado y que el ingreso de una nueva sería complejo y en algunos casos difícil.

Otras barreras pueden ser las economías de escala<sup>34</sup>, precios predatorios, discriminación de precios, inversiones altas imposibles de recuperar y muchas más que se presentan conforme se desarrolla el mercado.

#### 4.1.4. POSICIÓN DOMINANTE

“*Posición dominante* es una posición de fuerza económica de la cual se vale una empresa que le da facultades para impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en un mercado relevante, posibilitándole un comportamiento independiente tanto de sus competidores como de sus clientes”<sup>35</sup>.

El hecho que una empresa goce de una posición dominante en el mercado, no es un problema en sí mismo, ni es un atentado directo o indirecto contra la libre competencia económica, en realidad el abuso de ella, es el que constituye una conducta atentatoria de la competencia.

Existe según la investigación de la doctrina argentina varios procedimientos para establecer si una empresa goza de posición dominante en el mercado o no; es apropiado el siguiente procedimiento, que de la misma investigación se agregan ciertos elementos:

- Definición de los mercados relevantes ( producto y geográfico),
- Determinación de existencia de rivales (reales o potenciales).

Adicionalmente se debe determinar si el agente económico posee una cuota de participación en el mercado, el porcentaje de la misma y los recursos que utilizó para alcanzarla.

Generalmente la posición dominante se da en mercados con empresas monopólicas, aunque también aparece en mercados de alta competencia económica.

---

<sup>33</sup> SALDARRIAGA LOPERA, Gustavo. *Ibidem*.

<sup>34</sup> Economía de escala. Estructura de organización empresarial en la que las ganancias de la producción se incrementan y/o los costos disminuyen como resultado del aumento del tamaño y eficiencia de la planta, empresa o industria. [www.economia.cl](http://www.economia.cl).

Para Saldarriaga Lopera, “las economías de escala consisten en la disminución de los costos cuando aumenta el nivel de producción.... Por razones tecnológicas, llevando a una empresa a controlar un mercado....”.

<sup>35</sup> BELLAMY, Christopher, y CHILD, Gram., *Derechos de la competencia en el Mercado Común*, ed., española de Enric Picañol, 1992, Civitas, Madrid. Citado por Félix Nazar Espeche. *Defensa de la competencia*, Editorial Depalma. Buenos Aires. 2001.

La cuota de mercado se refiere al porcentaje de participación que posee una empresa en el mercado y para establecerla se deben observar: a) los niveles absolutos y relativos de dominio de la empresa en el mercado y b) los cambios a través del tiempo. (Tomado de Gustavo Saldarriaga).

Las cuotas absolutas se refieren a la posición que tiene una persona natural o jurídica dentro del mercado total, para varios autores puede haber indicios de posición dominante cuando exista un posicionamiento que oscile entre el 30 y 40 por ciento del mercado, a partir del 40 por ciento se ve una clara dominación del mercado; sin embargo, otros autores consideran que a partir del 50 por ciento puede establecerse un real dominio del mercado.

Personalmente creo que la primera tesis, responde a un real dominio de una empresa dentro del mercado; es decir, es posible establecer cuál es la cuota que posee, sin que ello signifique que aquella empresa pueda atentar o alterar el acceso o la participación de otros agentes económicos en el mercado, porque de otro modo se está frente a un monopolio que conlleva un indudable posicionamiento, amenazando generalmente la libertad económica y el derecho de libre elección.

La cuota relativa se refiere por otro lado, al poder de mercado que tenga una persona natural o jurídica, en relación con otras que produzcan o vendan el mismo producto o servicio.

Esto es, si la empresa A detenta el 40% y las empresas B y C el 30%, no se está frente a una posición dominante atentatoria de la libertad de competencia. Por otro lado, si la empresa A detenta el 40% del mercado y las empresas B, C y D alcanzan tan solo el 10%, entonces nos encontramos en una situación de posicionamiento dominante del mercado que podría desencadenar una conducta restrictiva de la competencia.

La otra situación que determina si una persona está en posición dominante dentro del mercado es el tiempo, entonces para emitir un juicio sobre el posicionamiento de una empresa o persona en un mercado relevante, el tiempo considerado por la economía es de alrededor de 5 años desde que se ha alcanzado el porcentaje dominante, considerando el mercado, el producto o servicio ofertado.

Siguiendo la línea de análisis de Saldarriaga, las empresas utilizan varios recursos para poder posicionarse en el mercado; por ejemplo:

- Condiciones financieras de las empresas o personas naturales que les permiten acceder mejor al mercado; es decir, que una o varias empresas o personas tengan la capacidad de ocupar esa posición.

- Condiciones tecnológicas, cuya importancia determina si una empresa puede competir o no eficientemente dentro del mercado. Cuando la tecnología es altamente costosa y una empresa está en condiciones de adquirirla, existe mayor probabilidad que esta empresa llegue a tener una posición dominante en el mercado; por otro lado, si todas las empresas pueden acceder a la misma tecnología no se está frente a una posición dominante, porque todas se encontrarían en similar situación respecto de la tecnología.
- Grupos empresariales, la pertenencia de una empresa a un grupo la hace indudablemente más poderosa, fuerte y capaz de competir; más aún, si se tiene a favor un mercado relevante geográfico que le permita posicionarse con mayor facilidad en el mercado.
- Protección industrial e intelectual, puede generar un recurso indispensable para poder alcanzar una posición en el mercado; esto es, que si una empresa registra una patente, la producción de un producto, la licencia de uso, producción o distribución de un determinado bien, la coloca en una mejor condición de competencia que las que no poseen el registro o los recursos, sean tecnológicos o económicos, para acceder a aquél; es decir, poseen una ventaja sobre otros competidores abriéndoles la posibilidad de convertirse en un monopolio.

Además de todo lo anotado para que se pueda alcanzar una posición dominante en el mercado, se requiere que éste sea susceptible de ser dominado. Esta posición dominante puede generarse por una o varias empresas o personas naturales que estén o no vinculadas ente sí.

La persona o empresa o un grupo de ellas "dominante", obstaculiza el funcionamiento de la competencia, porque ninguna otra empresa puede ofrecer lo que ella por lo mismo, podría determinar las condiciones del mercado.

Se puede decir también que una empresa goza de posición dominante si es la única productora u oferente de un servicio o producto, o en su defecto no tiene competencia, convirtiéndose en una especie de monopolio.

De todo lo que se ha establecido me permito definir posición dominante como la facultad que tiene una persona, sea natural o jurídica, pública o privada para colocarse en un mercado determinado (mercado relevante de productos y geográfico) susceptible de ser dominado utilizando los recursos que le sean útiles y lícitos, comprobando que su cuota en el mercado no puede ser debilitada por otros competidores y que goza de ese posicionamiento por lo menos cinco años.

Otra característica de la posición dominante es la accesibilidad al mercado que se complementa con la capacidad de éste para ser dominado; es decir, existen barreras de ingreso sean económicas o jurídicas, que pueden obstaculizar el ingreso de una nueva empresa o competidor.

#### 4.1.4.1 ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Como se ha analizado en el acápite 4.1.4. Posición dominante<sup>36</sup>, puede ser ostentada por una o varias empresas dentro de un mercado previamente definido, hemos visto también que esta no constituye en sí misma una práctica restrictiva de la competencia; sin embargo, se estableció que el abuso de esa posición es la que constituye una conducta atentatoria a la competencia y por lo tanto es importante analizarla.

Es oportuno establecer que el ostentar de una posición dominante debe ser considerada como una condición previa y necesaria para la explotación abusiva de ella y es el abuso, el elemento que configura el tipo prohibitivo dentro del régimen de defensa de la competencia, éste se caracteriza principalmente por los medios lesivos de acción y la influencia notable que puede tener una empresa dentro de un mercado determinado.

El abuso de posición dominante puede entenderse como el grado de participación que tenga un agente económico dentro de un mercado determinado (sin necesariamente ser un monopolio que ha eliminado por completo la competencia real o potencial), el que nos permite establecer ciertos parámetros para definir la existencia o no de una práctica abusiva; al respecto Roberto Dromi<sup>37</sup>, nos da nueve aspectos que pueden ser tomados en cuenta como criterios para encuadrar a una empresa dentro de una posición de explotación abusiva:

"1) si el tipo de conducta es claramente restrictiva de la competencia o poco leal; 2) si la conducta de que se trata es una práctica normal en la industria; 3) si ya domina el mercado; 4) si la conducta de que se trata produce algún tipo de efecto, directo e indirecto, en los competidores y clientes; 5) si la intención de la empresa en posición dominante es la de excluir a terceros o se trata de una respuesta legítima a la competencia; 6) si existe proporcionalidad de la conducta en relación a la amenaza percibida, si es que la hubiere; 7) el aspecto temporal *...(es decir la duración en el tiempo que ostente una empresa al tener una cuota en el mercado)...*; 8) la integración vertical...*(la misma empresa produce, distribuye y vende)...*;9)

<sup>36</sup> "Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad." Art. 9 Decisión 608 CAN. Véase Art. 8 Decisión 608 CAN. Conductas presumibles de posición dominante en el mercado.

<sup>37</sup> DROMI, Roberto. Competencia y Monopolio. Argentina, MERCOSUR y OMC. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura. 1999.

capacidad financiera, en la medida que otorga poder a la empresa...". (el agregado en letra cursiva es mío).

Existen dentro de esta práctica dos tipos de abusos: los primeros son "explotativos" de la posición dominante que como sostiene Neumann<sup>38</sup>, es la "situación en la que existe explotación de los compradores y vendedores"; los segundos, los abusos "exclusorios", que consisten en limitar la libertad de los competidores reales o potenciales interfiriendo en ésta.

Finalmente, dentro de estas figuras se pueden presentar los abusos en el aumento de los precios, "precios excesivos" y las "discriminaciones".

En la regulación sobre defensa de la competencia como sostiene Germán Coloma, en su libro "Defensa de la Competencia – Análisis Económico Comparado", muchas veces no se configuran estas prohibiciones sobre el abuso de la posición dominante, debido a la imposibilidad que ha tenido la justicia en países donde se regula la defensa de la competencia para establecer el porcentaje que debe considerarse como excesivo en las prácticas de aumento de precios, sin que sea esta decisión impugnada por una de las partes. Por lo que se debe indudablemente preguntarse ¿qué constituye un exceso? ¿cómo determinar que existe un exceso? ante ello, se debe contar en primer lugar con una entidad que regularmente se encuentre monitoreando el mercado para poder determinar los aumentos de los precios y la inflación que se produzca, esto indudablemente debe ser analizado caso por caso por la particularidad del mercado, el producto, la elasticidad de la demanda<sup>39</sup> y otras variables que influyen en el posicionamiento de una empresa en el mercado.

Otra variable que puede ayudar a resolver éste tipo de inconvenientes cuando se habla de abuso explotativo de posición dominante, es hacer una comparación entre mercados que se encuentren en por lo menos similares condiciones para poder establecer un parámetro; sin embargo, al no tener mercados de competencia perfecta, aunque existan iguales condiciones, el nivel de competencia no será el mismo, entonces, será difícil establecer un estándar ante el cual hacer un análisis para ver si la conducta de una empresa dentro de un mercado es abusiva o no. El ejemplo perfecto sobre este particular, es la ley estadounidense y la ley

<sup>38</sup> Citado por Germán Coloma, Defensa de la Competencia – Análisis Económico Comparado. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura. 2003., página 243.

<sup>39</sup> "En economía, la **elasticidad** es la razón formada entre el cambio proporcional de una variable con respecto del cambio proporcional de otra variable. También es la sensibilidad de la cantidad demandada u ofertada a los cambios en los precios. La elasticidad es usualmente expresada como un número negativo pero representado como un valor porcentual positivo. Es de aquí que a la elasticidad se le puede entender o definir como la variación porcentual de una variable  $x$  en relación a otra variable  $y$ .

Si la variación porcentual de la variable dependiente  $y$  es mayor a la variable independiente  $x$ , se dice que la relación es elástica, ya que la variable dependiente  $y$  varía en mayor cantidad a la de la variable  $x$ . Al contrario, si la variación porcentual de la variable  $x$  es mayor a la de  $y$ , la relación es inelástica. La inelasticidad o elasticidad de una variable en relación a otra refleja, que si es inelástica, la modificación en términos porcentuales que realiza la variable independiente sobre la dependiente es pequeña, en cambio si es elástica, la variación porcentual de la variable independiente sobre la dependiente es notoria." [www.zonaeconomica.com/definicion](http://www.zonaeconomica.com/definicion).

**Diccionario Enciclopédico Océano Uno Color**, Edición del Milenio, 2001. **Elasticidad de la demanda**.- variación relativa en la demanda de una mercancía como consecuencia de la variación del precio.

mexicana de defensa de la competencia donde lo que regulan son las monopolizaciones de las empresas pero no las prácticas abusivas que puedan ejercerse dentro del mercado.

#### **4.2. ANÁLISIS SOBRE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA**

Las prácticas restrictivas de la competencia o prácticas atentatorias de la competencia, involucran una serie de actos y comportamientos realizados por las empresas o por las personas naturales que actúan en el mercado de manera directa o indirecta, con el objeto de obstaculizar la *libertad* de los concurrentes para participar en él de forma lícita. Por ejemplo, a través de acuerdos de precio, reparto de zonas comerciales, reparto de clientes, mercado o de proveedores, impedimentos para que terceros que quieran ingresar al mercado no lo puedan hacer (acuerdos excluyentes) o por medio de los llamados acuerdos entre competidores.

Un gran punto de referencia y alcance jurídico es el Tratado de Roma, que ha servido en múltiples ocasiones para elaborar las leyes de defensa de la competencia en varios países, en virtud del avance del continente europeo para sancionar conductas restrictivas de la competencia y atentatorias a los derechos de los consumidores. Este Tratado nos sirve en éste análisis para determinar las prácticas restrictivas más comunes en el mercado y de las cuáles haremos un breve estudio posteriormente. Los actuales artículos 81 y 82 del Tratado de Roma manifiestan:

##### *“Artículo 81(anterior 85)*

1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
  - a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
  - b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

*Artículo 82(anterior 86)*

Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.<sup>40</sup>

Existen dentro de la normativa de la Comunidad Andina varias normas que concuerdan con las contempladas en el Tratado de Roma que se ha citado. La integración de los países de la región andina ha evolucionado y en virtud de la apertura comercial y de la globalización, el objetivo de la Comunidad Andina, a través de su normativa es proteger la libre competencia e impulsar su promoción. Por ello, la **Comisión de la Comunidad Andina**<sup>41</sup> ha emitido la Decisión 608<sup>42</sup> titulada *Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina*, cuyo Capítulo III trata "Sobre las Conductas Restrictivas la Libre Competencia", así el artículo 7 establece:

<sup>40</sup> TRATADO DE ROMA, suscrito el 25 de marzo de 1957, entró en vigor el 01 de enero de 1958. No ha sido publicado en el Diario Oficial de la CEE. [http://europa.eu/scadplus/treaties/eec\\_es.htm](http://europa.eu/scadplus/treaties/eec_es.htm)

<sup>41</sup> Acuerdo de Integración Subregional Andino "Acuerdo de Cartagena", Art. 6; Sección C- De la Comisión de la Comunidad Andina, y Art. 21 y siguientes correspondientes.

<sup>42</sup> DECISIÓN 608, CAN, 29 de marzo de 2005. [www.comunidandina.org/normativa](http://www.comunidandina.org/normativa)

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

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

Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.”

Ahora bien, el escenario de la competencia es la libertad; es decir, el ejercicio de la libertad económica, esto significa que todos quienes quieran participar en el mercado pueden hacerlo. Delio Gómez Leyva, explica algo interesante sobre la libre competencia al señalar que: “ Libre competencia significa que hay libertad para participar en el mercado, en el cual tanto vendedores como compradores, utilizan como opción la de vender y comprar, sin estar aquellos ligados a convenios y pactos que perturben la competencia, eliminándola, y tornando su presencia en simulada competencia, o restringiéndola, dejando espacios reducidos para su ejercicio, al igual que la imposición de condiciones que no son fruto o consecuencia de las leyes del mercado; convenios, pactos, o imposiciones que, de igual manera, atentan contra la libre elección del consumidor.”<sup>43</sup>

Los protagonistas del mercado son las empresas; y por lo mismo, son los protagonistas de las conductas atentatorias de la competencia en algunas ocasiones. En la doctrina se ha concluido que la noción de empresa dentro del Derecho como protector de la libre competencia, es una noción funcional –nos dice Gómez Leyva- por consiguiente las restricciones de la competencia pueden ser llevadas a cabo por personas que ostentan la calidad de comerciantes y por quienes ocasionalmente realizan un intercambio comercial.

#### **a. PRÁCTICAS HORIZONTALES (ACUERDOS HORIZONTALES)**

---

<sup>43</sup> GÓMEZ Leyva, Delio. Las Prácticas Restrictivas de la Competencia, Acuerdos y Prácticas Concertadas. El Navegante editores, Bogotá Colombia, 1998.

Las prácticas horizontales son aquellos acuerdos<sup>44</sup> entre empresas del mismo nivel productivo o de industria, que teniendo plena capacidad de competir concertan sus voluntades con el propósito de no hacerlo.

Con ello se puede evidenciar de acuerdo a lo que sostienen las doctrinas argentina<sup>45</sup> y colombiana<sup>46</sup>, que los tipos de acuerdos que los agentes económicos pueden realizar son; por ejemplo, aquellos sobre la fijación de precios (donde se establecen medidas sobre las listas de precios), fechas de pago, descuentos, rebajas, ofertar a precios diferentes de los que hayan sido publicados, intercambiar información con la finalidad de no competir lícitamente; éstos acuerdos restringen la competencia, incluyendo aquellos mecanismos que establecen fórmulas para calcular los precios.

Existen acuerdos limitantes de la producción que son frecuentes en la conformación de los cárteles<sup>47</sup>; éstos son los típicos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercados; sin embargo, en ciertos casos para contrarrestar efectos como el de exceso de producción, pueden darse los llamados acuerdos de reestructuración de la producción, que pueden ser considerados como una exención pero por otro lado, pueden camuflar los acuerdos entre empresas.

Otros tipos de acuerdos horizontales son los conocidos de especialidad, en donde cada uno de los concordantes se especializa en la producción o fabricación de un bien o servicio, proporcionándole a otra u otras empresas los bienes o servicios en los que se ha especializado, éstos acuerdos no se encuentran prohibidos por las legislaciones de defensa de la competencia, porque pueden presentar dos caras; por un lado, la especialidad de la que se dotan ciertas empresas para la fabricación de un bien o la prestación de un servicio, implicaría un beneficio comercial y productivo que satisfaga a la sociedad requirente de ese recurso; sin embargo, puede verse también como una forma de posicionamiento de mercado que surge a través de la especialidad que se crea cada empresa para participar en el mercado, provocando

---

<sup>44</sup> Que para el fin debe ser entendido como lo define la Comisión de la Comunidad Andina en la Decisión 608, Artículo 1: Acuerdo: todo contrato, convenio, arreglo, combinación, decisión, recomendación, coordinación, concertación u otros de efectos equivalentes realizados entre agentes económicos o entidades que los agrupen.

<sup>45</sup> COLOMA, Germán. Defensa de la Competencia – Análisis Económico Comparado. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura. 2003.

<sup>46</sup> VELANDIA, Castro Mauricio. Catálogo de Acuerdos Restrictivos de la competencia. COLECCIÓN DE DERECHO ECONÓMICO III. HOMENAJE POSTUMO A ENRIQUE LOW MURTA. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. 2001- Colombia.

<sup>47</sup> Cártel: Acuerdo formal entre diversas firmas que participan en un mismo mercado, con el objeto de fijar políticas conjuntas en cuanto a precios y cantidades de producción. Para que un cártel tenga efectividad es necesario que las empresas que lo integran controlen una proporción sustancial del mercado y que -por cualquier razón- resulte difícil la incorporación de nuevos competidores en el mercado; en otras palabras, un cártel sólo puede funcionar adecuadamente cuando existe un mercado oligopólico o que se aproxima a tal condición.

<http://www.ccee.edu.uy/posgrado/maesec/anticompetiti.PDF>

que las empresas vinculadas a su acuerdo se provean únicamente del bien o servicio que ésta dota, y es precisamente ésta figura la que cabe dentro de los acuerdos horizontales que se estudian en este acápite.

También de acuerdo a las doctrinas a las que nos hemos referido, se pueden producir acuerdos sobre variedad de producción, en donde se limita la diversidad de productos fabricados; los llamados acuerdos colectivos de exclusiva; es decir, se vende o compra solamente por un canal de distribución o adquisición.

Los llamados de compra común, donde las partes tienen prohibido comprar individualmente un producto a diferentes precios ya que tienen que adquirirlos en conjunto. Lo mismo sucede con la venta, cuando todas las empresas deben colocar sus productos en una filial común para que los venda. Los acuerdos horizontales más famosos son los que tienen que ver con la promoción y publicidad de los productos y de las empresas, pues de acuerdo a ellos están impedidas de anunciarse en los medios que estén fuera del acuerdo. La razón por la que las empresas aceptan este tipo de circunstancias, es porque permite que ni ellas ni otras empresas preparen mejores campañas publicitarias que las permitidas por el acuerdo en cuanto a ofertas, rebajas precios y promociones. Indudablemente, éstas son formas de restringir la libre competencia porque lo que se busca es que cada empresario o persona que participa en el mercado no lo haga de manera independiente.

#### **b. PRÁCTICAS VERTICALES (ACUERDOS VERTICALES)**

Las prácticas verticales son aquellas que se dan entre empresas que se encuentran ubicadas en distintos niveles de producción o de distribución de bienes o servicios.

Estos acuerdos en sí no conllevan una práctica restrictiva de la competencia de acuerdo al profesor Germán Coloma; sin embargo, al llevar implícito en la práctica la consecución de varios contratos pueden de una u otra manera restringir, falsear o limitar la competencia dentro del mercado.

Las formas más comunes de presentarse los acuerdos verticales de acuerdo a la doctrina argentina y colombiana que se ha mencionado ya en el acápite anterior, son los conocidos contratos de distribución, agencia y provisión de suministros en donde debemos comprender en primera instancia que aparece una restricción vertical, cuando el contrato vincula al proveedor y al cliente a cumplir un compromiso de limitar su accionar en determinada situación o lugar.

Estos contratos contienen cláusulas como las de distribución exclusiva, en donde el distribuidor se compromete a receptor bienes o servicios de un solo productor o proveedor, impidiéndole al primero obtener mejores o mayor variedad de productos para la venta ésta práctica pudiera en situaciones controladas por el régimen de defensa de la competencia no ser atentatoria en el

mercado. Otra es la fijación de precios de reventa entre el proveedor y distribuidor; otra es la marca única consiste en una cláusula contractual que obliga al comprador (distribuidor) a cubrir todas sus necesidades en un mercado determinado de un solo proveedor, no significa que tenga que comprarle a un solo proveedor, sino que no podrá revender o integrar productos o servicios competidores. Esta cláusula puede provocar un cierre de acceso al mercado a potenciales competidores, puede provocar acuerdos colusorios y puede debilitar la competencia intermarca en un punto de venta si el distribuidor vende directamente al consumidor final.

“Los acuerdos de franquicia incluyen una licencia de derechos de propiedad intelectual relativos a marcas o signos distintivos o a unos conocimientos técnicos para la utilización y la distribución de bienes y servicios. Además de una licencia de derechos de propiedad intelectual, el franquiciador proporciona normalmente al franquiciado, durante el período de aplicación del acuerdo, una asistencia comercial o técnica. La licencia y esta asistencia forman parte integrante del método comercial franquiciado. Por regla general, el franquiciador percibe del franquiciado un canon por la utilización del método comercial en cuestión. La franquicia puede permitir al franquiciador establecer, con unas inversiones limitadas, una red uniforme para la distribución de sus productos. Desde el punto de vista de la competencia, la concesión del método comercial y los acuerdos de franquicia contienen en general una combinación de restricciones verticales referentes a los productos distribuidos, en particular la distribución selectiva y/o la exclusividad de marca y/o la distribución exclusiva o alguna forma suavizada de estas restricciones.”<sup>48</sup>

Los efectos negativos que provocan los acuerdos verticales dentro de la competencia son generalmente: que se creen barreras de entrada en un mercado que excluyan a proveedores y compradores, que se reduzca la competencia entre las marcas de las empresas que se encuentren en el mercado, que se reduzca la competencia entre los distribuidores, y que se encuentren o establezcan impedimentos o reducción de la posibilidad de compra de los consumidores.

#### **4.2.1. PRÁCTICAS COLUSORIAS**

Como ilustra Roberto Dromi<sup>49</sup>, las prácticas colusorias se concretan cuando las acciones típicas para falsear, restringir o limitar la competencia se producen a través de un acuerdo

---

<sup>48</sup> <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l26061.htm>. **Comunicación de la Comisión, de 13 de octubre de 2000: Líneas directrices relativas a las restricciones verticales [COM (2000) C 291/01] - Diario Oficial C 291 de 13.10.2000**

<sup>49</sup> DROMI, Roberto. Competencia y Monopolio Argentina, MERCOSUR y OMC. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1999.

concertado entre empresas o una decisión de ellas cuyo objetivo es producir ahora o en el futuro dicho efecto.

Germán Coloma explica que, "La colusión puede definirse como una situación en la cual una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo"<sup>50</sup>. Esto puede lograrse a través de *acuerdos*.

Comenzaré con un análisis económico de colusión o también llamada *cartelización*, para posteriormente involucrarnos en los acuerdos entre empresas.

Existen ciertas circunstancias que hacen que la colusión sea mucho más factible que en otras, hay tres elementos que según Dennis Carlton y Jeffrey Perloff autores de *Modern Industrial Organization*<sup>51</sup>, son necesarios para que un cartel pueda funcionar:

- a. Capacidad para incrementar los precios,
- b. Bajas penalidades esperadas (es decir, la existencia de una ley de defensa de la competencia),
- c. Bajos costos de organizar el cartel (la colusión).

Al referirse Carlton y Perloff a *la capacidad para incrementar los precios*, circunscriben el tema de la elasticidad de la demanda (consiste en la sensibilidad de la cantidad demandada de un producto por la variación de los precios. Si se sube el precio de un producto x la demanda de éste bajará y por el contrario, si bajamos el precio del mismo producto la demanda de éste subirá) para que los futuros miembros del cartel participen. Esto es que si su producto tiene una gran demanda dentro del mercado y es fácil de sustituir (existe demanda elástica), por lo tanto, las posibilidades de funcionamiento de un cartel son pocas; más aún, cuando las barreras de entrada económicas y legales a ese mercado son altas por el contrario, si la demanda es inelástica el potencial cartel puede funcionar con mayor eficacia, en virtud de la posibilidad de incrementar los precios con mayor facilidad.

El segundo elemento al que se refieren Carlton y Perloff, es el que tiene que ver con la *existencia y aplicación de normas legales* sobre defensa de la competencia; esto es, que la colusión o cartelización es mucho más sencilla de realizar en aquellos países donde la inexistencia o inaplicabilidad de estas normas es evidente.

Por otra parte, la intervención del Estado hace que muchas veces su política para mitigar los carteles produzca efectos inesperados por ejemplo, que sea común que las empresas

---

<sup>50</sup> COLOMA, Germán. *Defensa de la Competencia. Análisis Económico comparado*. 1ra. Edición. Buenos Aires – Madrid. Editorial Ciudad Argentina, 2003. pág. 79.

<sup>51</sup> CARLTON, Dennis y PERLOFF, Jeffrey. *MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION*, 2ed.1992

acuerden sus precios o que los sectores profesionales establezcan sus formas de remuneración o que se haya segmentado el mercado.

Por las características que implica el tercer elemento es mucho más complejo de evidenciar; ésto es, los *costos de organización del cartel* deben ser irrestrictamente bajos. Existen cuatro fenómenos según los autores: la existencia de un número reducido de empresas que se han concertado o pretenden hacerlo, un alto incremento de la industria en el mercado, contar con un producto homogéneo y finalmente, que exista una asociación o cámara de profesionales o de un sector productivo – industrial que contribuyan al establecimiento de ciertas políticas que favorezcan al cartel.

Otros factores que se deducen del libro *Defensa de la Competencia* del jurista argentino Germán Coloma<sup>52</sup> que pueden beneficiar la concreción de un cartel son: las posibilidades de monitorearse entre los competidores, las denuncias antidumping que realizan las empresas nacionales respecto de las extranjeras, con el único objetivo de reducir su participación en el mercado y evitar la libre competencia. Los contratos que contienen cláusulas de rescisión que provocan una fidelidad del cliente falsa y excesiva es decir, que se incluyen en los contratos cláusulas que comprometen y obligan al cliente a pagar una cierta cantidad de dinero por la terminación anticipada del contrato, impidiéndole cambiar de proveedor de producto o servicio y consecuentemente evitando a los competidores ejercer prácticas destinadas a la publicidad y captación de nuevos clientes, desconocimiento de los precios que tienen y cobran sus rivales entre otros.

Para Richard Posner, juez norteamericano, existen doce señales que pueden determinar la posible formación de acuerdos colusorios:

- “1. Participaciones de mercado fijas de las empresas en el tiempo;
2. Discriminación de precios por varias empresas simultáneamente;
3. Mecanismos de intercambio de información de precios entre empresas;
4. Variaciones de precios entre regiones no relacionadas con diferencia de costos;
5. Cotizaciones idénticas en licitaciones,
6. Aumentos de precios coincidentes con la gestación de un acuerdo horizontal;
7. Fijación de precios de reventa por parte de todas las empresas de la industria;
8. Participaciones de mercado declinantes en el tiempo para los líderes del cartel;
9. Lentitud en la forma en la cual los precios reaccionan ante cambios en los costos;
10. Demanda elástica a los precios del mercado;
11. Tasas de rentabilidad altas para todas las empresas durante un período prolongado;

---

<sup>52</sup> COLOMA, Germán. *Defensa de la Competencia*. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura. 2003. Página 79.

## 12. Fijación de precios con “fletes fantasma” (basing point pricing).<sup>53</sup>

Las principales prácticas colusorias son acuerdos de precios, acuerdos de cantidades y reparto de mercados, éstos se dan de varias maneras por la confluencia de varias voluntades en donde las formas pueden ser: Acuerdo, Asociación entre empresas (decisiones), Prácticas concertadas y Prácticas paralelas.

### 4.2.1.1. ACUERDO

El primero se refiere al conocido “pacto de caballeros”, según lo define Delio Gómez Leyva<sup>54</sup>, que es el resultado del conjunto de varias voluntades individuales de las empresas que tienen por objeto impedir, restringir o falsear la competencia. No interesa en este momento la naturaleza jurídica de la asociación, o si se hizo el acuerdo verbal o escrito, basta con probar que la voluntad de asociarse tiene por fin atentar la competencia, las consecuencias de ello son:

- Limitación de la libertad de acción de las partes involucradas,
- Falta de decisión autónoma de las partes.

Se considera que cualquier presión moral, económica o jurídica es suficiente para prohibir este tipo de acuerdos.

El “gentleman agreement”, generalmente carece de obligatoriedad jurídica pero está dentro de la noción de acuerdo porque el carácter moral puede equipararse a la obligatoriedad jurídica; es decir, puede compararse con los efectos de un contrato, nos explica el profesor Delio Gómez Leyva.

### 4.2.1.2. ASOCIACIÓN DE EMPRESAS

La asociación de empresas es cuando las voluntades acuerdan participar en la restricción de la competencia, ésta modalidad tiene por objeto restringir la libre competencia. Su forma usual es la coordinación de las actividades empresariales y las figuras jurídicas que toman son varias como los consorcios, federaciones, colegios profesionales, cámaras y otros que normalmente tienen la finalidad de defender intereses propios.

---

<sup>53</sup> POSNER, Richard. Citado por Coloma Germán, página 85. Defensa de la Competencia. Editorial Ciudad Argentina. 2003. Richard Posner ha investigado sobre la aplicación de la teoría económica a diversos campos jurídicos como la legislación antimonopolista, la regulación de los contratos mercantiles y el procedimiento judicial. El juez Posner propuso y defendió la idea de que la ley puede ser explicada mejor bajo el supuesto de que los jueces tratan de promover la eficiencia económica y la maximización de la riqueza como objetivo de la política legal y social.

<sup>54</sup> GÓMEZ Leyva, Delio. Las Prácticas Restrictivas de la Competencia, Acuerdos y Prácticas Concertadas. El Navegante editores, Bogotá Colombia, 1998.

Es decir; y de acuerdo con el profesor Delio Gómez Leyva, estas asociaciones que se traducen en un negocio jurídico toman la forma prevista en la ley, a diferencia de los acuerdos en donde no interesa la naturaleza jurídica del mismo. Estas asociaciones producen *decisiones* a las que llaman simples recomendaciones pero que producen una obligatoriedad oculta, de modo tal que todos sus miembros terminan acatando y afectando gravemente la competencia en un mercado. Por ejemplo, empresas fabricantes de zapatos confluyen sus voluntades para formar una federación, figura que se encuentra contemplada en la ley, reglamentos y en sus estatutos; y recomiendan que por razones de competencia nacional frente a la extranjera sus agremiados no se presentarán en las ferias de ventas que se desarrollaran en el país que operan, si bien se respeta constitucionalmente el derecho de libre asociación; el abuso de ello, provoca consecuencias devastadoras para los consumidores, afectan la libre competencia y alteran el orden económico social.

#### **4.2.1.3. PRÁCTICAS CONCERTADAS**

Las prácticas concertadas consisten en la cooperación de varias empresas para evitar los riesgos normales de la competencia mediante un comportamiento coordinado y posicionarse en mejores condiciones de las que se encontraban antes.

La característica principal de las prácticas concertadas es el comportamiento análogo y común de los miembros destinados a sustraerse de la competencia y por lo mismo restringirla.

Las prácticas concertadas pueden sancionarse una vez que se han ejecutado; es decir, cuando ha existido el elemento colusorio, la cooperación y la coordinación de las empresas para restringir la competencia, a diferencia de los acuerdos y asociaciones de empresas donde basta tener como objetivo o finalidad limitar la competencia.

He adaptado un ejemplo de Mauricio Velandia Castro sobre este tipo de prácticas, que nos permitirá entender mejor esta figura de restricción de la competencia. Si A y B, productores de un bien Q, que tienen una participación en el mercado inferior al 1%, acuerdan disminuir la producción del bien Q el mes siguiente, no afectan la competencia en el mercado, porque de ello no resulta significativo para el mercado; sin embargo, si A y B continúan con el acuerdo de disminución durante por lo menos seis meses, nos encontramos frente a una práctica eminentemente concertada atentatoria de la libre competencia en el mercado, de donde deducimos que se necesita que la práctica y las concertaciones se repitan en el tiempo para obtener los efectos del acuerdo.

#### **4.2.1.4. PRÁCTICAS CONSCIENTEMENTE PARALELAS**

Se estudiará para tratar este tema a Mauricio Velandia Castro<sup>55</sup>, quién explica en qué consisten las prácticas conscientemente paralelas. Son las políticas que están desarrollando otras empresas y que se decide imitarla de manera reiterada y paralela; de modo tal, que se convierten en una práctica; es decir, son las conductas que toman ciertas empresas en función de lo que un agente económico decide comercialmente.

Particularmente, no se requiere un acuerdo o un convenio entre los agentes participantes, sino basta con el comportamiento consciente de quienes imitan la conducta de una empresa; el elemento más difícil de probar en este caso es la voluntad consciente.

Es común encontrar en este tipo de prácticas una subdivisión de ella, ésto es que existen prácticas paralelas activas y pasivas; las primeras responden al comportamiento idéntico de los investigados, ya sea "siguiendo a un tercero ajeno al paralelismo o siguiéndose indistintamente entre ellos" (Mauricio Velandia).

El paralelismo pasivo significa que, "una de las empresas es seguida por las demás, y a sabiendas de esta situación procede a fijar el precio en el mercado de acuerdo a su conveniencia" (Mauricio Velandia).

Cuando el actuar de la primera empresa (a la que siguen), actúe unilateralmente sin conocimiento que otras imitan sus políticas y sube el precio de sus productos, la práctica restrictiva se queda en paralela simplemente; sin embargo, si la empresa a la que siguen las demás es consciente de ello y aún así decide aumentar el precio de sus productos para luego de un período bajarlo considerablemente a sabiendas que las demás no podrán responder a las pérdidas que se les presentes. La práctica paralela lleva consigo además el deseo de adquirir una posición dominante en el mercado a través de un atentado a la libre competencia y posteriormente, un abuso de la misma.

---

<sup>55</sup> VELANDIA, Castro Mauricio. CATÁLOGO DE ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA. COLECCIÓN DE DERECHO ECONÓMICO III. HOMENAJE A ENRIQUE LOW MURTRA. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. Primera Edición, 2001. Colombia.

## CAPÍTULO II

### 5. PRINCIPALES NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE COMPETENCIA EN EL ECUADOR

Cada Estado tiene en su ordenamiento jurídico el sistema económico<sup>56</sup> que lo regirá, el artículo 244 de la Constitución Política del Ecuador de 1998<sup>57</sup>, establece que nuestro sistema económico será el sistema de economía social de mercado, esto supone que las propias fuerzas económicas a través del juego de la oferta y la demanda, establecerán los precios de los bienes y servicios y consecuentemente el resultado de ello, según la teoría económica será el que beneficie al consumidor final. Este sistema implica que por su objeto se elimina el control estatal sobre los precios.

El juego de la oferta y la demanda del que tanto hemos hablado, funciona a través de la competencia conjuntamente con los agentes económicos. En virtud de ello, podemos decir que nuestra Constitución protege la competencia y la libertad.

Es obligación del Estado como establece el mismo artículo 244 garantizar que las actividades económicas sean promovidas, fomentadas y generadoras de confianza.

Este artículo en el numeral tercero manda al Estado a *"Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen"*.

En tanto la Constitución Política del Ecuador en el Artículo 23 numerales 16, 18, 19, 23, que respectivamente garantizan las libertades de empresa, de contratación, de asociación y de propiedad; vistas desde los principios fundamentales que rigen un Estado, implican que la libertad de competencia conlleva la protección de la libertad económica, la capacidad de los ciudadanos de participar en el mercado en igualdad de condiciones y de elegir entre los productos y proveedores que deseen; es decir, el hombre participa en el mercado y forma

---

<sup>56</sup> Se llama sistema económico a la forma en la que se organiza la actividad económica de una sociedad, la producción de bienes y servicios y su distribución entre sus miembros. Cada sistema económico se caracteriza por su ordenamiento jurídico que especifica el régimen de propiedad y las condiciones de contratación entre particulares. Es el estado el que elabora e impone ese ordenamiento jurídico y se reserva para sí ciertos ámbitos y formas de actuación. El sistema económico sirve por tanto para determinar qué agentes y en qué condiciones podrán adoptar decisiones económicas. [www.icarito.cl](http://www.icarito.cl)

<sup>57</sup> A fin de continuar con la investigación estudiamos la Constitución de 1998, sin embargo, nos remitiremos a la propuesta de la Comisión de Juristas del CONESUP, que ha elaborado el Proyecto de Constitución Política del Ecuador. [www.conesup.net](http://www.conesup.net)

parte de la globalización que nos exige cada vez mayor competencia entre los agentes del mercado.

Es apropiado referirse al pensamiento Luis Carlos Sachica<sup>58</sup>; constitucionalista, sobre la libertad, él dice que la libertad es una exigencia de la naturaleza del hombre, una necesidad de su condición humana, de la racionalidad. Explica también que la libertad es el medio para llegar a ser hombre, es la posibilidad efectiva del ser; sin embargo, esa misma libertad tiene restricciones ya que por no ser absoluta, debido a que los derechos de los hombres libres son iguales, ésta está sometida a las normas que han sido concebidas como justas. En virtud de la necesidad de convivencia de los individuos, surge el imperativo de superponer el interés colectivo sobre el particular para mantener la organización política y económica del Estado y de la sociedad.

Víctor Cevallos<sup>59</sup>, al referirse a la libertad de empresa señala que ésta implica no solamente la libertad de creación de empresas eligiendo el tipo, su naturaleza jurídica y sector de pertenencia; sino que además, implica la posibilidad de enriquecer a la sociedad a través de poner en práctica la creación de productos y servicios que con sujeción a la ley son posibles por la garantía constitucional.

En cuanto a la propiedad privada que se encuentra garantizada tanto en el artículo 23 numeral 23 como en el artículo 30 de la Constitución Política, se tiene que el derecho a la propiedad privada y la libertad de acceder a ella; constituyen en sí, un derecho el primero y una garantía el segundo en tanto nuestra Carta Política justifica su protección. Esto quiere decir, que el individuo tiene un derecho real sobre un objeto del que puede gozar, usar y disponer de igual forma, la Constitución y las leyes establecen las limitaciones a ese acceso reconociendo la propiedad siempre que cumpla su *función social*. Esto es la razón fundamental de la limitación al dominio que se impone en la legislación con el fin de precautelar el bien común; se protege la seguridad nacional, la salubridad y el medio ambiente.

Es también obligación del Estado dentro del sistema de economía social de mercado, "vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley, que sean reguladas y controladas en defensa del bien común" (Art. 244 Numeral 4), y que indudablemente protejan los derechos de los consumidores como lo establece los artículos 244 y 92, que analizaremos conjuntamente con la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.

---

<sup>58</sup> Citado por Delio Gómez Leyva, página 129 y siguientes. Las Prácticas Restrictivas de la Competencia. El Navegante editores, Bogotá Colombia, 1998.

<sup>59</sup> CEVALLOS, Vásquez Víctor. Libre Competencia Derecho de Consumo y Contratos. Editorial jurídica del Ecuador. Primera edición, 2001.

El Proyecto de Constitución de Política del Ecuador, elaborado por la Comisión de Juristas del Ecuador establece:

*"De las funciones económicas*

*Artículo 301*

*Corresponde al Estado la promoción de la economía nacional mediante la gestión del sector público, la promoción y el fomento de las actividades de la iniciativa privada y comunitaria, la prestación de servicios públicos directa o indirectamente y la gestión de empresas públicas cuando lo requiera el desarrollo integral del país y, en general, para hacer efectivo el goce de los derechos reconocidos y garantizados en la Constitución.*

*Artículo 302*

*La organización y el funcionamiento de la economía responderán a los imperativos del desarrollo humano y a los principios de justicia social, solidaridad, eficiencia, sustentabilidad y calidad, a fin de asegurar a todos los habitantes el acceso al trabajo que les permita una existencia digna e iguales derechos y oportunidades y a la propiedad de los medios de producción, servicios y bienes de consumo.*

*Artículo 303*

*Son objetivos permanentes del sistema económico:*

*[.....]*

*2. El fomento de las actividades basadas en la información y en el conocimiento y la adecuada regulación de las actividades extractivas.*

*3. El incremento y la diversificación de la producción, orientados a garantizar la soberanía alimentaria así como la oferta de bienes y servicios de calidad que satisfagan las necesidades del mercado interno.*

*[...]*

*6. La participación competitiva y diversificada de la producción ecuatoriana en el mercado internacional.*

*Artículo 304*

*En cumplimiento de sus funciones económicas, al Estado le corresponde:*

*1. Formular, en forma descentralizada y participativa, planes y programas obligatorios para el sector público y referenciales para el sector cooperativo, comunitario, mixto y privado.*

*2. Emprender actividades económicas cuando lo requiera el interés general. Las empresas públicas y privadas, nacionales y extranjeras, recibirán el mismo tratamiento legal.*

*[...]*

5. *Crear infraestructura científica, tecnológica y física,*
  6. *Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen beneficios en el orden económico y social.*
  7. *Promoverá el desarrollo de empresas comunitarias o de autogestión, como cooperativas, talleres artesanales, juntas administradoras de agua potable y otras similares, cuya propiedad y gestión pertenezcan a la comunidad o a las personas que trabajan permanentemente en ellas, usan sus servicios o consumen sus productos.*
  8. *Promover una sana y leal competencia que beneficie al consumidor y que impida y sancione, conforme a la ley prácticas monopolísticas y oligopólicas.*
- [.....]
10. *Proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta y la publicidad engañosa, la adulteración de los productos, la alteración de las pesas y medidas y el incumplimiento de las normas de calidad.* (subrayado fuera de texto)

La protección que quiere brindar el Estado, con las garantías contempladas en este Proyecto de Constitución Política es primordial; sin embargo, se debe esperar el documento final emitido por la Asamblea Constituyente.

Este proyecto contiene en lo pertinente, una amplia protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos para ejercer la libre actividad económica, el derecho a la propiedad privada y fundamentalmente a la libre participación de los agentes en el mercado, con la intención de que actúen en un orden económico de justicia, equidad, solidaridad y sobre todo de libertad.

Ahora bien, la participación de la producción ecuatoriana a nivel internacional implicará que, los agentes económicos para lograr óptimas condiciones para enfrentar los retos de la competencia internacional, busquen capacitación, tecnología y métodos de eficiencia que les permita acceder y participar en aquellos mercados internacionales.

La protección que se les da a los consumidores representa un paso importante para la economía ecuatoriana; puesto que, vincula varias situaciones en las cuales los consumidores se ven vulnerables y son objeto de perjuicios, tales como, la publicidad engañosa, la información fraudulenta, la adulteración de productos, entre otras; que implican una infracción a los derechos fundamentales y conllevan adicionalmente un atentado contra la libre competencia de los agentes económicos. Lo que se debe pensar es que esta contribución constitucional debe verse reflejada en la realidad económica del país.

## 6. NORMAS DISPERSAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA SOBRE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA – PRINCIPALES NORMAS LEGALES –

### 6.1. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO <sup>60</sup>

Esta ley busca indudablemente establecer los parámetros del accionar de las instituciones del sistema financiero en nuestro país.

La formación de grupos financieros, que de acuerdo al Artículo 57 de la ley que se analiza, establece:

*“Para efectos de esta ley; se entenderá por grupo financiero al integrado por:*

*a) Una sociedad controladora que posea un banco o una sociedad financiera privada o corporación de inversión y desarrollo; una compañía de seguros y reaseguros; sociedades de servicios financieros o auxiliares previstas en esta ley, las instituciones previstas en la Ley de Mercado de Valores, así como las subsidiarias del país o del exterior de cualesquiera de las mencionadas; y,*

*b) Un banco o sociedad financiera o corporación de inversión y desarrollo que posea una compañía de seguros y reaseguros, sociedades de servicios financieros o auxiliares previstas en esta ley, las instituciones previstas en la Ley de Mercado de Valores, así como las subsidiarias del país o del exterior de cualesquiera de éstas.*

*Salvo lo previsto en el inciso cuarto del artículo 17 y en el artículo 145 de esta ley, un grupo financiero, cualquiera que sea su conformación, no podrá estar integrado por más de un banco, ni por un banco y una sociedad financiera o corporación de inversión y desarrollo, ni por más de una compañía de seguros o reaseguros, ni por más de una sociedad financiera o corporación de inversión y desarrollo al mismo tiempo, ni poseer más de una sociedad de servicios financieros o auxiliares dedicada a la misma actividad. Se entenderá conformado un grupo financiero desde el momento en el que la sociedad controladora, el banco o la sociedad financiera o corporación de inversión y desarrollo posean una o más de las instituciones señaladas en las letras que anteceden”.*

El artículo 58 de la misma ley define qué se entiende por sociedad controladora como “ [...] aquella persona jurídica que tiene por objeto social, exclusivamente adquirir o poseer acciones emitidas por las instituciones mencionadas en dicho artículo...”. Este tipo de asociación de empresas podría atentar la competencia si brinda la posibilidad de fortalecer a ciertos agentes

---

<sup>60</sup> Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. RO 250, 23 de enero de 2001.

económicos que participan en el mercado o buscan por medio de su concentración desequilibrar el mercado en su favor.

## 6.2. LEY DE COMPAÑÍAS

El artículo 3 de la Ley de Compañías<sup>61</sup>, establece la prohibición de constituir compañías con finalidades monopólicas o con prácticas comerciales tendientes a éstas.

La Ley de Compañías que rige en el Estado Ecuatoriano contempla la figura jurídica de la fusión de empresas en el Artículo 381 que dice, "*La fusión de compañías se produce: a) Cuando dos o más compañías se unen para formar una nueva que les sucede en sus derechos y obligaciones y b) Cuando una o más compañías son absorbidas por otra que continúa subsistiendo*", es decir que la ley contempla un mecanismo de concertación<sup>62</sup> de compañías. La figura de la fusión por absorción, puede en ciertos casos fortalecer la posición dominante de un agente económico en el mercado encontrándonos frente a un atentado a la libre competencia.

El mundo globalizado en el que los mercados se desarrollan, invita a las empresas a reagruparse para formar fusiones que les permitan colocarse en condiciones ventajosas. Por otro lado, las fusiones o concentraciones de empresas pueden ser utilizadas como una herramienta para enfrentar los altos niveles de competencia de grandes grupos multinacionales formando unidades económicas de gran escala.

Para Juan Briones<sup>63</sup>, "para que se produzca una concentración se deben reunir los siguientes presupuestos: 1) que la misma tenga carácter permanente; 2) que se produzca una modificación estructural, y 3) que esa nueva estructura empresarial posea autonomía jurídica y económica". Este tipo de concentraciones económicas como la doctrina las llama, son las asociaciones de empresas que pierden su independencia económica al fusionarse o al ser absorbidas por otras; es decir, cambia su patrimonio estructural como explica el profesor Víctor Cevallos y que al citar a Viciano; profesor de la Universidad de Valencia, dice que no hay concentración si no se ha cambiado la titularidad de la empresa.

Estas concentraciones por su doble efecto pueden no constituir una infracción a la competencia por ser operaciones propias del comercio; es por ello, que son sometidas a un control previo

---

<sup>61</sup> Ley de Compañías, Codificación. RO 312, 5 de noviembre de 1999.

<sup>62</sup> Pactar un negocio. Ajustar, tratar el precio de una cosa. Fuente: Diccionario Enciclopédico Océano Uno Color. Edición del Milenio, 2001.

<sup>63</sup>BRIONES, Juan. Asesor de Política de Competencia, Director de E-konomica <http://www.idec.ceu.es/index.php?item=835&lang=esp>

para unirse o fusionarse o para formar un grupo empresarial. En el caso del Ecuador es la Superintendencia de Compañías, el órgano rector de estos cambios en las empresas que se encuentran bajo su control y vigilancia, quién autoriza la fusión o concentración bajo observaciones concluyentes, como las de evitar que el resultado de esa concentración económica produzca un atentado a la competencia por su naturaleza o que por la toma de control que pueden éstas tener en el mercado afecten la competencia.

La ley de Compañías establece también ciertas prevenciones en cuanto a la información sobre secretos de fábrica que pueden tener las empresas para competir en el mercado, para que los funcionarios del órgano controlador no quebranten los derechos de la compañía; por tal motivo, el artículo 440 establece en su último inciso: "El Superintendente y el personal a sus órdenes no podrán inmiscuirse en sus inspecciones a las compañías, en lo referente a procedimientos de fabricación, sistemas de propaganda o de venta y, en general, en nada de lo que constituya o afecte la reserva en relación con la competencia".

### 6.3. CÓDIGO PENAL ECUATORIANO

El Código Penal Ecuatoriano establece ciertas conductas atentatorias de la libre competencia que se observarán a continuación, en él se sancionan las prácticas que perjudiquen los productos que se ofertan en el mercado afectando al consumidor y a otras empresas, que utilizando la materia prima y tecnología apropiada bajo condiciones legales se ven perjudicadas por la actuación de otros concurrentes que alterando sus productos disminuyen su costo y pueden vender a un precio más bajo.

En relación a los llamados secretos de fábrica el Código hace ciertas especificaciones, así el artículo 201 establece: "El que teniendo noticia, por razón de su estado u oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación puede causar daño, lo revelare sin causa justa, será reprimido con prisión de seis meses a tres años y multa de cincuenta a quinientos <sup>64</sup>sucres.

Concordante a este tenemos el artículo 361 que sanciona al que maliciosa o fraudulentamente haya comunicado secretos de fábrica.

A partir del artículo 362 a 367 se sancionan con penas de prisión y multas según corresponda a los delitos relativos al comercio, industria y subastas:

- A quien profiera amenazas, injurias, haya cometido violencias, haya impuesto multas contra los "que trabajan o hacen trabajar" con el fin de forzar el alza de salarios, atente contra la libre industria o trabajo. (Art. 362)

---

<sup>64</sup> Reforma introducida por la Ley para la Transformación Económica del Ecuador. RO S. 34 del 13 de marzo del 2000.

- "Art. 363.- Serán reprimidos con prisión de dos meses a dos años y multa de doscientos a ochocientos sucres<sup>65</sup>:

1o.- Los que hicieren alzar o bajar el precio de las mercaderías, de los papeles, efectos o valores, por cualesquiera medios fraudulentos, o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla, o no venderla sino por un precio determinado:

2o.- Los que ofrecieren fondos públicos, o acciones u obligaciones de una sociedad o persona jurídica, afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsos;[ ...]".

Se ha agregado a este artículo el siguiente texto, mediante D.S. 87, R.O. 480, 25-I-74 "Serán reprimidos con prisión de seis meses a dos años y decomiso de los artículos, los que, sin autorización legal, alzaren o participaren, de cualquier manera, en el alza de los precios de los artículos alimenticios de primera necesidad destinados al consumo humano, ya consista su acción en monopolio, ocultamiento<sup>66</sup>, acaparamiento, especulación<sup>67</sup>, desplazamiento o cualquier otra forma fraudulenta que produzca desaparecimiento, encarecimiento o limitación tanto de la producción como de la comercialización de dichos productos. Si se tratare de una persona jurídica, la responsabilidad o sanción recaerá en sus representantes legales, administradores o ejecutivos. En caso de reincidencia se aplicará el doble de la pena y el decomiso de los productos o bienes motivos de la infracción cuya propiedad pasará a la Empresa Nacional de Productos Vitales<sup>68</sup> o la Entidad que la sustituya, tanto para el presente caso como para el contemplado en el inciso primero de este artículo. (El subrayado es mío)

- "Los que, por medio de tumultos, o con violencias o amenazas, hubieren perturbado el orden público en los mercados, con el propósito de provocar el saqueo, o solamente con el de obligar a los vendedores a deshacerse de sus mercancías por un precio inferior al que resultaría de la libre concurrencia, serán reprimidos con prisión de tres meses a dos años..." (Art. 366).

- "El que hubiere alterado o deteriorado mercaderías, o los materiales o instrumentos que servían para su fabricación, será reprimido con prisión de un mes a un año y multa de cincuenta a cien sucres.

<sup>65</sup> Ibidem.

<sup>66</sup> Cabanellas de las Cuevas, Guillermo Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, 2001. Ocultación. Disimulo, Encubrimiento. Ocultación de Bienes sancionada como delito por el Derecho Penal[...].

<sup>67</sup> **Especulación.**- Práctica comercial ilícita que consiste en el aprovechamiento de una necesidad del mercado para elevar artificiosamente los precios, sea mediante el ocultamiento de bienes o servicios, o acuerdos de restricción de ventas entre proveedores, o la renuencia de los proveedores a atender los pedidos de los consumidores pese a haber existencias que permitan hacerlo, o la elevación de los precios de los productos por sobre los índices oficiales de inflación, de precios al productor o de precios al consumidor. Art. 2 Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. RO 116, 10 de julio de 2000.

<sup>68</sup> La Empresa Nacional de Productos Vitales ha sido suprimida por el D.E. 197, R.O. 47, 15-X-98.

La prisión será de seis meses a tres años si el delito ha sido cometido por una persona empleada en la fábrica, taller o casa de comercio.

La pena será de uno a cinco años de prisión y multa de doscientos a mil sucres, si el delito ha sido cometido por empleados de la fábrica, taller o casa de comercio, *con el fin de desacreditar la industria, o por soborno o cohecho.*" (Art. 367).

- Otra forma de atentar a la libre competencia que está constitucionalmente protegida y como consecuencia de esa restricción se ha perjudicado al consumidor, se ha establecido ciertos delitos contra la salud pública a partir del Art. 428 del Código que se estudia y que de igual manera están sancionados con prisión y multa según la gravedad de los mismos, así:

"El que, con el fin de proporcionarse una ganancia hubiere mezclado o hecho mezclar con bebidas o comestibles, o con sustancias o artículos alimenticios, destinados a ser vendidos, materias de tal naturaleza que pueden alterar la salud, será reprimido con prisión de tres a un año y multa de treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América", la pena se incrementa si el resultado de esa alteración provoca la muerte en quien lo ingiera.

- El Art. 429 establece las mismas sanciones que el artículo 428 a quienes sabiendo que los alimentos que venden están alterados con sustancias que pueden alterar la salud y a quién haya vendido las materias sabiendo que servirían para falsificar sustancias o alimentos.

#### **6.4. LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL - COMPETENCIA DESLEAL**

La Ley de Propiedad Intelectual asume la defensa de los derechos intelectuales de creadores e inventores para fomentar el desarrollo tecnológico y económico de nuestro país; además de atraer la inversión, promover la investigación y el desarrollo de la ciencia.

La inadecuada protección o ausencia de la misma que se le den a los derechos intelectuales y a la propiedad industrial atenta la libre competencia e impide el fortalecimiento y crecimiento de la economía.

Es conveniente como hemos anunciado anteriormente definir ahora la competencia desleal como una práctica restrictiva de la competencia. La Ley de Propiedad Intelectual al respecto dice lo siguiente en el artículo 284 inciso primero: "Se considera competencia desleal a todo

hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos<sup>69</sup> en el desarrollo de actividades económicas<sup>70</sup>."

Sobre la definición de competencia desleal; nos remitimos a la de Guillermo Cabanellas, *competencia desleal es la abusiva práctica del comercio por quién trata de desviar en provecho propio; la clientela de otra persona, establecimiento comercial o industrial, empleando para conseguirlo equívocos, fortuitas coincidencias de nombre, falsas alarmas o cualquier medio de propaganda deshonesto. Se remite al concepto de competencia ilícita definiéndola como el ejercicio abusivo de comercio o de la industria manteniendo la rivalidad profesional con medios reprochables, con infracción de leyes y reglamentos o de contratos.*

El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1893, versión de Estocolmo de 1967; en el Artículo 10, establece que la competencia desleal es la conducta que incurre en actos contrarios a los usos honestos en materia de propiedad industrial o comercial. De cierta forma, nuestra Ley de Propiedad Intelectual quiere establecer en este capítulo sobre la competencia desleal un régimen de defensa de la competencia incluyendo situaciones como denominaciones de origen, identificación de contenidos y precios; porque se ha previsto y protegido en primer plano el interés privado de los productores y comerciantes que se pueden ver afectados por el uso incorrecto de esas denominaciones o identificaciones de mercadería y en segundo lugar, la protección a los consumidores.

El Artículo 285 de la Ley detalla los actos que se consideran de competencia desleal, así:

- Aquellos capaces de crear confusión independientemente del medio o establecimiento que se utilice de los productos, servicios, actividad industrial o comercial de un competidor;
- Las aseveraciones falsas capaces de desacreditar en el ejercicio comercial a los productos o servicios, o actividades comerciales o industriales de un competidor.
- Cualquier acto susceptible de dañar o diluir el activo intangible<sup>71</sup> o la reputación de la empresa;

---

<sup>69</sup> Según el mismo Art. 284 para la definición de usos o costumbres honestos se estará a los criterios del comercio nacional, si involucra la participación de otro país se estará a los criterios de comercio internacional.

<sup>70</sup> El Art. 284 que se estudia establece que se debe entender *actividades económicas* en sentido amplio, incluso las actividades de los profesionales.

<sup>71</sup> Se debe entender por *activo intangible*, según el inciso último del Art. 285 de la LPI, el desvanecimiento del carácter distintivo o del valor publicitario de una marca, un nombre u otro identificador comercial, de la apariencia de un producto o de la presentación de productos o servicios, o de una celebridad o de un personaje ficticio notoriamente conocido.

- Las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo pueda inducir al público a error sobre la naturaleza, modo de fabricación, características y calidad de los productos o servicios;
- La divulgación, adquisición, o uso de información secreta sin contar con el consentimiento de quien las controle;

El segundo inciso de este artículo establece entre los más importante actos que pueden referirse a la descripción anterior a: marcas registradas o no, nombres comerciales, identificadores comerciales, apariencias de productos, prestaciones de productos o servicios, celebridades o personajes ficticios que sean notoriamente conocidos, procedimientos de fabricación, calidad, cantidad, origen geográfico, publicidad que imite, denigración del competidor o sus productos, publicidad comparativa no comprobable y el boicot; entre otros.

El artículo 286 considera también actos de competencia desleal, independiente de la violación de información no divulgada a: los actos que tengan lugar en el ejercicio de las actividades económicas que consistan en:

- “ a) El uso comercial desleal de datos de pruebas no divulgadas u otros datos secretos cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable y que han sido presentados a la autoridad competente a los efectos de obtener la aprobación de la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos, agrícolas o industriales;
- b) La divulgación de dichos datos, excepto cuando sea necesario para proteger al público y se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal;
- c) La extracción no autorizada de datos cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable para su uso comercial en forma desleal.”

Cuando la deslealtad por su magnitud supone un atentado al mercado, se configura un ilícito contra la libre competencia; Roberto Dromi<sup>72</sup> dice, los requisitos para que un acto de deslealtad sea suficiente para constituir un acto de competencia desleal son:

1. *Que los actos sean constitutivos de competencia desleal;*
2. *Que puedan producir un falseamiento sensible en la libre competencia en todo o en parte del mercado;*
3. *Que por su propia dimensión provoquen una afectación del interés público.*

Es propio agregar que los actos deben realizarse entre empresarios, porque son ellos los que se encuentran en competencia y en rivalidad en el mercado.

---

<sup>72</sup> DROMI, Roberto. Competencia y Monopolio Argentina, MERCOSUR OMC. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura. Buenos Aires. 1999.

Cuando esa afectación conlleva a individuos singularizados, el interés económico es privado. Si adquiere proporciones mayores que afecten globalmente al mercado y atenten el orden público, económico el interés económico es público.

“El derecho contra la competencia desleal, prohíbe la participación incorrecta de los empresarios en la competencia, proclama que deben hacerlo con buena fe. La competencia existe, pero debe ser encausada por los preceptos éticos y jurídicos “. (Víctor Cevallos Vásquez, LIBRE COMPETENCIA, DERECHO DE CONSUMO Y CONTRATOS, 2001)

En cuanto al Derecho Marcario y al de Patentes que es previsto por nuestra Ley, tenemos que es un recurso indispensable para la protección de la industria y de la competencia; sin embargo posee una dualidad, al mismo tiempo que está protegiendo el legítimo derecho de quienes han invertido tiempo, dinero e ingenio en la producción de una patente, de un procedimiento o del diseño de una marca. Puede también permitir o fortalecer que una persona o empresa pueda adquirir una posición de dominio en el mercado, que en algún momento pueda afectar la competencia; es decir, se puede colocar en una mejor posición que las que no tienen registrado nada a su favor o no pueden ser sujetos para otorgamiento de licencias de uso, producción o distribución de bienes o servicios pudiendo convertirse en un monopolio.

#### **6.5. LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO**

La Ley de Modernización del Estado en su artículo 47 establece: “MONOPOLIOS. Prohíbese la existencia de monopolios en cualquiera de sus formas y en consecuencia se autoriza a terceros el establecimiento de actividades de la prestación de servicios de igual o similar naturaleza.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso para el caso de concesiones, licencias o permisos, éstas se podrán otorgar en condiciones de exclusividad regulada por un solo período determinado, con la autorización, mediante Decreto Ejecutivo, del Presidente de la República o del organismo competente en el caso de los gobiernos seccionales”<sup>73</sup>.

#### **6.6. LEY PARA LA TRANSFORMACIÓN ECONÓMICA DEL ECUADOR RO. No. 34, 13 DE MARZO DEL 2000. REFORMAS A LA LEY ESPECIAL DE TELECOMUNICACIONES.**

Esta ley que fue promulgada como un instrumento que pretendía mejorar la legislación ecuatoriana e introducir mecanismos que anteriormente no se contemplaban, es el caso de la

---

<sup>73</sup> Ley de Modernización del Estado. RO 349, 31 de diciembre de 1993.



Reforma a la Ley Especial de Telecomunicaciones, sustituyendo el Capítulo VII por normas que tratan de proteger la libre competencia; entre las más importantes establece:

“Art. 38.- Régimen de libre competencia.- Todos los servicios de telecomunicaciones se brindarán en régimen de libre competencia, evitando monopolios, prácticas restrictivas o de abusos de posición dominante, y la competencia desleal, garantizando la seguridad nacional, y continuidad y calidad del servicio[....]”<sup>74</sup>.

Adicionalmente en este artículo, se otorgó al Consejo Nacional de Telecomunicaciones un plazo de 180 días para emitir un reglamento sobre concesiones del servicio de telecomunicaciones que se desarrollarían dentro del régimen de libre competencia.

Esta reforma pretendió también darle a los usuarios el derecho a recibir el servicio contratado en las mejores condiciones de calidad y continuidad; además, que éstas no sean alteradas por la empresa unilateralmente. Guarda armonía con la Constitución Política del Ecuador al reconocer el derecho a la privacidad y la prohibición de divulgar la información transferida a través de las redes de telecomunicaciones. El usuario podrá obtener indemnización por mal servicio prestado entre otras garantías que no se cumplen y que indudablemente alteran la competencia.

El Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada, publicado en Registro Oficial No. 404, de 04 de septiembre del 2001, por el cual se le facultó al Conatel, conforme constan en el Título III; la atribución de: intervenir para evitar la competencia desleal, promover el acceso al mercado de nuevos prestadores de servicios, prevenir o corregir tratos discriminatorios y fundamentalmente de evitar actos o prácticas restrictivas a la libre competencia; para ello, según disposición del Reglamento y de la Ley de Telecomunicaciones reformada, el Conatel tiene la facultad de dictar las regulaciones que sean necesarias para evitar prácticas restrictivas a la competencia.

Esta atribución fundamentada en la Constitución Política del Ecuador, en la Normativa Andina – Decisiones 608 y 616, en la ley y reglamento de la materia; el Conatel fue la primera entidad gubernamental en desarrollar normas sobre defensa de la competencia, es así como se presenta el Proyecto del Reglamento de Aplicación de las Normas para Promover y Proteger la Libre Competencia en el Sector de Telecomunicaciones.

**PROYECTO DEL REGLAMENTO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS PARA PROMOVER Y PROTEGER LA LIBRE COMPETENCIA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES, PROPUESTO POR LA PRESIDENCIA DE CONATEL (DR. JUAN CARLOS SOLINES.)**

---

<sup>74</sup> Ley para la Transformación Económica del Ecuador RO No. 34, 13 de marzo del 2000. Reformas a la Ley Especial de Telecomunicaciones. Art. 38.

La Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 244 establece la obligación del Estado de proteger y promover la libre competencia como hemos visto a lo largo de esta investigación, el CONATEL(Consejo Nacional de Telecomunicaciones), en virtud de esta disposición constitucional y de las normas de la Comunidad Andina, esto es, las Decisiones 608 y 616, además de lo dispuesto en la Ley Especial de Telecomunicaciones y su Reglamento, en lo que trata sobre el régimen de libre competencia, donde consta que *los servicios de telecomunicaciones se prestarán en régimen de libre competencia*, se decidió incluir conforme la ley le faculta en sus regulaciones internas, un conjunto de normas y disposiciones a fin de dar cumplimiento a lo establecido por la legislación ecuatoriana y la CAN, se propuso el Proyecto del Reglamento de Aplicación de las Normas para Promover y Proteger la Libre Competencia en el Sector de las Telecomunicaciones; que fue discutido en varias sesiones del Consejo Nacional de Telecomunicaciones y no fue aprobado, por las diversas observaciones que se le hicieron, como por ejemplo las de Conecel- Porta, que expone: si bien reconoce la vigencia y aplicación de la normativa andina en la legislación ecuatoriana, en la que se basa el proyecto de Reglamento mencionada que, el Conatel carece de ley que le faculte para la creación de un cuerpo normativo del carácter que se le dio al Proyecto de Reglamento propuesto por este órgano regulador, observación hecha conforme el artículo 141 de la Constitución Política del Ecuador, que señala que se requerirá de la expedición de una Ley para tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes; lo cual se pretendía hacer con el proyecto de Reglamento, que si bien el Conatel tiene la facultad para dictar regulaciones para proteger y promover la libre competencia, no cuenta con facultad de tipificar infracciones e imponer sanciones.

En la exposición de motivos del proyecto de Reglamento para la Aplicación de Normas para promover y proteger la Libre Competencia, que se hizo de conformidad con lo establecido por la ley se planteó lo siguiente:

Que en virtud del modelo de desarrollo que se plantea en nuestra Carta Constitucional, esto es un sistema de economía social de mercado, se promueve la reestructuración del desarrollo del mercado y de la libre competencia, esta neoregulación que se propone implica ofrecer los incentivos necesarios para lograr la eficiencia.

Los aspectos fundamentales que se buscaba con esta regulación son dos: *"a) Garantizar la prestación presente y futura de los servicios, y, b) Establecer los niveles adecuados en la relación calidad-precio, según el grado de desarrollo y las prioridades nacionales."*<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> Exposición de Motivos del Proyecto de Reglamento de Aplicación de las Normas para Promover y Proteger la Libre Competencia en el Sector de las Telecomunicaciones. [http://www.conatel.gov.ec/website/audiencias/audiencia\\_reglamento\\_competencia.pdf](http://www.conatel.gov.ec/website/audiencias/audiencia_reglamento_competencia.pdf)

Como la supremacía de las normas comunitarias se reconocen constitucionalmente de acuerdo al Artículo 163 de la Carta Política del Ecuador, se tiene entonces que las normas dictadas por la Comunidad Andina, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, y la Comisión, prevalen sobre las normas internas.

Adicionalmente, el artículo 18 de la Carta Constitucional, implica para el Estado Ecuatoriano el reconocimiento de los instrumentos internacionales vigentes de aplicación directa e inmediata por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. Es interesante señalar que esta norma constitucional va más allá cuando señala que: En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia y se determina que ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos.

En este sentido el Conatel, estableció la necesidad de proponer un instrumento legal que permita la participación del Estado como agente regulador de la competencia determinando como fin último la eficiencia económica y la participación en el mercado, con ello eliminando todo factor que pueda influir en el ejercicio de la libre competencia de los agentes prestadores de servicios de telecomunicaciones.

Este proyecto y la intervención del órgano regulador en este aspecto, pretendió introducir principios y mecanismos que finalmente permitan a los agentes económicos actuar en el mercado con absoluta libertad, sin discriminación y en igualdad de condiciones.

La exposición de motivos del proyecto de Reglamento, que constituye la base del proyecto, hace referencia también a los principios del Derecho Comunitario, por el cual se observa las condiciones por las cuales la normativa andina es plenamente aplicable a la legislación interna y cómo este órgano regulador es plenamente capaz para emitir un instrumento de esta categoría. La misma Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada y el Reglamento de la misma, le facultan para que dentro de su materia emita las regulaciones necesarias para el pleno cumplimiento de la normativa protectora de la libre competencia, siempre que no sean contrarias.

La intervención reguladora debe hacerse como un todo; es decir, la actuación del Conatel no estaría sola, significaría que la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y la Superintendencia de Telecomunicaciones, participarían en esa neoregulación conforme las facultades que se les haya concedido de acuerdo a la ley.

Entre las innovaciones que presentó este proyecto de Reglamento para la aplicación de Normas de Promoción y Protección de Libre Competencia en el sector de Telecomunicaciones es la creación de una Unidad de Investigación de Libre Competencia en el sector de las Telecomunicaciones (UIC)<sup>76</sup>, que es el organismo encargado de realizar todo el proceso

---

<sup>76</sup> Procedimiento de investigación, Proyecto de Reglamento de Aplicación de las Normas para Promover y Proteger la Libre Competencia en el Sector de Telecomunicaciones, cuyo contenido es idéntico a la Decisión 608 con variaciones de sujetos. [www.conatel.gov.ec](http://www.conatel.gov.ec)

investigativo de la denuncia que puede ser planteada por cualquier persona natural o jurídica, privada o pública, o de oficio por el mismo CONATEL, éste último órgano en Consejo resolvería sobre el informe que haya entregado la UIC sobre la determinación o no del cometimiento de la infracción, la sanción se impondría de acuerdo a la gravedad del caso, por parte del Superintendente de Telecomunicaciones, que irían desde el cese de la práctica restrictiva o abuso de posición dominante de los Operadores de Telecomunicaciones a la imposición de multas, dependiendo si la medida a tomar es correctiva o sancionatoria.

En la entrevista realizada el 11 de abril del 2008 al Dr. Juan Carlos Solines, Ex - Presidente de CONATEL, por el período desde el 16 de julio de 2005 hasta enero del 2007, se obtuvo los siguientes criterios respecto del tema que se trata en este Capítulo:

Sobre la experiencia del CONATEL ante el régimen de libre competencia en el Ecuador, manifiesta que a través de la promulgación de las Decisiones de la Comunidad Andina, la 608 y 616, se encontraba el CONATEL facultado para tratar el tema de libre competencia, que en virtud de la complejidad del sistema de telecomunicaciones era y continúa siendo importante la promulgación de un instrumento jurídico que les permita actuar frente a las conductas restrictivas de la competencia, menciona además que tras la promoción del proyecto del Reglamento de Aplicación de las Normas para Promover y Proteger la Libre Competencia en el Sector de las Telecomunicaciones, se realizó el trámite correspondiente, sin embargo, éste no pudo ser aprobado entre otras razones principalmente por las impugnaciones realizadas en la Audiencia Pública de Quito por parte de Otecel, por la que se sostenía que no existe ley de defensa de la competencia que permita al CONATEL expedir un instrumento jurídico de este tipo, esta audiencia fue suspendida a petición de los participantes, pero se logró continuarla posteriormente.

Tras una expresa recomendación, manifiesta el Dr. Juan Carlos Solines, al gobierno actual de la importancia de la promulgación de este reglamento, no se lo ha impulsado.

Sobre de la necesidad de contar con una ley de defensa de la competencia en el Ecuador, manifiesta que es vital para el mercado, especialmente para el de telecomunicaciones, el órgano que se cree para regular las conductas restrictivas de la competencia, deberá ser independiente, pero sobre todo deberá contar con una red técnica interinstitucional de unidades de competencia que colaboren con el organismo que se cree para defender la libre competencia.

Sobre la competencia que se desarrolla en el mercado de telecomunicaciones, comenta que en el aspecto tarifario (telefónicas) existe una competencia aceptada, porque se ha tendido a la baja de las tarifas desde el ingreso de la telefónica Alegro; dice además que el Estado no puede dejar libre la regulación tarifaria porque es un sistema híbrido el que se maneja en nuestro país, esto quiere decir que existe un techo tarifario, que según un estudio técnico presentado en su administración para el año 2008, la tarifa del techo tarifario bajará de cincuenta centavos a treinta centavos. Comenta que es inaceptable el anuncio que ha hecho el

Presidente Rafael Correa respecto de bajar ese techo tarifario, sin un sustento técnico que soporte tal decisión.

Hace también una observación respecto del valor que el Presidente Rafael Correa anunció a las concesiones de telefonía, fijándola alrededor de 700 millones de dólares, que representa una suma exorbitante, que no se ha manejado nunca en la historia en toda América Latina, para las concesionarias.

## **7. DERECHO DE CONSUMO - LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR, PRINCIPIOS, DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONSUMIDOR.**

Un elemento importante dentro del desarrollo y evolución de los mercados es el sector de los consumidores y usuarios, sin el cual el comercio no sería posible; por ello, es apropiado analizar en esta investigación sobre el Derecho de Competencia de Mercado en el Ecuador, el tratamiento que la legislación ecuatoriana da a los consumidores, los mecanismos de protección, las prácticas abusivas del mercado y la relación que tiene el Derecho de Competencia con el Derecho del Consumidor.

Belisario Betancur<sup>77</sup> dice: *“El derecho de consumo, es entonces parte de los derechos humanos fundamentales, de tal forma que cada Estado debe respetar y hacer respetar a las empresas este esencial principio de acceso a un consumo digno.”*

La Constitución Política del Ecuador (1998) en sus artículos 23 numeral 7, y 92 establecen la protección a los derechos de los consumidores, a elegir libremente productos y servicios de calidad, a recibir información clara y transparente sobre los productos y servicios y a ejercer cualquier acción prevista en la ley para reclamar estos justos derechos y resarcir los daños que un tercero les pudiera ocasionar en caso de haber transgredido los mismos.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, publicada en el RO 116 del 10 de julio del 2000, en los “Considerandos” que la ha motivado estipula que, los ecuatorianos somos víctimas de abusos por parte de las empresas, que es deber del Estado garantizar que podamos disponer de bienes y servicios de óptima calidad, entre otras garantías que se han mencionado y que están contenidas en la Constitución.

Hasta la publicación de la Ley del Consumidor de 1990, las leyes que nos regulaban estaban dirigidas únicamente al control de precios; como la Ley Reguladora de la Superintendencia de Precios, promulgada por el Decreto Supremo 442 del 18 de abril de 1973; que posteriormente,

---

<sup>77</sup> BETANCUR, Belisario, POLÍTICA Y DERECHO DE CONUSMO. BIBLIOTHECA MILLENIO COLECCIÓN DERECHO ECONÓMICO Y DE LOS NEGOCIOS. El Navegante Editores. Bogotá . Colombia. Primera Edición. 1998.

fue sustituida por la Ley de Control de Precios y Calidad, publicada en RO 412 de 31 de agosto de 1977. Finalmente, el 12 de septiembre de 1990, se promulga en el RO 520, la Ley del Consumidor; como se evidencia en los antecedentes expuestos, el resultado de ésta ley ha sido una evolución de otras leyes, que regulaban el comportamiento de los precios, ésta ley tiene varios aportes; como el reconocimiento de los derechos de los consumidores, la facultad de los mismos de formar asociaciones, educar a los ciudadanos sobre la protección que debe proporcionar el Estado, cuando sus derechos se vean vulnerados y lo que fundamentalmente era el objeto de esta ley, "la defensa y protección de los derechos de los consumidores" (Art. 2).

Por otro lado, el objetivo principal de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que está vigente actualmente es "normar las relaciones entre proveedores y consumidores promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre las partes." (Art.1).

En esta ley, la protección está dirigida al consumidor<sup>78</sup> final de los bienes o servicios. *"Para que una persona tenga la cualidad de consumidor final es preciso, por un lado, que adquiera, posea o utilice un bien o un servicio; y por otro lado, que ese bien o servicio sea destinado fines privados"*<sup>79</sup>.

Como bien ilustra el Dr. Miguel Hernández Terán<sup>80</sup>, se puede afirmar que el Derecho del Consumidor sustentado en la Constitución Política del Ecuador de 1998, *"es un derecho tutelar, colectivo, de raíz constitucional, con expresiones de patrimonialidad, y constituido por un conjunto de principios, sistemas de protección y normas de Derecho Público y de Derecho Privado, que tiene por objeto garantizar la idoneidad o aptitud, calidad, seguridad de uso e inoxididad de los bienes y servicios que se proveen sobre la base de una relación jurídica, con el objeto de que los mismos puedan utilizarse de acuerdo con su naturaleza y fines, sin consecuencias dañosas para el o los usuarios"*.

La cultura ecuatoriana está orientada hacia el control de precios como lo revela la evolución legislativa que ha antecedido a la promulgación de la Ley del Consumidor y como lo demuestra la sociedad ecuatoriana; el consumidor siente la protección y cierta satisfacción del Estado,

---

<sup>78</sup> Define el Artículo 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Consumidor: Toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente Ley mencione al consumidor, dicha denominación incluirá al usuario.

<sup>79</sup> VARIOS AUTORES, CURSO SOBRE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONSUMIDORES. LECCIÓN 2, NOCIÓN DE CONSUMIDOR. Gema Botana García/Miguel Ruíz Muñoz.(Coordinadores). Ciencias Jurídicas, Madrid, McGraw Hill, 1999. Universidad Complutense de Madrid.

<sup>80</sup> HERNÁNDEZ, Terán Miguel Dr. DERECHO DEL CONSUMIDOR Y ECONOMÍA SOCIAL DEL MERCADO. HOMENAJE PÓSTUMO AL DR. EDMUNDO DURÁN DÍAZ. Escuela de Derecho Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 2002.

únicamente cuando éste controla los precios de los productos especialmente con los de primera necesidad. Hernández Terán revela una verdad; esta conducta del Estado es inconstitucional por contraponerse al sistema de economía social de mercado, el que como se vió en acápite anteriores busca que sean las propias fuerzas del mercado las que equilibren tanto el precio como la calidad; sin embargo, se acepta salvedades en casos especiales de acuerdo a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Como se observa en el siguiente ejemplo:

El Presidente de la República del Ecuador, Ec. Rafael Correa Delgado, ha emitido el Decreto Ejecutivo No. 846 publicado en el RO 247-S de 8 de enero de 2008, por medio del cual fijó los precios de la leche que es vista como un producto de primera necesidad y que conforme los Considerandos del Decreto mencionado se tiene: *“Que en los actuales momentos existe un aumento injustificado en el precio de la leche, el cual tiene origen en prácticas inadecuadas y poco serias por parte de las personas involucradas en la cadena de producción, distribución y venta de dicho producto”*, facultado por la LODC, Art. 54, puede el Presidente de la República fijar temporalmente precios de ciertos bienes y servicios, siempre que motive debidamente su decisión y que se haya producido en el mercado una escala injustificada de precios. Deberá también según este artículo establecer vencimiento de la medida y se sugiere revisarla por lo menos cada seis meses:

**“Decreta:**

**Art. 1.-** Regular temporalmente los precios máximos de venta al público del litro de leche, de acuerdo a la siguiente tabla:

<i>Pasteurizada en funda</i>	<i>USD 0,55</i>
<i>UHT (Triple pasteurizada), en funda</i>	<i>USD 0,60</i>
<i>UHT, en cartón</i>	<i>USD 0,95</i>

**Art. 2.-** Los precios de la leche al productor, a nivel de finca o hacienda, se fijan como precio mínimo USD 0,28 y como máximo USD 0,34.

**Art. 3.-** El precio en el Litoral y Galápagos de leche pasteurizada en funda será de USD 0,65 y de la leche UHT en funda será de USD 0,70.[...]”.

Con la idea de evitar que se eleven los precios, se está alterando el desenvolvimiento del mercado; porque si bien esta medida espera estabilizar el precio, puede en cualquier momento tener el efecto contrario, provocando que el Gobierno, como ya lo ha hecho en ocasiones

anteriores, entre a intervenir definitivamente en la regulación de precios alterando la competencia.

En una de las conclusiones a las que se refiere Hernández Terán, sobre el derecho del consumidor y la economía social de mercado dice: *"b) El derecho del consumidor es compatible con el sistema de economía social de mercado, en la medida en que coexiste plenamente con el papel del Estado de garantizar las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones que la promuevan, fomenten y generen confianza; con el rol del mismo de promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, con el impulso a la libre competencia, con el estímulo al incremento y diversificación de las exportaciones, así como otros elementos que caracterizan nuestra Carta Fundamental, el papel del Estado en el marco del sistema económico social de mercado.....Art. 244#8"*.

El mayor beneficiario del desarrollo de las actividades económicas y de la diversificación de la producción es el consumidor en la medida que mejora su condición de vida y satisface sus necesidades.

Uno de los múltiples objetivos de la defensa de la competencia es la eficiencia económica y otro es proteger a los competidores dentro del mercado, indudablemente esa protección conlleva también la responsabilidad de proteger al consumidor de los competidores, brindándole la posibilidad de elegir más y mejores bienes o servicios de mejor calidad y precio. La normativa relacionada al consumidor, busca justamente como se ha establecido, proteger al consumidor y al usuario, mientras que la normativa relacionada con la defensa de la competencia intenta proteger a los competidores que interactúan en el mercado.

## **7.1. RELACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES CON EL DERECHO DE COMPETENCIA**

En virtud de la investigación realizada, es conveniente hacer un breve análisis de los derechos de los consumidores que tienen mayor relación con el derecho competencia de mercado:

- a) "Artículo 4 num. 2. Derecho a que proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad;" :**

Este derecho indudablemente implica el ejercicio de otros derechos contenidos en el mismo Artículo 4 de la ley, como el del numeral 4 que trata sobre la información que deben recibir los consumidores concerniente al producto que están por elegir para un consumo digno. Este derecho permite observar, como bien señala el jurista ecuatoriano Víctor Cevallos, dos momentos de ejercicio; el primero, es la fase precontractual de la

que los proveedores se sirven para promocionar sus productos a través de la publicidad, sobre éste particular trata el Artículo 9 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que se refiere a la Información Básica que deben recibir los consumidores respecto del precio, la cantidad y los impuestos que pagarán sobre el bien o servicio que deseen adquirir.

El segundo momento del ejercicio de este derecho, se encuentra en la etapa contractual de la relación entre proveedor – consumidor; en el comercio generalmente se da a través del acuerdo verbal entre los agentes económicos, con el perfeccionamiento de la compraventa a través del acuerdo en cosa y precio; sin embargo, la velocidad con la que avanza el mercado actual hace que los proveedores se sirvan de otras herramientas jurídicas contractuales, como el Contrato de Adhesión, muy popular actualmente y que se encuentra contemplado en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en el artículo 41 que lo define y establece la forma como debe ser redactado, con el fin de ser debidamente celebrado; de la misma manera, se hace una breve explicación de las cláusulas que por su naturaleza son nulas, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor las denomina “Cláusulas Prohibidas”, entre ellas se tiene: las que limiten la responsabilidad de los proveedores sobre los vicios que tengan los bienes y servicios que ofertan y venden, la renuncia de alguno de los derechos del consumidor, la variación unilateral del precio del bien, entre otras que contiene el Artículo 43.

Un aporte importante que hace esta ley respecto de la fase contractual y la celebración de los contratos de adhesión, es la facultad que tiene el consumidor, según el Artículo 44, de terminar anticipadamente y en cualquier momento el contrato con una notificación por escrito que contenga su voluntad de dar por terminado el contrato, con quince días anteriores al periodo correspondiente y de mantener la obligación de cancelar los servicios efectivamente prestados.

Debido a los niveles de competencia que se desarrollan en el mercado, los proveedores de bienes y servicios, públicos y privados buscan cada vez mejorar sus ofertas para hacerse más atractivos para los consumidores, si bien, la cultura ecuatoriana está encaminada a una ideología de control de precios, por la globalización a la que estamos sometidos, los consumidores han comenzado ya a buscar calidad y precio en los bienes que adquieren, la libertad de empresa establecida en el régimen económico actual, permite que los empresarios puedan cada vez buscar mejores posibilidades de mercado mejorando sus mercaderías e invirtiendo en sus industrias.

- b) ***“Artículo 4 num. 5. Derecho a un trato transparente, equitativo y no discriminatorio o abusivo por parte de los proveedores de bienes o servicios,***

***especialmente en lo referido a las condiciones óptimas de calidad, cantidad, precio, peso y medida;”***

La Constitución Política del Ecuador entre los derechos civiles que reconoce y garantiza a los ecuatorianos, está el de igualdad ante la ley, que incluye un trato no discriminatorio bajo ningún concepto, los proveedores de bienes y servicios tienen la obligación de respetar este derecho y los consumidores de hacerlo exigible, el comportamiento de los proveedores debe ser transparente, de buena fe y equitativo; caso contrario, tendríamos como consecuencia que el consumidor deje de abastecerse de los productos ofertados, que busque sustitutos tanto de bienes y servicios como de proveedores y fabricantes.

El comportamiento poco transparente e inequitativo de los proveedores; incluso abusivo, puede causar graves perjuicios y desequilibrios en el mercado afectando la libertad de elegir y de participar en él.

En cuanto a la óptima calidad de los bienes y servicios la misma Ley trata sobre la labor que debe cumplir el Instituto Ecuatoriano de Normalización, (Art. 64 a 69), para garantizar a los consumidores el efectivo cumplimiento de las normas técnicas y de control que establezcan para que cada producto que salga al mercado sea de óptima calidad.

**c) “Artículo 4 num. 6. Derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales;”**

Se debe para poder analizar de una mejor manera este derecho del consumidor, dividirlo en dos partes; la primera deberá ser, la protección contra la publicidad engañosa o abusiva y la segunda, la protección contra los métodos comerciales coercitivos o desleales.

En el Capítulo I, que trata sobre las prácticas o conductas que se consideran anticompetitivas o que ponen en riesgo la competencia; la protección contra la publicidad engañosa, constituye una reafirmación de lo que se ha planteado anteriormente; puesto que, el engaño del que son víctimas los consumidores a través de la publicidad constituye una práctica restrictiva de la competencia; es decir, es un acto de competencia desleal, dentro de la materia que se ha venido investigando.

Es conveniente referirse a las definiciones que hace la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor sobre la publicidad engañosa y abusiva en su artículo 2:

***“Publicidad.- La comunicación comercial o propaganda que el proveedor dirige al consumidor por cualquier medio idóneo, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio. Para el efecto la***

*información deberá respetar los valores de identidad nacional y los principios fundamentales sobre seguridad personal y colectiva.*

**Publicidad Abusiva.-** *Toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, alterar la paz y el orden público o inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva*

*Se considerará también publicidad abusiva toda modalidad de información o comunicación comercial que incluya mensajes subliminales.*

**Publicidad Engañosa.-** *Toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcialmente contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor.”*

La libertad de empresa consagrada en la Constitución Política del Ecuador (Art. 23#16) involucra el derecho de publicidad; es decir, la facultad de promocionar los bienes o servicios que son producidos a través de medios idóneos; cualquier conducta que contravenga esa facultad atenta contra el derecho de los consumidores de recibir información clara, oportuna, veraz, completa y transparente.

La utilización de publicidad abusiva o engañosa, implica que los consumidores sean inducidos a error y que por ello adquieran productos que por su naturaleza pueden ser perjudiciales para la salud o que tengan vicios ocultos o en su defecto que se engañe en cantidad y precio de los mismos, esto permite muchas veces que los consumidores sean víctimas de abusos de las empresas o de estafas por parte de los ofertantes, que no cumpliendo con las exigencias legales causan confusión al consumidor.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, establece sanciones para quienes se han servido de éstos medios abusivos y engañosos para vender sus productos; el Artículo 72 establece, una sanción monetaria entre mil y cuatro mil dólares de los Estados Unidos de Norte América y una rectificación de la publicidad en igualdad de condiciones que la anterior que indujo a engaño.

La publicidad que se considera prohibida según la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de acuerdo los Artículos 6, 7 y 8 es la siguiente:

**“Art. 6.- Publicidad Prohibida.-** *Quedan prohibidas todas las formas de publicidad engañosa o abusiva, o que induzcan a error en la elección del bien o servicio que puedan afectar los intereses y derechos del consumidor.*

**Art. 7.- Infracciones Publicitarias.-** *Comete infracción a esta Ley el proveedor que a través de cualquier tipo de mensaje induce al error o engaño en especial cuando se refiere a:*

1. País de origen, comercial o de otra índole del bien ofrecido o sobre el lugar de prestación del servicio pactado o la tecnología empleada;
2. Los beneficios y consecuencias del uso del bien o de la contratación del servicio, así como el precio, tarifa, forma de pago, financiamiento y costos del crédito;
3. Las características básicas del bien o servicio ofrecidos, tales como componentes, ingredientes, dimensión, cantidad, calidad, utilidad, durabilidad, garantías, contraindicaciones, eficiencia, idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y otras; y,
4. Los reconocimientos, aprobaciones o distinciones oficiales o privadas, nacionales o extranjeras, tales como medallas, premios, trofeos o diplomas.

**Art 8.- Controversias Derivadas de la Publicidad.-** *En las controversias que pudieren surgir como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en los artículos precedentes, el anunciante deberá justificar adecuadamente la causa de dicho incumplimiento. El proveedor, en la publicidad de sus productos o servicios, mantendrá en su poder, para información de los legítimos interesados, los datos técnicos, fácticos y científicos que dieron sustento al mensaje."*

Por otro lado, en cuanto a la protección de los métodos comerciales coercitivos o desleales, se debe diferenciar a cada uno de ellos; así, los métodos comerciales coercitivos son aquellos que tienen que ver con la distribución comercial de proveedores minoristas, existen dos clases según la doctrina europea: los métodos comerciales coercitivos de distribución, que tienen que ver con sistemas de reparto y estabilidad; y los de promoción, que tienen que ver con mejorar las condiciones de sus productos en relación a otros y ofertarlos con atractivos a los consumidores.

Como se establece en el Capítulo I de esta investigación, constituyen también prácticas restrictivas de la competencia las ventas atadas o la entrega de obsequios que comprometen al consumidor para adquirir un bien o un servicio, que realmente no quiere o no necesita.

Otro derecho importante del consumidor, es de la educación orientada a la formación de un consumo responsable, de la creación de una conciencia y educación sobre la libre competencia en el Ecuador; es conveniente, que se eduque a los consumidores sobre sus derechos y obligaciones para que de acuerdo a las leyes del mercado sean todos beneficiarios de las ventajas que presenta una competencia transparente y libre de conductas restrictivas. El derecho a la educación se encuentra reconocido y garantizado en la Constitución Política (1998) y es el ejemplo de la economía social de mercado que se debe fomentar día a día con la colaboración de la sociedad y del Estado.

## 7.2. PRÁCTICAS ABUSIVAS DE MERCADO PROHIBIDAS POR LA LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Desde el punto de vista tanto económico como legal, el consumidor ha sido visto como la parte débil de la relación contractual entre proveedor- fabricante y cliente o consumidor-usuario; es apropiado establecer, que la Ley de la materia hace referencia a ciertas prácticas abusivas que por parte de los agentes económicos se pueden dar en el mercado, especialmente en el ecuatoriano que sin lugar a dudas es el escenario de muchas injusticias y de prácticas explotativas por parte de los productores, proveedores y fabricantes; el Artículo 55 de la ley, señala ocho prácticas abusivas de mercado que si bien es necesario establecer su prohibición son insuficientes; puesto que, el control es el verdadero agente equitativo de las fuerzas del mercado, donde como se ha visto, el Estado debe ser el guía y orientador de los procesos de mercado:

*“Art. 55.- Constituyen prácticas abusivas de mercado, y están absolutamente prohibidas al proveedor, entre otras, las siguientes:*

- 1. Condicionar la venta de un bien a la compra de otro o a la contratación de un servicio, salvo que por disposición legal el consumidor debe cumplir con algún requisito;*
- 2. Rehusar atender a los consumidores cuando su stock lo permita;*
- 3. Enviar al consumidor cualquier servicio o producto sin que éste lo haya solicitado. En tal hipótesis, se entenderá como muestras gratis los bienes y/o servicios enviados;*
- 4. Aprovecharse dolosamente de la edad, salud, instrucción o capacidad del consumidor para venderle determinado bien o servicio;*
- 5. Colocar en el mercado productos u ofertar la prestación de servicios que no cumplan con las normas técnicas y de calidad expedidas por los órganos competentes;*
- 6. Aplicar fórmulas de reajuste diversas a las legales o contractuales,*
- 7. Dejar de fijar plazo para el cumplimiento de sus obligaciones, o dejarlo a su único criterio; y,*
- 8. El redondeo de tiempos para efectivizar el cobro de intereses, multas u otras sanciones económicas en tarjetas de crédito, préstamos bancarios y otros similares.”*

Si bien la libertad de elección de los consumidores es uno de los elementos de la libre competencia, la actuación de los proveedores frente a ello debe ser responsable y transparente; las ventas atadas, que es como se les denomina en materia de competencia a la primera prohibición que hace este artículo, es indudablemente un atentado contra la libre competencia en donde la libertad económica se encuentra afectada.

La "condición del consumidor" – que generalmente es vista como vulnerable y débil dentro del mercado- no debe ser causa para que el proveedor vea la oportunidad de vender su producto; es decir, se rechaza el abuso que pueden tener las empresas en tanto sus consumidores no tienen pleno conocimiento de los productos que están adquiriendo; se hace hincapié en la educación que se debe proporcionar al consumidor para incrementar el consumo consciente y racional de bienes y servicios.

Ahora bien, de lo antes expuesto se refleja una clara realidad, que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, está enmarcada únicamente en proteger al consumidor y las relaciones de éste con los agentes económicos; sin embargo, la relación entre agentes económicos, entre competidores o entre agentes de la misma cadena de comercialización, no se halla protegida por ésta ley; un agente económico que se vea afectado por una práctica contemplada en ésta ley no podrá acudir a los órganos competentes para exigir su resarcimiento.

## **8. DERECHO DE COMPETENCIA Y DERECHO DEL CONSUMIDOR –DIFERENCIAS**

a) Finalidad.- El Derecho de competencia entendido como *"conjunto de normas y principios cuya finalidad primordial es permitir tanto a consumidores como a empresarios a participar libremente en un mercado, promoviendo la competencia y castigando las conductas que no permiten el desarrollo de las leyes naturales del mercado, en especial aquellas conductas que introducen elementos de distorsión y desequilibrio"*<sup>81</sup>. Frente al Derecho del Consumidor, que se conoce dogmáticamente como funcional; puesto que, su finalidad es proveer a los consumidores y usuarios la protección que ellos necesitan; por ello, se ha desarrollado un conflicto en la doctrina, especialmente europea en cuanto a otorgarle la categoría jurídica, debido a que presenta principios tanto de Derecho Privado como de Derecho Público, por ello es conveniente hablar de Protección al Consumidor; sin embargo, debido a la trascendencia jurídica, social y económica, tanto el Derecho de Competencia como la Protección al Consumidor se encuentran vinculados.

b) Dualidad.- Porque si bien por un lado, al Derecho de la Competencia no le interesa directamente el beneficio o perjuicio del consumidor o usuario, si el mercado se desarrolla competitivamente; por otro, al consumidor le es indiferente si en el mercado existen irregularidades siempre que no le afecten; al respecto concierne decir, que si bien existe la independencia entre el Derecho de Competencia y la Protección a los consumidores, hay una correlación de los mismos que no se puede desligar, porque el mercado no podría funcionar potencialmente de no existir la participación de todos los agentes económicos, comprendidos entre ellos tanto los empresarios como los consumidores y usuarios.

---

<sup>81</sup> VELANDIA Castro, Mauricio. CATÁLOGO DE ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA. COLECCIÓN DE DERECHO ECONÓMICO III, HOMENAJE A ENRIQUE LOW MURTA. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, Primera Edición 2001.

c) Coexistencia. La opinión que nos atrevemos a enunciar a continuación podría traer controversias, es propio decir que la protección al consumidor es consecuencia del derecho de la competencia o viceversa, nos referimos a esta opinión porque los dos coexisten en el mercado permitiendo que las relaciones entre consumidores y empresarios evolucionen, por ello no podemos adherirnos a la tesis de que son ramas completamente diferentes e independientes, si bien protegen bienes jurídicos diferentes, mantienen cierta vinculación.

d) Bien jurídico protegido. Dentro de las relaciones de comercio la doctrina ha considerado al consumidor como la parte débil de la relación y la que debe ser protegida con mayor énfasis, el bien jurídico que protege cada uno de los derechos es diferente aunque guardan concordancia entre ellos, como hemos dicho: el bien jurídico que protege el derecho de competencia es el de *libre competencia* o libertad económica, la libre participación en el mercado, que éste funcione correctamente y en igualdad de condiciones para que sean las mismas fuerzas del mercado las que se encarguen de excluirlos u otorgarles mayor poder; para la protección del consumidor el bien jurídico siempre será la defensa de sus intereses.

Mauricio Velandia Castro, sostiene que el *“derecho de competencia agrupa las prácticas comerciales restrictivas, la competencia desleal, e indirectamente guarda relación con la protección a los consumidores”*; por lo que adicionalmente se manifiesta, que las prácticas restrictivas que se desarrollan en los mercados no producirían el efecto dañino que provocan de no existir consumidores que participen en ellos, voluntaria o involuntariamente los dos se encuentran en determinado momento ya sea por el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia o por el correcto funcionamiento de los mercados; sin lugar a dudas a hay diferencias entre la protección que otorgan estas ramas jurídicas, sin embargo coexisten y son correlativas.

Hay criterios de juristas y abogados que permiten fortalecer la opinión manifestada en el párrafo anterior, sobre la vinculación entre Derecho de Competencia y Protección del Consumidor, puesto que ven en el consumidor el agente cuya opinión permite a los empresarios mantenerse en el mercado, él es quien elige y quien busca satisfacer sus necesidades. Uno de ellos es Sabas Pretil de la Vega nos dice en su ensayo *El Comercio Organizado y el Consumo*: *“.....La competencia no protege al consumidor porque los hombres de negocios sean más bondadosos que los burócratas o porque sean más altruistas o generosos, o incluso porque sean más competentes, sino porque el hombre de negocios tiene interés en servir al consumidor”*<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> PRETIL DE LA VEGA, Sabas. EL COMERCIO ORGANIZADO Y EL CONSUMO. DOS ÓPTICAS FRENTE A LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.

Remitiéndose el mismo autor a Friedman, cuyo criterio al respecto es que la competencia de mercado de cierta forma tiende a proteger al consumidor, nos dice: *“se protege al consumidor de la explotación que puede someterle el vendedor, mediante la existencia de otro vendedor a quien pueda comprar y que esté impaciente por venderle”*.

La participación del Estado en el mercado es mediante la promoción de la libre competencia y de la formación del consumidor, superando la creencia de que es sólo a través de leyes que se puede proteger al consumidor y al mercado, hay que informarlos y educarlos.

### CAPÍTULO III

#### 9. TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA – PARTE PERTINENTE A LIBRE COMPETENCIA Y ORGANISMO COMPETENTE

Uno de los mayores cuerpos normativos sobre defensa de la competencia en el mundo, es el que actualmente rige en la Comunidad Europea (CE), el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que sustituyó al conocido Tratado de Roma, en lo particular al tema de esta tesis se hará referencia a continuación a los artículos pertinentes, así:

La exposición de motivos del Tratado<sup>83</sup>, permite evidenciar la intención de los estados miembros de *“garantizar desarrollo económico estable, de un intercambio comercial equilibrado y una competencia leal”* (Art. 2), además tienen como misión proporcionar mediante el crecimiento de la economía, un alto grado de competitividad, mejorar la calidad de vida de sus habitantes, y, brindarles un alto nivel de protección (Art. 3).

Los artículos que tratan sobre garantizar la libre competencia, son los contenidos en el Título VI NORMAS COMUNES SOBRE COMPETENCIA, FISCALIDAD Y APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES, Capítulo I NORMAS SOBRE COMPETENCIA, el 81 y 82 (85 y 86 de acuerdo al anterior Tratado de Roma), donde el primero declara prohibidos e incompatibles con la política de la CE, los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia; el segundo establece la prohibición que tienen las empresas de explotar en forma abusiva el mercado en el que tengan una posición dominante, me permito transcribir a continuación el texto de los artículos mencionados:

“Artículo 81(anterior 85)

1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

---

<sup>83</sup> VERSIÓN CONSOLIDADA DEL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA, que sustituyó al TRATADO DE ROMA, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, 29.12.2006. [http://europa.eu/scadplus/treaties/eec\\_es.htm](http://europa.eu/scadplus/treaties/eec_es.htm)

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

— cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,

— cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,

— cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Artículo 82 (anterior 86)

Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.<sup>84</sup>

La aplicación de estas normas tardó algunos años, fue a través del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que tomó más importancia hasta convertirse en lo que hoy es.

Una característica de este sistema es la implementación de un procedimiento de autorización previa a las asociaciones y acuerdos verticales y horizontales, a fin de verificar su legalidad.

Otra característica adicional es que implementó un sistema de control de las ayudas que proporciona el Estado a ciertas empresas, y se prohíbe las ayudas que pretendan falsear la competencia, todo esto de acuerdo al Artículo 87 del Tratado.

La mayoría de estas innovaciones han sido otorgadas a través de la promulgación de varios Reglamentos como:

Reglamento 17/1962<sup>85</sup>, donde se establece como procedimiento para los casos de competencia que debían ser resueltos en primera instancia por la Comisión de la Unión Europea y luego podían ser apelados al Tribunal de la Unión.

<sup>84</sup> VERSIÓN CONSOLIDADA DEL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA, que sustituyó al TRATADO DE ROMA, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, 29.12.2006. [http://europa.eu/scadplus/treaties/eec\\_es.htm](http://europa.eu/scadplus/treaties/eec_es.htm)

<sup>85</sup> [http://books.google.com.ec/books?id=o5gutLYN0MsC&pg=PA130&lpg=PA130&dq=Reglamento+17/1962&source=web&ots=\\_SsvVmuPFy&sig=AVDP90pmWNbYpIzAEVINmpxvxaA&hl=es](http://books.google.com.ec/books?id=o5gutLYN0MsC&pg=PA130&lpg=PA130&dq=Reglamento+17/1962&source=web&ots=_SsvVmuPFy&sig=AVDP90pmWNbYpIzAEVINmpxvxaA&hl=es)

Reglamento 4064/1989<sup>86</sup>, sobre control previo de concentraciones económicas.

Reglamento 2790/1999<sup>87</sup>, que trata sobre los acuerdos verticales.

Reglamentos 2658/2000 y 2659/2000<sup>88</sup>, que tratan sobre acuerdos horizontales.

De acuerdo al Artículo 85 del Tratado, el órgano competente encargado del régimen de libre competencia en la Comunidad Europea es la Comisión, quien velará por los principios establecidos en los Artículos 81 y 82 del mismo Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea; la Comisión es la encargada de las investigaciones pertinentes sobre las infracciones cometidas o supuestas para la posterior aplicación de las medidas pertinentes por parte del Tribunal. En virtud del Reglamento No. 17 dictado el 6 de febrero de 1962, el artículo 9 establece que la Comisión es la autoridad para aplicar el Tratado.

La Comisión está integrada por un representante elegido de cada uno de los países miembros de la CE, que actuarán con completa autonomía e independencia de sus países de origen, su período es de cinco años con posibilidad de reelección.

El Presidente de la comisión será elegido por el Consejo de común acuerdo con el Parlamento de la CE. Sólo podrán ser removidos por dimisión voluntaria o cese que debe ser dictado por el Tribunal de Justicia. (Art. 211 a 219)

De acuerdo a lo establecido en los Artículos 220 a 245 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, existe el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera, que buscan garantizar el Derecho de interpretación y la correcta aplicación del Tratado. La competencia de estos Tribunales está fijada por el mismo Tratado y el respectivo Estatuto, que por la índole de este trabajo de investigación no se puede revisar con detenimiento.

Cada uno de los países miembros deberá elegir entre los más idóneos a sus representantes y abogados generales asesores, se renovarán las autoridades parcialmente cada tres años, el Presidente será elegido entre ellos, por un período de tres años renovables.

En síntesis la Comisión cuenta con poderes para decidir sobre las investigaciones de las infracciones cometidas por las empresas o sectores empresariales; el Tribunal tiene competencia para adoptar medidas cautelares al respecto.

---

<sup>86</sup> [http://www.fomento.es/MFOM/LANG\\_CASTELLANO/DIRECCIONES\\_GENERALES/AVIACION\\_CIVIL/\\_IN\\_FORMACION/NORMATIVA/LEGISLACION/LEGISLACION\\_COMUNITARIA/CONCENTRACION\\_EMPRESAS/4064-89/r4064-89.htm](http://www.fomento.es/MFOM/LANG_CASTELLANO/DIRECCIONES_GENERALES/AVIACION_CIVIL/_IN_FORMACION/NORMATIVA/LEGISLACION/LEGISLACION_COMUNITARIA/CONCENTRACION_EMPRESAS/4064-89/r4064-89.htm)

<sup>87</sup> <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l26060.htm>

<sup>88</sup> <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/JOhtml.do?uri=OJ%3AL%3A2000%3A304%3ASOM%3AES%3AHTML>

## 10. LA COMUNIDAD ANDINA FRENTE A LA LIBRE COMPETENCIA

### 10.1. ACUERDO DE CARTAGENA

Gabriel Ibarra Pardo, sostiene que *"la principales causas de perturbación de la competencia, en el mercado de la Comunidad Andina, pudieran ser consecuencia, no tanto de las prácticas restrictivas de los particulares, sino de la falta de disciplina de los países para cumplir con el arancel externo común y de los incentivos que confieren los Estados miembros a las exportaciones subregionales"*<sup>89</sup>, es conveniente agregar que esa perturbación fue en principio fruto de la inexistencia de legislación comunitaria y nacional sobre libre competencia en los países miembros de la Comunidad Andina; actualmente la Comunidad Andina ha tratado regular ese vacío, a través de la promulgación de Decisiones, especialmente con la Decisión 608 que trata específicamente el tema de libre competencia y la Decisión 616, aplicable para el Estado Ecuatoriano, esto debido a que la falta de leyes y organismos nacionales hacen que la competencia en el mercado sea alterada, falseada o restringida.

El Acuerdo de Cartagena es el primer convenio en el que se evidencia la intención de los estados miembros de regular la libre competencia en la región, los fundamentos contenidos en el antiguo artículo 93 del Acuerdo<sup>90</sup>, le confiere el mandato a la Comisión de la Comunidad Andina<sup>91</sup> para adoptar:

*".....las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que pueden distorsionar la competencia dentro de la subregión, tales como el dumping, manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente. En este orden de ideas la Comisión contemplará los problemas que puedan derivarse de la aplicación de los gravámenes y otras restricciones a las exportaciones. Corresponderá a la Junta<sup>92</sup> [Secretaría General] velar por la aplicación en los casos particulares que se denuncien."*

Conforme a esta norma se han establecido ya ciertas pautas para promocionar la competencia.

Se han dictado numerosas Decisiones de la Comunidad Andina, en las cuales se han establecido varias normas que regulan la competencia, a continuación analizaremos algunas de las Decisiones de la Comunidad Andina:

---

<sup>89</sup> IBARRA PARDO; Gabriel. La política de Competencia en la Comunidad Andina de Naciones.

<sup>90</sup> Actual Artículo 105 de la Decisión 406 Nueva Codificación del Acuerdo de Cartagena.

<sup>91</sup> Artículos 6 y 22 de la Decisión 496 de la Nueva Codificación del Acuerdo de Cartagena.

<sup>92</sup> De acuerdo al mismo actual 105 debe decir Secretaría General.

- Decisión 230, que modificó la Decisión 45, que trata sobre *prácticas de dumping*, fue reemplazada en algunas partes por las Decisiones 283 y 456, la primera tiene por objeto *“prevenir o corregir distorsiones en la competencia que son el resultado del dumping o de los subsidios”*, y, diferenciar y establecer medidas de derecho aplicables a estas distorsiones del mercado; la segunda tiene por objeto *“prevenir o corregir los daños causados a una rama de la producción de los Países Miembros, que sean el resultado de distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina”*. Sabemos que *dumping* es una práctica de discriminación de precios, que se da cuando una empresa o un agente económico exporta sus productos a un precio inferior al que se encuentra ofertando en su país de origen destinado al consumo o utilización en operaciones comerciales normales.

De acuerdo a las Decisiones antes mencionadas, las prácticas que se deriven de esta situación serán sancionadas de acuerdo a las medidas que éstas establecen de acuerdo a los diferentes casos que se presenten y por la gravedad de los mismos, se requiere y exige de acuerdo a las normas comunitarias establecer ajustes a los precios (base comparable) de exportación, es decir que se trate de establecer un equivalente entre el precio del mercado interno y el precio de exportación, puesto que ellos pueden variar por razones económicas y tributarias internas de cada uno de los países, y convertirse en la diferencia entre realizar una práctica dumping o no.

La medida a aplicarse de acuerdo a las Decisiones 283 y 456 es la llamada de derechos antidumping, que de acuerdo al artículo 20 de la Decisión 283, consisten en establecer un valor entre el equivalente del margen dumping determinado o a inferiores de este, cuando sean suficientes para subsanar la amenazada o perjuicio que se ha causado.

La Decisión 456, de acuerdo al artículo 82 establece que sustituye a la 283 en lo que se refiere a las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia que son el resultado de prácticas dumping en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina.

- La Decisión 457, que contiene normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de subvenciones en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina.

Las medidas que de acuerdo a esta Decisión pueden aplicarse son las medidas compensatorias a las importaciones de productos subvencionados originarios de un Miembro, cuyo despacho a consumo o utilización en un País Miembro, de acuerdo al Artículo 3, *causen o amenacen con causar un daño a la producción del dicho país*.

De acuerdo a esta Decisión, se debe entender como subvención al beneficio otorgado a un producto o sector de la producción, mediante contribuciones financieras del gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de origen o de exportación.

Esta Decisión sustituye a la 283 en lo que se refiere a normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia que son el resultado de subvenciones en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina.

- Decisión 284, que trata sobre las restricciones a las exportaciones, cuyo objetivo es el propio, nos define de acuerdo al Artículo 3 que constituyen restricciones a las exportaciones, todas aquellas medidas de carácter cuantitativo o administrativo, mediante las cuales los Países Miembros impiden, restringen o dificultan sus ventas dentro de la Subregión. Asimismo, los derechos aduaneros u otros impuestos que graven exclusivamente las exportaciones a otro País Miembro.

De acuerdo al Artículo 14, las medidas correctivas de las distorsiones en la competencia que se han generado por las restricciones a las exportaciones intrasubregionales, consistirán en : levantamiento de las mismas, y en su defecto eliminarlas o atenuarlas, es decir terminar con las medidas de carácter cuantitativo o administrativo que los Miembros han tomado en determinado momento y que ha originado el reclamo.

- Decisión 285, que contiene normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia, es decir sobre prácticas restrictivas de los particulares diferentes del dumping, que son los acuerdos y conductas abusivas, estuvo vigente alrededor de ocho años, en donde su aplicación fue nula, por vacíos y deficiencias de contenido, por ejemplo se prohíbe per se conductas que por naturaleza son anticompetitivas en la mayoría de las legislaciones sobre competencia, además se exige que se pruebe el efecto perjudicial que esa conducta ha causado a la industria, es decir ni siquiera se consideraba como atentatoria de la competencia la mera intención de las partes de dañar la libre competencia y el mercado. Esta Decisión no contaba con un mecanismo eficiente y coercitivo para sancionar las prácticas restrictivas de la competencia, no se le imponían multas o castigos similares por falta de facultad de la autoridad supranacional. Otra deficiencia de esta Decisión es que la colaboración para las investigaciones era potestativa de las partes, la única medida que podía tomar la Secretaría era que autorizaba la disminución del arancel del producto que ha sido involucrado en la conducta anticompetitiva, afectando la política del arancel externo común.

- Finalmente la Decisión 608, que contiene Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, que será objeto de nuestro estudio.

Conjuntamente con la Decisión 616, por la cual la Decisión 608 es aplicable para el Ecuador.

## **10.2. DECISIÓN 608<sup>93</sup> – NORMAS PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA**

Esta Decisión dictada el 29 de marzo de 2005 sustituye a la anterior Decisión 285 que regía la libre competencia en la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial de Acuerdo de Cartagena No. 1180, de fecha 4 de abril de 2005. Es oportuno mencionar que se debe observar la Decisión 616, en donde consta la entrada en vigencia de la Decisión 608 para Ecuador, publicada en la Gaceta Oficial de Acuerdo de Cartagena No. 1121, de 25 de julio de 2005.

### **a) OBJETIVOS DE LA DECISIÓN**

De acuerdo al Artículo 2 de la Decisión, se establece que:

*“La presente Decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores”*,

Observamos que los objetivos son, por un lado la protección; y, por otro la normativa andina va más allá, busca la promoción de la competencia, lo que constituye la primera innovación que introduce esta Decisión, para lo cual dispone en sus artículos 36 y 37, que las medidas y políticas regulatorias que tomen los países miembros no entorpezcan ni distorsionen la competencia del mercado subregional con la finalidad de respetar ese bien jurídico tanpreciado por la Comunidad. Establece además que los países miembros definirán mecanismos que perfeccionen y fortalezcan la libre competencia mediante programas de intercambio de información, entrenamientos técnicos, recopilación de jurisprudencia y doctrina administrativa relacionados con la materia. (Art. 37).

### **b) PRINCIPIOS EN LOS QUE SE BASA LA DECISIÓN 608 Y LA LEGISLACION INTERNA SOBRE COMPETENCIA DE LOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD**

El Artículo 3 de la Decisión determina tres principios en los que se basará la legislación tanto interna de los países como de la subregión:

- **Principio de No discriminación:** entendido como el otorgamiento de trato igualitario a las partes en la aplicación de las normas de libre competencia.

---

<sup>93</sup> <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/decnum9.HTM>

- **Principio de Transparencia:** busca garantizar el acceso, el conocimiento, la publicidad a las diferentes normas, leyes, reglamentos, políticas, decisiones de los organismos correspondientes.
- **Principio del Debido Proceso:** asegurar a todas las personas el ejercicio de su derecho a la defensa, asegurarle un proceso justo respetando los derechos, asegurar que los pronunciamientos de los organismos y tribunales competentes sean motivados debidamente.

**c) ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DECISIÓN 608 Y CONDUCTAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Las conductas<sup>94</sup> que se regirán bajo esta Decisión de acuerdo al Artículo 5, son las que se practican en:

- a) *“El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país.*
  
- a) *El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos se produzcan en dos o más Países Miembros.”*

Surge una disyuntiva al respecto sobre la aplicación de esta Decisión, en tanto se refiera únicamente a los efectos reales que produzcan las conductas practicadas por los agentes económicos, entonces, se debe entender que la Decisión no es aplicable cuando existe la mera intención de dañar, alterar, restringir o falsear la libre competencia en el mercado de la subregión, es decir, se puede pensar que la legislación comunitaria no contempla la posibilidad de castigar la intención de las empresas de formar por ejemplo un cártel o de crear barreras de entrada de potenciales competidores al mercado.

Esta Decisión aplica una *política de comportamiento* para la protección de la competencia, y no una política estructural, como se ha establecido y propuesto dentro de esta investigación que debe manejarse la política de la competencia, ahora bien, si verdaderamente se quisiera un avance legislativo sobre la materia que trata este trabajo, es propio aplicar una política que sancione la conducta incluso antes de cometerse y no como se ha establecido sancionar o corregir cuando el hecho ya se ha producido.

---

<sup>94</sup> **Conducta:** Todo acto o acuerdo. (Decisión 608, Art. 1).

En el Capítulo I de esta tesina, se ha hablado de los mecanismos aplicables al tipo de política estructural, se dijo que es importante la intervención del Estado en tanto es el agente regulador de los procesos de las empresas para fusionarse o centrarse económicamente mediante adquisiciones; estamos hablando de tomar medidas a nivel macro donde los organismos competentes para regular la competencia en cada País Miembro deben interrelacionarse y mantener un alto grado de comunicación y coordinación puesto que son ellos los que al representar al Estado deberán tomar las decisiones de autorización o no de las fusiones o adquisiciones que pudieran las empresas de sus países acordar con otras de otro País Miembro.

De acuerdo al Artículo 7, de la Decisión 608, son conductas restrictivas de la competencia:

- a) Fijación de precios directa o indirectamente u otras condiciones de comercialización,
- b) Restricción de la oferta y la demanda de bienes o servicios,
- c) Repartición de mercados,
- d) Impedimento de acceso al mercado de competidores actuales o permanentes,
- e) Concertar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones o concursos y subastas públicas.

(texto no literal de la norma)

Cabe advertir que la Decisión no hace referencia a prácticas verticales u horizontales restrictivas de la competencia, ésta lista es taxativa, contempla en forma general las conductas más practicadas, sin embargo, no incluye otras importantes como por ejemplo:

- Los acuerdos de compra y venta común (podrían entenderse inmersos en el primer literal del artículo pertinente),
- Los de distribución exclusiva (podría ser considerada como conducta de posición dominante),
- Los acuerdos de restricción de publicidad de los productos, que como vimos en el Capítulo I de esta investigación, impiden a los productores o empresarios promocionar sus bienes o servicios en medios de comunicación que no estén autorizados por el acuerdo;
- Entre otras que existen y pueden ir surgiendo de la creatividad de los agentes económicos para adquirir mejores beneficios perjudicando a la competencia.

Resulta conveniente incluir en este Artículo y en el siguiente sobre posición dominante un literal que contemple de alguna manera la posible ejecución de otras conductas restrictivas, esto podría ser bastante subjetivo en determinado momento, pero la ley debe ver y ser para el futuro, porque el hombre y su entorno evolucionan constantemente, tal vez es hasta utópico

pretender contener en una norma la infinidad de prácticas restrictivas que se pueden crear, sin embargo se debe comenzar por algo para poder regular la competencia

En cuanto a la posición dominante<sup>95</sup> que pueden los agentes económicos tener o adquirir dentro del mercado, el Artículo 8 establece las siguientes:

- a) La fijación de precios predatorios,
- b) Imposición injustificada de la distribución exclusiva de bienes y servicios,
- c) Las conocidas ventas atadas,
- d) Contratos condicionados que ponen en desventaja a unos respecto de otros que se hallan en la misma situación.
- e) Negativa injustificada de aceptar o satisfacer ofertas o demandas de bienes o servicios.
- f) Incitación a terceros a no aceptar la venta, entrega o prestación de servicios y bienes a otros, es decir los llamados acuerdos limitantes.
- g) La imposición de barreras de entrada a competidores potenciales o reales por otras razones que no sean económicas.

#### **d) AUTORIDAD Y ÓRGANOS COMPETENTES**

De acuerdo al Capítulo IV de la Decisión 608, que trata sobre el procedimiento que se dará a los casos de competencia, se desprende que los organismos que se encargarán de las investigaciones, de las resoluciones y todo lo correspondiente a la competencia son, en primer lugar, la Secretaría General de la Comunidad, quien ordenará el inicio de las investigaciones de oficio o a petición de parte mediante una denuncia.

El trabajo de la Secretaría General se desarrolla con la colaboración del órgano competente en la materia en cada país miembro, quienes realizarán las investigaciones correspondientes; el informe obtenido de las investigaciones será remitido al Comité Andino de Defensa de la Competencia, este órgano emitirá un informe sobre el remitido por la Secretaría General pronunciando su criterio sobre las conductas restrictivas de la competencia investigadas.

Sobre las medidas cautelares y sanciones o correctivos que se deban aplicar a las partes investigadas de demostrarse su falta será impuesta por la Secretaría General de acuerdo a lo establecido en los Artículos 31, 32 y 33 de la Decisión 608.

El procedimiento que se ha establecido en la Decisión para las investigaciones presenta el difícil trabajo conjunto que deben realizar los organismos gubernamentales nacionales con los

---

<sup>95</sup> Art. 9.- “Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición dominante en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad”, de la Decisión 608 de la Comunidad Andina.

organismos de la Comunidad, el mismo procedimiento presenta la posibilidad de que las partes presenten un compromiso que permita cesar la actividad de la que se les acusa, este es un mecanismo de flexibilidad que presenta el proceso.

La prescripción de las infracciones de acuerdo al Artículo 43 de la Decisión es de tres años plazo desde la realización de la conducta restrictiva, y, de ser continua la actividad el plazo de tres años se deberá contar desde el cese de la actividad.

**e) PARÁMETROS CONSIDERADOS POR LA DECISIÓN 608 PARA SANCIONAR O CORREGIR CONDUCTAS RESTRICTIVAS O POSICIÓN DOMINANTE**

Las medidas correctivas de acuerdo al Artículo 34 de la Decisión, pueden consistir en:

- a. El cese de la práctica en un plazo determinado,
- b. Imposición de condiciones u obligaciones determinadas o multas al infractor. La multa deberá indicar el monto, la forma, oportunidad, lugar de pago; el monto máximo de la multa será del diez por ciento del valor de los ingresos brutos del infractor del año anterior a la fecha del pronunciamiento definido.

Para las medidas sancionatorias que deberá tomar la Secretaría General se deberá considerar:

- a. La gravedad de los hechos,
- b. El beneficio obtenido,
- c. Conducta procesal de las partes
- d. Nivel de daños causados a la libre competencia,
- e. Dimensión del mercado afectado,
- f. Establecimiento de la cuota de mercado de la empresa,
- g. Efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos y potenciales,
- h. Efecto de la restricción de la competencia sobre las otras partes económicas y el efecto sobre los consumidores,
- i. Duración de la restricción de la competencia,
- j. Reiteración de la conducta.

La ejecución de las medidas corresponderá de acuerdo al Artículo 35 de la Decisión, de responsabilidad de los gobiernos de los países miembros en donde tengan las empresas el centro principal de negocios o en su defecto donde se produzcan los efectos de la práctica denunciada.

### **10.3.- DECISIÓN 616 - ENTRADA EN VIGENCIA DE LA DECISIÓN 608 PARA LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

El 15 de julio del 2005, la Comisión de la Comunidad Andina, debido a que el 25 de marzo del mismo año, aprobó la Decisión 608 sobre normas aplicables a la libre competencia, considera que es importante para el Gobierno Ecuatoriano beneficiarse de las normas contenidas en ésta y compartir las obligaciones que la misma impone.

Es así como resuelve promulgar la Decisión 616, por la cual decide:

**“Artículo 1.-** Ecuador podrá aplicar lo dispuesto en la Decisión 608, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5 de la Decisión 608.

**Artículo 2.-** A más tardar el 1 de agosto de 2005, Ecuador designará interinamente a la Autoridad Nacional que será la encargada de la ejecución de la Decisión 608.

**Artículo 3.-** Derogar la siguiente frase del artículo 51 de la Decisión 608:

“...; y, para Ecuador, a los dos años calendarios siguientes o, si antes de este último período se aprobase la ley nacional de competencia de este país, en la fecha de la publicación de dicha norma nacional en el Registro Oficial de Ecuador.”.

**Artículo 4.-** La Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina entrará en vigencia, para la República del Ecuador, a partir de la publicación de la presente Decisión en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. [...]”<sup>96</sup>.

La normativa andina tiene plena vigencia dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, debido a que el Ecuador ha suscrito el Acuerdo de Cartagena y a que, su Constitución Política previene la vigencia de normas supranacionales para el ordenamiento jurídico interno del país; es así como el artículo 18 de la Carta Constitucional establece que, se garantiza los derechos y garantías contenidas en la misma Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes; que estos serán de aplicación directa e inmediata por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

Es así como la Decisión 608 tiene plena vigencia para el Ecuador gracias a la Decisión 616. Conforme consta en el artículo 1 de la Decisión 616, la aplicabilidad de las normas contenidas en la Decisión 608 son aquellas que no se produzcan en: El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y, El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.

“En el ámbito jurídico, el proceso de integración andino se caracteriza por la existencia de un ordenamiento supranacional vinculante para los estados miembros; el cual para su existencia

---

<sup>96</sup> Texto tomado de la decisión 616 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1221, de fecha 25 de julio del 2005. [www.comunidadandina.org/normativa](http://www.comunidadandina.org/normativa)

necesita de los siguientes atributos o principios básicos: (i) la atribución del ejercicio de competencias a organismos supranacionales, (ii) la aplicación inmediata y el efecto directo de las normas que emanan de dichos organismos y (iii) la preeminencia de dichas normas sobre el ordenamiento jurídico interno de cada uno de los estados que conforman el esquema integracionista.<sup>97</sup>

De esto, se puede establecer que son los Estados miembros de la Comunidad Andina, los que en función de su soberanía otorgan a un organismo supranacional entre otras facultades, la competencia para legislar en busca del interés comunitario.

En consecuencia, las normas derivadas de aquella facultad legislativa, son normas de carácter obligatorio para los Estados miembros, lo que implica que ellas son de aplicación directa, inmediata y predominan en la legislación interna de los países miembros.

Este principio de aplicación inmediata y directa, significa que las normas comunitarias expedidas a través de Decisiones y Resoluciones del órgano supranacional, no requieren de un acto jurídico especial de aprobación en cada país miembro, ni de incorporación especial en las legislaciones de los países miembros; puesto que, el Derecho Comunitario es independiente y autónomo justamente en función de la cesión de competencias otorgadas por los países miembros de la Comunidad Andina. El artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia establece: *“Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables a los países miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.”*<sup>98</sup>

La preeminencia de las normas comunitarias sobre las normas nacionales se encuentra justificada, en tanto el Derecho Comunitario es independiente como se ha establecido, y éstas normas nacen del Acuerdo de Cartagena, las normas de derecho comunitario prevalecerán sobre las normas nacionales, aclarando que esto no significa que el derecho comunitario pueda derogar normas nacionales, las dos coexisten dentro de los ordenamientos jurídicos de los países miembros. La jurisprudencia andina al respecto señala, en sentencia dictada el 3 de diciembre de 1987, publicada en Gaceta Oficial N° 28 de 15 de febrero de 1988. *“...el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas*

---

<sup>97</sup> HOYOS VÁSQUEZ, Bismarck Giuseppe. Los principios básicos del Derecho Comunitario Andino. Centro de Investigación Jurídica Essentiauris. Año II. Boletín III. Agosto del 2006. <http://essentiauris.iespana.es/B3-principios.htm>

<sup>98</sup> Protocolo de Cochabamba, modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, de fecha 28 de mayo de 1996.

*internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista.*<sup>99</sup>

La Decisión 608, a través de la Decisión 616, tiene como se ha visto plena vigencia y aplicabilidad para el Estado Ecuatoriano.

Ahora bien, estas Decisiones contienen principalmente el principio de cooperación entre los organismos nacionales y comunitarios, para dar cumplimiento a lo establecido por la normativa andina especialmente en materia de libre competencia; sin embargo, la obligación del Estado Ecuatoriano de designar interinamente una autoridad que se encargue de aplicar la Decisión 608, no se ha formalizado.

Es vital para el Ecuador contar con una legislación sobre libre competencia, no solo por las conveniencias económicas, sociales y legales que surjan con ella para los mercados, sino, por la necesidad de contar con una autoridad que en cooperación con la autoridad supranacional realice las investigaciones correspondientes sobre las conductas restrictivas de la libre competencia, sancione lo conforme corresponda y principalmente vele por el ejercicio de una competencia sana y protectora de los derechos de los agentes económicos participantes en el mercado, que implica una protección transfronteriza.

## **11. DERECHO COMPARADO – BREVE ANÁLISIS DE LAS LEGISLACIONES DE ARGENTINA, ESPAÑA, CHILE, MEXICO, ESTADOS UNIDOS Y PERÚ SOBRE LIBRE COMPETENCIA.**

### **11.1. LEGISLACIÓN ARGENTINA Y ÓRGANO COMPETENTE DE CONTROL**

Esta información se obtuvo del estudio y análisis realizado al pensamiento y aportes hechos por el jurista argentino Germán Coloma, que ha reseñado la evolución del derecho de competencia, y; del estudio de la ley argentina de defensa de la competencia (Ley 25.156).

En la doctrina e historia argentina, el derecho antitrust en esta Nación surgió en 1933, con la promulgación de la ley 11.210, que a decir de los expertos constituía una traducción de la Ley Sherman de Estados Unidos, esta ley tenía carácter penal, fue reemplazada por otras leyes que tendían a controlar los actos de creación y mantenimiento de monopolios.

Esta ley y la de 1946 tuvieron poca aplicación, que como nos comparte el jurista argentino Germán Coloma<sup>100</sup>, durante los cuarenta y ocho años de vigencia de estas leyes existen en la

---

<sup>99</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 3 de diciembre de 1987, publicada en Gaceta Oficial N° 28 de 15 de febrero de 1988. [www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org)

<sup>100</sup> COLOMA, Germán. Defensa de la Competencia. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura. Buenos Aires, 2003.

jurisprudencia argentina apenas cuatro casos en los que se llega a sancionar actos anticompetitivos de acuerdo a ellas.

En 1980, se dicta la ley 22.262 sobre defensa de la competencia, ésta ley crea por primera vez un organismo especializado en la materia para tratar los casos de competencia, éste era la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Esta legislación fue redactada en base al Tratado de Roma, a los artículos 85 y 86.

Se instauró con esta ley un procedimiento administrativo para resolución de casos, llegando al poder judicial vía apelación solamente. Las sanciones establecidas por esta ley ya contemplaban multas, órdenes de cese, y la posibilidad de aceptación de compromisos de las partes; desde el inicio de la vida antitrust en Argentina se consideraba la opción de castigar hasta con prisión a los infractores, situación que nunca se utilizó en la práctica.

Fue hasta 1999 cuando la ley 22.262 fue reemplazada por la ley 25.156, que en esencia mantenía concordancias con su antecesora, sin embargo las innovaciones de ésta ley fueron: la creación de un Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia con mayor independencia, como “organismo autárquico en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación”<sup>101</sup>; sustituyendo a la Comisión, y convirtiéndose en la autoridad competente en primera instancia para resolver los casos antitrust, porque hasta hace pocos años y con la ley anterior era el Secretario de Estado encargado del área de comercio interior el que previo dictamen de la Comisión resolvía los casos en primera instancia.

Otra innovación incluida en esta Ley es el sistema o procedimiento previo de control de fusiones o adquisiciones de las empresas.

Para garantizar la seguridad jurídica de los procesos y de las partes involucradas, será la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, la que resuelva los casos hasta que el Tribunal creado por la ley 25.156 se encuentre en funcionamiento.

La ley sanciona las conductas y actos restrictivos de la competencia, reales y potenciales, puesto que prevé la posibilidad de alterar el mercado con la intención de las partes, alterar el interés económico general, que conforme a esta ley y las legislaciones pertinentes constituye el bien jurídico que se pretende proteger, es conveniente advertir algunas de las prácticas prohibidas y sanciones que contiene esta ley.

**“ARTICULO 1º — Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los *actos o conductas*, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, *que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan***

---

<sup>101</sup> Ley 25.156. De Defensa de la Competencia.

*abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda **resultar perjuicio para el interés económico general.***

*Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción declarada por acto administrativo o sentencia firme, de otras normas.” (las negrillas son mías).*

De acuerdo al artículo 46 de la ley se establecen como sanciones las siguientes:

- Cese de los actos o conductas, prohibidas por la ley, o la remoción de ellos.
- Imposición de multas a los infractores de acuerdo a la ley y a los parámetros establecidos para ello.
- Imposición de condiciones que neutralicen las distorsiones de la competencia.
- Solicitar al juez competente la disolución, liquidación, escisión o desconcentración de las empresas infractoras.

De acuerdo al artículo 48 de la ley tenemos que son solidariamente responsables con la persona jurídica o empresa acusada los gerentes, administradores, miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios y representantes legales por la acción u omisión de sus deberes de control, supervisión y vigilancia si hubiesen alentado o permitido el acontecimiento de la infracción, incluso se les sancionará con la inhabilitación del ejercicio del comercio por un tiempo que puede ser de entre uno y diez años.

El artículo 51, por su parte reconoce la posibilidad de terceros de iniciar la acción de resarcimiento de daños y perjuicios contra el infractor de acuerdo al derecho común.

Se reconoce la prescripción de las acciones en el plazo de cinco años a partir de la ejecución de la infracción.

Esta ley asume las atribuciones competentes sobre la materia de la que trata de manera absoluta, eliminando las facultades al respecto de los demás entes gubernamentales. (Art. 59).

El Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, estará integrado por siete miembros, dos de los cuales deberán ser por lo menos abogados, dos entendidos en ciencias económicas; con una experiencia de por lo menos cinco años, no podrán ejercer otra actividad diferente de la designada salvo la docencia. Durarán en el ejercicio de sus funciones seis años, renovables parcialmente cada tres años, con la posibilidad de reelección. Serán designados por el Ejecutivo previo concurso público de oposición ante un Jurado Especializado, éste tendrá también la facultad de removerlos por mayoría simple.

## 11.2. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y ÓRGANO COMPETENTE DE CONTROL

La información que se reseña a continuación se ha obtenido de la publicación hecha por el Boletín Oficial Español, del día 4 de julio de 2007.

La legislación española sobre defensa de la competencia hasta hace poco estaba regulada por la LEY 16/ del 17 de julio de 1989, que contenía básicamente la regulación por dos órganos administrativos especializados: el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia, estos órganos complementarios entre sí, ejercían sus funciones independientemente de los Ministerios y órganos de la función pública.

El Tribunal tenía las funciones de autorización, sanción, consulta, control y fiscalización de las prácticas de mercado, era competente para aplicar las normas comunitarias sobre la materia; era el encargado de dictar las resoluciones conforme a la investigación que haya realizado el Servicio de Defensa de la Competencia, que además de ello tiene como función la ejecución y cumplimiento de las resoluciones dictadas.

Como se ha mencionado el Servicio de Defensa de la competencia preparaba la instrucción de los casos, vigilaba, investigaba e inspeccionaba los procesos que tenía a su cargo.

Conforme ha evolucionado y ha tomado importancia la competencia en el mundo y en el mercado, y que se ha consolidado como uno de los principales elementos de la economía social de mercado que también proclama la Constitución de España, se ve necesario promulgar una nueva ley que contenga ésta evolución y desarrollo, es decir establecer una regulación de mercado que sin intervenir en las decisiones de los agentes económicos permita tener un mercado más justo y eficiente, además que sea concordante con las disposiciones de la Comunidad Europea, por tal motivo se expide la LEY 15/ de 3 de julio de 2007<sup>102</sup>, sobre Defensa de la Competencia, que entró en vigencia en 1 de septiembre del mismo año; como bien expone en su Preámbulo, la Ley pretende fortalecer el sistema español de defensa de la competencia dotándole de mecanismos e instrumentos que permitan el desarrollo del mercado, tomando en cuenta el nuevo sistema normativo sobre la materia que ha adoptado la Comunidad Europea, esta ley está guiada por cinco principios importantes:

*“Garantía de la seguridad jurídica de los operadores económicos, independencia de la toma de decisiones, transparencia y responsabilidad frente a la sociedad de los organismos administrativos encargados de la aplicación de la Ley, eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia y búsqueda de la coherencia de todo el sistema y, en particular,*

---

<sup>102</sup> Ley 15/2007. Boletín Oficial Español No. 159. Miércoles 4 de julio de 2007.

*de una adecuada imbricación, de los distintos planos institucionales que interactúan en este terreno*".<sup>103</sup>

Esta ley ha mejorado los conceptos que tenía sobre prácticas restrictivas, abusos de posición dominantes, concentraciones económicas y las llamadas prácticas "minimis"<sup>104</sup>, algo muy interesante que promueve esta ley es una suerte de sistema de clemencia para las empresas que al denunciar un cártel quedan excluidas de la sanción (programas de leniency); pero sin lugar a dudas el cambio más importante es la eliminación que se hace de los órganos de control competentes, el Tribunal y Servicio de Defensa de la Competencia, de acuerdo a la Disposición adicional sexta de la Ley 15/2007, se crea y entrega la competencia a la Comisión Nacional de Competencia adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda, es un organismo de derecho público con personalidad jurídica propia y capacidad pública y privada, es el órgano que ha absorbido las funciones que hasta hace poco cumplían el Tribunal y Servicios; la Comisión es un órgano independiente del Gobierno a cuyo cargo se encuentran otros organismos encargados de realizar las actividades de investigación.

De acuerdo al Artículo 20 de la Ley, tenemos que la composición de la Comisión será:

*"Los órganos de la Comisión Nacional de la Competencia son:*

- a) El Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, que ostenta las funciones de dirección y representación de la misma y preside el Consejo.*
- b) El Consejo Nacional de la Competencia, órgano colegiado de resolución conformado por el Presidente de la Comisión Nacional de Competencia y seis Consejeros, uno de los cuales ostentará la vicepresidencia.*
- c) La Dirección de Investigación, que realizará las funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación de informes de la Comisión Nacional de Competencia."*

La Ley de Defensa de la Competencia atribuye a la Comisión Nacional de Competencia funciones instructoras, resolutorias en todos los procedimientos sobre la materia; también faculta a la Comisión para ejercer funciones de arbitraje, competencias consultivas y labores de promoción de la competencia en los mercados.

La legislación española ha mejorado su sistema de defensa de la competencia con la intención de corregir las deformaciones del mercado por la práctica anticompetitiva de algunos agentes económicos, la Comunidad Europea como se ha visto ha dado grandes pasos para que en la

---

<sup>103</sup> Ley 15/2007. Boletín Oficial Español No. 159. Miércoles 4 de julio de 2007, Disposición final segunda, página 28849.

<sup>104</sup> Entendidas conforme a la Ley 15/2007, como aquellas que por no ser de gran importancia no afectan el libre ejercicio de la competencia en el mercado, sin embargo constituyen prácticas restrictivas de la competencia.

integración de los países éstos problemas se vean cubiertos y protegidos, para lograr el verdadero desarrollo de una sociedad.

### 11.3. LEGISLACIÓN CHILENA Y ÓRGANO COMPETENTE DE CONTROL

Esta información se obtuvo del análisis del pensamiento de los juristas Ricardo Paredes y Edgardo Barandiarán; se ha estudiado también el Texto Refundido, coordinado y Sistematizado del Decreto No. 211 de 1973.

La historia chilena entorno a la defensa de la competencia surge con la recomendación que haría la Misión Klien-Saks<sup>105</sup>, en 1957, cuando todavía Chile se encontraba en el régimen de un gobierno comunista que tomó el rol productor y tomaba las decisiones económicas, esta Misión sugirió que se instauró un sistema de libertad de precios, para que la toma de poder de mercado de algunas entidades públicas y privadas se evitara, dejando de lado los conocidos precios administrados, que era la política que funcionaba entonces; como resultado se promulgó la primera Ley de defensa de la competencia en Chile, la No. 13.305 de 1959, esta ley que basada en la Ley Sherman de los Estados Unidos de Norteamérica, podría decirse una copia, no fue aplicada correctamente por múltiples razones, económicas, sociales, judiciales.

Alrededor de los años setenta Chile sufre un gran cambio, por la introducción del modelo económico neoliberal y por la apertura de la economía, es decir, cambia el papel del Estado y se fortalece las libertades económicas.

Fue en el gobierno de Augusto Pinochet que se fortalece el sistema de defensa de la competencia, a través de mecanismos de defensa, eliminando finalmente el sistema de precios administrados, se establece durante este régimen militar una política comercial fuerte.

Se promulgó la Ley 211/1973, que aún tenía similitud con la Ley Sherman, e implementó el control de la competencia a través de Comisiones; posteriormente se emitieron otras leyes que regulaban y contenían a la anterior, no fue sino hasta el año 2003 que Chile promulga la Ley 19.911, que produce el verdadero cambio del sistema de defensa de la competencia; se crea el Tribunal para la Defensa de la Libre Competencia, mantiene a la Fiscalía Nacional Económica como entidad colaboradora en las investigaciones del Tribunal, se eliminan las sanciones penales por infracciones a las normas de competencia, se endurecen las sanciones pecuniarias.

El Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción emite en el año 2005 un Decreto con fuerza de ley que refunda todas las normas sobre competencia que se habían promulgado

---

<sup>105</sup> PAREDES MOLINA, Ricardo y BARANDIARÁN, Edgardo. "PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA EN CHILE:EL ESTADO VS. LABORATORIOS CHILE Y RECALCINE". 1992. [http://www.economia.puc.cl/publicaciones/Doc.Trabajo/DT\\_222.pdf](http://www.economia.puc.cl/publicaciones/Doc.Trabajo/DT_222.pdf).

hasta entonces, tomando como base la Ley 211, a fin de facilitar el conocimiento de la normativa chilena sobre la materia.

La ventaja de esta normativa es el carácter preventivo que se incluye en ella, es decir, que se sanciona tanto el hecho, el efecto y la intención de restringir la libre competencia en el mercado, de tal manera que se aplica una política estructural, porque se previenen los daños que pudieran causar los agentes económicos en el ejercicio de sus derechos de libertad económica.

Como se ha dicho la defensa de la competencia se encuentra a cargo del Tribunal para la Defensa de la Libre Competencia y de la Fiscalía Nacional Económica. El Tribunal es un órgano jurisdiccional, colegiado, sujeto a la vigilancia de la Corte Suprema, tiene como funciones principales las de prevenir, corregir y sancionar las distorsiones o atentados a la libre competencia en los mercados.

Por otro lado la Fiscalía, es un órgano de carácter administrativo, diferente del Tribunal, adscrito al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, completamente autónomo, tiene la atribución de realizar las investigaciones pertinentes sobre las infracciones a la Ley de Competencia.

#### **11.4. LEGISLACIÓN MEXICANA Y ÓRGANO COMPETENTE DE CONTROL**

Información obtenida del estudio de la última reforma de la Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el diario Oficial de la Federación, de 28 de junio del 2006.

La legislación mexicana sobre defensa de la competencia se inicia con la introducción en el texto constitucional de una norma sobre regulación de monopolios, en el año de 1857, sin embargo fue hasta 1934 cuando se dicta una Ley orgánica que regulaba los monopolios en México.

A principios de los años ochentas, cuando Miguel de la Madrid se encontraba en el poder, se hicieron varias reformas constitucionales, se reestructuró el mercado hacia una economía mixta.

Con el Ex Presidente Carlos Salinas, se ejecutan numerosas transformaciones con la única finalidad de producir una liberación económica.

Al igual que los países antes citados las normas reguladoras de la competencia se encuentran consagradas en la Constitución, la Ley especial de la materia y su reglamento.

Con la derogación del régimen de monopolios se expide en 1992 la Ley Federal de Competencia Económica, que tiene por objetivo proteger los preceptos constitucionales de

libertad, tanto económicos como de participación (conurrencia), además de establecer las bases de una política de competencia y de consolidación de mercados competitivos.

El órgano competente en materia de defensa de la competencia, conforme a la legislación mexicana es la Comisión Federal de Competencia, que de acuerdo al Artículo 23 de la Ley Federal, es administrativo, desconcentrado, autónomo de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, y; tiene como finalidad *“prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones....goza de autonomía para emitir sus resoluciones”*<sup>106</sup>

En virtud del Artículo 35 de la Ley Federal, la Comisión tiene la facultad de aplicar las siguientes sanciones:

- Ordenar la corrección o suspensión de la práctica o concentración,
- Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se haya concentrado indebidamente, sin perjuicio de la multa correspondiente,
- O la imposición de multas que de acuerdo a la práctica realizada por el agente económico puede ir desde treinta mil quinientas veces el salario mínimo general, hasta un millón quinientas mil veces el salario mínimo general.

Se puede una vez que la decisión de la Comisión haya causado estado, iniciar un proceso judicial de daños y perjuicios para la indemnización que les corresponda a los agentes económicos afectados por la práctica monopólica o la concentración.

## **11.5. LEGISLACIÓN DE ESTADOS UNIDOS DE AMERICA Y ÓRGANO COMPETENTE DE CONTROL**

Esta información se obtuvo del estudio de los aportes hechos por el jurista argentino Germán Coloma, de ensayos y artículos publicados por varios autores en la página Web del Comité para la Defensa Moral de Microsoft<sup>107</sup>, y; en la página Web de la Fundación Atlas por una Sociedad Libre, del artículo publicado por Verena Wachnitz<sup>108</sup>.

El Derecho Antitrust o como se lo conoce en Estados Unidos “competition law”, tiene su origen en las duras críticas que se hacían a los grandes conglomerados de empresas (trust) que como fruto del capitalismo del siglo XIX se habían formado, imponiendo precios, discriminando compradores y manipulando el mercado. Como consecuencia de ello se tenían a los consumidores inconformes e insatisfechos, puesto que los productos que se ofertaban en el

---

<sup>106</sup> LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. MEXICO, Publicada en el Diario Oficial de la Federación, 24 de diciembre de 1992. Última reforma DOF 28-06-2006.

<sup>107</sup> <http://www.moraldefense.com>, y; <http://www.microsoft.aynrand.org>

<sup>108</sup> <http://www.opinionpress.com/articles-2593.html>, y; <http://www.atlas.org.ar/economia/wachnitz.asp>

mercado no cumplían sus condiciones de calidad, precio y utilidad, se cree también que las empresas pequeñas presionaron al gobierno de Estados Unidos para que regule esta injusta situación de competencia.

De acuerdo al jurista ecuatoriano Víctor Cevallos, *“El Derecho Anti-trust se construye sobre la base de la prohibición a los actores del mercado de toda concentración que afecte el Comercio; o los acuerdos o conductas tendiente al monopolio. No se sanciona el monopolio en sí, pues eventualmente una empresa sin quererlo puede llegar a ser monopolio; pero sí se sanciona la utilización del poder de dominio en el mercado para excluir la competencia. En suma, el Derecho Anti-trust, a diferencia del planteamiento liberal, de que el empresario tiene derecho a competir, el empresario tiene la obligación de competir, en base a la concepción de que el sistema competitivo de economía de mercado, es el más adecuado para la distribución de recursos económicos...”*<sup>109</sup>

Visto esto, nos referiremos al marco legal que conforma en la actualidad el derecho antitrust norteamericano, basado en tres leyes principales tenemos:

- a) La primera ley antitrust que surgió en Estados Unidos, es la denominada Ley Sherman, sancionada el 2 de julio de 1890, incluida en el Código de los EEUU, tomo 15, modificada varias veces, que es de índole penal, hasta el día de hoy permanece en vigencia, esta ley sanciona básicamente dos tipos de infracciones:
  - a. Prohíbe los contratos, combinaciones en forma de trust o conspiraciones que restrinjan el comercio.
  - b. Penaliza los actos que impliquen monopolio, intentos de monopolizar, o conspiraciones para monopolizar el comercio.

Esta ley por su amplio marco no fue efectivamente aplicada, sin embargo fue adquiriendo poco a poco importancia por la jurisprudencia que generó, con lo cual aparece la primera diferencia que se hace sobre las conductas restrictivas de la competencia, esto es que existen conductas por sí mismas atentan a la libre competencia, de otras que para su determinación se requiere análisis de naturaleza, efectos y condiciones, es decir aplicar las reglas de la razón.

- b) La segunda fue la Ley Clayton sancionada en 1914, esta ley tiene compuesta por tres apartados principales declara ilegales una serie de conductas como:
  - a. Discriminación de precios,
  - b. Cláusulas de exclusividad o ventas atadas,

---

<sup>109</sup> CEVALLOS VÁSQUEZ, VÍCTOR, Libre competencia, Derecho de consumo y Contratos. Editorial Jurídica del Ecuador. Primera Edición 2001.

c. Adquisición o fusión de compañías.

Su emisión sirvió para ampliar el alcance de las conductas que se sancionarían como consecuencia de una conducta o acto anticompetitivo.

- c) La tercera fue la Ley de la Comisión Federal de Comercio de 1914, sancionada junto con la Ley Clayton por el Congreso, que es de índole civil, tiene dos aportes:
- a. Declara ilegal toda conducta o acto de competencia desleal, actos o prácticas desleales.
  - b. Crea la Comisión Federal de Comercio, cuya función es aplicar en colaboración con la División Antimonopolio del Departamento de Justicia sanciones.

En este momento se crea una vía administrativa para la resolución de los casos antitrust, porque anteriormente se utilizaba únicamente la vía judicial.

En el derecho antitrust norteamericano existen tres tipos de sanciones para quienes infrinjan la las leyes antimonopolio:

- 1) "Multas de hasta un millón de dólares para sociedades anónimas y hasta tres años de cárcel,
- 2) Mandamientos de un tribunal federal o de la FTC(Federal Trade Commission) que obligan a las empresas a detener ciertas prácticas o a emprender determinadas acciones,
- 3) Las empresas o los consumidores pueden pedir daños triples, osea, el triple de los daños sufridos."<sup>110</sup>

Los órganos competentes en la materia son: la División Antimonopolio del Departamento de Justicia, y la Comisión Federal de Comercio; se cuenta también con otros órganos o agencias federales que colaboran con el control de las fusiones, concentraciones de empresas, que para el caso de América Latina, serían una suerte de entidades sectoriales, como el Departamento de Transporte, Telecomunicaciones, entre otras.

La División Antimonopolio del Departamento de Justicia, tiene por finalidad *promover y proteger la competencia mediante la aplicación de las leyes de la materia.*<sup>111</sup> La competencia de este organismo le permite iniciar causas de naturaleza penal o civil dependiendo de la infracción que se haya cometido, puede imponer multas e incluso prisión. Por otro lado en materia civil

---

<sup>110</sup> WACHNITZ, Verena. Asistente de Programas de la Fundación Atlas para una Sociedad Libre. *Leyes antimonopolio versus derechos individuales. Artículo. Página 2.*

<sup>111</sup> DROMI, Roberto. *Competencia y Monopolio Argentina, MERCOSUR y OMC.* Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, 1999. Página 168.

puede obtener órdenes judiciales que impidan violaciones futuras y medidas que remedien el efecto de los actos.

Por otro lado la Comisión Federal de Comercio, de acuerdo a lo que nos ilustra Dormí, busca promover el comercio justo, supervisar la política antimonopolios y asegurar el cumplimiento de leyes federales sobre protección al consumidor. La Comisión puede obtener órdenes judiciales preventivas de infracciones y en algunos casos imponer sanciones., además se encarga de eliminar prácticas injustas o engañosas, promueve programas de educación de consumidores.

Vemos que estas leyes no establecen realmente cuáles son las infracciones a la libre competencia, son amplias y no contienen definiciones lo que provoca que las empresas no sepan con exactitud cuál es la infracción hasta que el Juez emita la sentencia castigando o librando a la empresa acusada, la flexibilidad de estas leyes provoca que todos los negocios, por decirlo de alguna manera "exitosos" caigan en alguna infracción a las leyes antimonopolio.

#### **11.6. LEGISLACIÓN PERUANA Y ÓRGANO COMPETENTE DE CONTROL**

Esta información fue tomada de la página web del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección Intelectual<sup>112</sup> (INDECOPI).

La libre competencia en Perú se encuentra regulada por el INDECOPI, que es un organismo creado en 1992, con la finalidad de promover y garantizar en la economía peruana una cultura de lealtad y honestidad en la competencia, derechos de los consumidores y en la protección de la propiedad intelectual.

Fue a través del Decreto ley No. 25.868 de noviembre de 1992 que se crea este organismo adscrito al Consejo de Ministros, de personería jurídica de derecho público, con autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa.

El INDECOPI, está formado por:

- a. El Directorio que constituye el máximo órgano del Indecopi, se encarga de establecer las políticas generales, administrar la imagen de la institución, y liderar la labor de difusión y comunicación.
- b. Consejo Consultivo, se encuentra contenido en el Directorio, formado por profesionales del sector público y privado.
- c. Cuenta con un Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, que a su vez se encuentra formado por dos Salas, una de Defensa de la Competencia, y; otra de Propiedad Intelectual.

---

<sup>112</sup> [www.indecopi.gob.pe](http://www.indecopi.gob.pe)

La Sala de Defensa de la Competencia, resuelve en segunda y última instancia administrativa los procesos relacionados con la defensa de la competencia y de los derechos de los consumidores.

Resuelve las apelaciones interpuestas a las resoluciones de las Comisiones.

La Sala de Propiedad Intelectual resuelve las apelaciones de las resoluciones de las oficinas del Indecopi.

- d. Las resoluciones del Tribunal pueden impugnarse en vía judicial, en primera instancia en la sala civil de la Corte Suprema de Justicia.
- e. La Sala de Defensa de la competencia está conformada por siete comisiones, que son las siguientes:
  - i. Comisión de Dumping y Subsidios;
  - ii. Comisión de Libre Competencia;
  - iii. Comisión de Acceso al Mercado;
  - iv. Comisión de Protección del Consumidor;
  - v. Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales;
  - vi. Comisión de Procedimientos Concursales;
  - vii. Comisión de Represión de la Competencia Desleal.
- f. La Sala de Propiedad Intelectual, está conformada por tres oficinas que se dedican a:
  - i. Oficina de Signos Distintivos;
  - ii. Oficina de Derechos de Autor;
  - iii. Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías.

Por otro lado el INDECOPI, cuenta con una Gerencia General que controla lo administrativo y financiero del organismo.

De acuerdo al Decreto Ley No. 701<sup>113</sup>, las prácticas consideradas como atentatorias de la libre competencia se consideran:

- a. Art. 3. Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.
- b. Art. 6. Se entienden por prácticas restrictivas de la competencia los acuerdos, las recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la libre competencia.

Son prácticas restrictivas de la competencia:

---

<sup>113</sup> Decreto Ley No. 701 que disponen la Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la libre competencia, del 5 de noviembre de 1991, publicado el 7 de noviembre de 1991, modificado por Decreto Ley No. 25868 del 24 de noviembre de 1992, Decreto Legislativo 788 del 31 de diciembre de 1994 y, por Decreto legislativo No. 807 del 18 de abril de 1996.

- Impulsar y promover el acceso universal a los servicios de telecomunicaciones.
- Orientar a los usuarios y cautelar sus derechos.
- Lograr eficacia, eficiencia y transparencia de la totalidad de funciones y procesos de gestión institucional.

## CAPÍTULO IV

### 12. PROYECTOS DE LEY EN MATERIA DE COMPETENCIA QUE HAN SIDO PRESENTADOS EN EL ECUADOR

El Ecuador no cuenta con una ley de defensa de la competencia; sin embargo, cuenta con las Decisiones de la Comunidad Andina, cuya aplicación es inmediata y directa dentro del ordenamiento jurídico, como se ha establecido en el capítulo anterior, la aplicación y vigencia de las normas comunitarias es obligatoria para el Estado ecuatoriano, en tanto forma parte del Acuerdo de Cartagena y ha cedido al órgano comunitario supranacional en función de su soberanía parte de la competencia legislativa, es propio considerar el contenido de esta regulación comunitaria en la elaboración de la ley de defensa de la competencia para el Ecuador; actualmente, la Presidencia de la República del Ecuador, se encuentra creando un Proyecto de Ley Antimonopolio que será entregado a la Asamblea Nacional para su aprobación, conforme anunció el Presidente de la República, Ec. Rafael Correa Delgado<sup>115</sup>, en una de las cadenas radiales que transmite los sábados.

Como un preámbulo para el análisis de la materia que corresponde a este capítulo, nos remitimos al criterio del Dr. Fausto E. Alvarado, jurista ecuatoriano, especialista en materia de competencia sobre el objetivo intrínseco que debe tener una norma de defensa de la competencia: "promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas que, manifestadas bajo cualquier forma limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico, a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores".<sup>116</sup>

La iniciativa que han tenido diversos organismos en la promulgación de una ley de defensa de la competencia ha arrojado algunos resultados que veremos a continuación, con mayor detenimiento, sin embargo es propio decir que ninguno de ellos ha llegado a cristalizarse en el marco jurídico actual.

Si bien la Constitución Política del Ecuador de 1998, como hemos visto en los Capítulos anteriores ha previsto normas en materia de competencia, tal es el caso, los artículos:

---

<sup>115</sup> "El Ecuador es el único país de Sudamérica que no tiene ley antimonopolios. Al momento, está casi listo este proyecto de Ley, que será analizado por la Asamblea Nacional Constituyente" comentario expresado por el Ec. Rafael Correa Delgado, Presidente de la República del Ecuador, en cadena radial realizada el 03 de noviembre del 2007. [http://www.elnuevoempresario.com/noticia\\_822\\_el-ecuador-es-el-unico-pais-de-sudamerica-que-no-tiene-ley-antimonopolios.php](http://www.elnuevoempresario.com/noticia_822_el-ecuador-es-el-unico-pais-de-sudamerica-que-no-tiene-ley-antimonopolios.php)

<sup>116</sup> Artículo CONSIDERACIONES SOBRE LIBRE COMPETENCIA QUE DEBE TENER UN MARCO LEGAL – Autor. Dr. Fausto E. Alvarado- Consultor Competencia.

*“Art. 242.- La organización y el funcionamiento de la economía responderán a los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad, a fin de asegurar a los habitantes una existencia digna e iguales derechos y oportunidades para acceder al trabajo, a los bienes y servicios, y a la propiedad de los medios de producción.”*

*Art. 243.- Serán objetivos permanentes de la economía:*

*[...]*

*2. La conservación de los equilibrios macroeconómicos, y un crecimiento suficiente y sostenido;*

*3. El incremento y la diversificación de la producción orientados a la oferta de bienes y servicios de calidad que satisfagan las necesidades del mercado interno.*

*[...]*

*5. La participación competitiva y diversificada de la producción ecuatoriana en el mercado internacional.*

*Art. 244.- Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá:*

*[...]*

*3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que impidan y distorsionen.*

*8. Proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa, la adulteración de los productos, la alteración de pesos medidas, y el incumplimiento de las normas de calidad.”*

Algunos de los proyectos de ley que se han ensayado dentro del H. Congreso Nacional del Ecuador no han tenido éxito, detallaremos a continuación a fin de ver la parte sustancial de cada uno de ellos, se ha obtenido esta información de la página web del Honorable Congreso Nacional:

1. El Diputado por la Izquierda Democrática Julio Noboa Narváez<sup>117</sup>, propone al Presidente de la Legislatura del H. Congreso Nacional Abogado Hugo Quevedo Montero, el Proyecto de Ley “Antimonopolio y de la Libre Competencia”, el 13 de marzo de 2001, signado con el número 22-641; que satisfactoriamente llega a ser aprobado por el Pleno del Honorable Congreso Nacional en sesión del 30 de octubre de 2002, que en lo sustancial contiene:

---

<sup>117</sup><http://apps.congreso.gov.ec/proleg/publico/proyecto.asp?serial=643&codigo=22641&tramite=&de=01/01/1979&hasta=4/2/2008>

- a. El objetivo de la ley es proteger y promover la libre competencia y concurrencia de los agentes económicos, mediante el control, regulación y sanción de las conductas anticompetitivas y demás restricciones encaminadas a obstruir o restringir las libertades económicas.
- b. Prohíbe las prácticas monopólicas, de abuso de posición de dominio, así como todas las prácticas que restrinjan, falseen u obstaculicen la libre competencia en todas las etapas de la cadena de producción y comercialización de bienes y servicios de tal modo que perjudiquen a los consumidores y al interés general económico.
- c. Establece cuáles son las prácticas prohibidas en general, hace una especificación en cuanto a la competencia desleal que se da en el mercado.
- d. Crea la Comisión de Control de la Competencia, órgano adscrito a la superintendencia de Compañías, con jurisdicción nacional, encargada de sancionar las infracciones que contra la competencia se cometan.
- e. Esta Comisión de Control de la Competencia sería conformada por tres miembros de acuerdo al Proyecto de ley:
  - i. El Superintendente de compañías o su delegado,
  - ii. El Jefe del Departamento jurídico de la Superintendencia de Compañías,
  - iii. Un delgado designado del Ministro de Industria y Comercio.
- f. Entre las sanciones que preveía esta Proyecto de Ley, están entre las más importantes:
  - i. Ordenar la cesación de las prácticas por un tiempo determinado, supresión de efectos, suspensión temporal.
  - ii. Multas de acuerdo a la gravedad de la infracción.
  - iii. Pago de daños y perjuicios.

Este Proyecto de Ley, bastante ambiguo a pesar de ser aprobado por el H. Congreso Nacional, es objetado totalmente por el Ejecutivo encargado al Economista Pedro Pinto, el 13 de noviembre del año 2002, sin mayor razón al parecer, conforme consta del texto enviado al Congreso Nacional.

2. La Comisión Especial Permanente de Defensa del Consumidor precedida por María Susana González Muñoz<sup>118</sup>, presentó el 17 de abril del 2001, ante el Presidente del H. Congreso Nacional Abogado Hugo Quevedo Montero, signado con el número 22-660, el "Proyecto de Ley de Protección a las Libertades Económicas", tras primer y segundo debate favorable fue aprobado el 30 de octubre de 2002, este contiene lo siguiente:

---

<sup>118</sup>[http://apps.congreso.gov.ec/proleg/publico/navegar/navegar\\_documento.asp?codigo=22660&path=/proyectos/2000-2002/p1&numero=1&hojas=28&tipo=PRO&defWidth=856&serial=662](http://apps.congreso.gov.ec/proleg/publico/navegar/navegar_documento.asp?codigo=22660&path=/proyectos/2000-2002/p1&numero=1&hojas=28&tipo=PRO&defWidth=856&serial=662)

- a. Un glosario bastante amplio de términos tomados de Industrial Organization Economics and Competition Law (OCDE), donde establece básicamente las definiciones de mercado, mercado relevante, posición de dominio, entre otros importantes.
- b. El objetivo de la ley es impulsar la eficiencia y desarrollo sustentable en una economía social de mercado como la ecuatoriana, promocionar la libre competencia, asegurar a los consumidores mejores condiciones de calidad, precio en los bienes y servicios que adquirirían, crear oportunidades de participación de la pequeña empresa.
- c. Establece las prácticas restrictivas horizontales y verticales enumerando taxativamente cuáles forman parte de cada una de ellas, estableciendo salvedades en el caso que esas empresas que decidan concentrarse sean eficientemente competentes y atiendan los criterios que la ley establezca para permitir su acción. Ente otras prácticas que establece como las concentraciones económicas comunes en el mercado.
- d. Un aporte interesante que hace este Proyecto de Ley es el marco regulatorio que pretendía imponer en el país. Así específicamente su artículo 12 establecía como órganos de control los siguientes:
  - i. Consejo Ecuatoriano de Competencia (CEC),
  - ii. El Intendente Nacional de Competencia,
  - iii. Comisiones Distritales del Control de la Competencia.

El CEC, es el órgano rector protector de la competencia, se encarga de establecer las políticas de promoción y protección de la misma y, regular su comportamiento. Este órgano se encontraría adscrito a la Superintendencia de Compañías, y estaría conformado por cinco miembros: El Superintendente de Compañías o su delegado, el representante del Consejo Nacional de Modernización, un delegado del Ministerio de Industrias, Comercio e Integración, un delegado del Ministerio de Economía y Finanzas y un delegado de la Defensoría del Pueblo.

El Intendente General es el secretario del CEC, nombrado por el Superintendente de Compañías, tiene entre otras la función de coordinar las políticas tomadas por CEC para ser aplicadas por las Comisiones Distritales de la Competencia.

Por otro lado, las Comisiones Distritales de la Competencia, son órganos de ejecución de las políticas del CEC, así como de resolución, vigilancia, registro e información en materia de competencia, sus miembros son delegados por el Superintendente de Compañías.

Como podemos ver en este Proyecto de Ley, más que en los anteriores la independencia del órgano de control de la competencia es nula, la mayoría por no decir todos los funcionarios de éstos órganos son designados por el Superintendente de Compañías; desvirtuando la función de un organismo de esta naturaleza.

Estos proyectos de ley fueron objetados totalmente por el Ejecutivo, mediante la delegación que se le otorgó a Ing. Pedro Pinto, vicepresidente de la República del Ecuador, a través de oficio No. T.1913-DAJ-2002-6484 de 11/13/2002. Unificado con los proyectos Nos. 20-189, 22-641; y, 23-823 (art. 50 se incorpora)<sup>119</sup>.

3. El Diputado Alfredo Castro Patiño, presenta el 24 de noviembre de 2005, ante el Presidente de la Legislatura del H. Congreso, Doctor Wilfrido Lucero Bolaños, signado con el código 26-948, "Proyecto de Ley Orgánica Regulatoria de la Actividad y Competencia Económica", que con Informe favorable pasa a segundo debate el 18 de octubre de 2006, en lo sustancial contiene:

- a. Su objetivo era proteger, asegurar e incrementar la eficiencia de las actividades, a través de normas que regulen, prohíban y sancionen las conductas ilícitas de los agentes económicos, públicos o privados en el marco de una economía social de mercado.
- b. Contiene un capítulo que trata sobre la intervención del Estado en las actividades, dice: Se prohíbe la creación injusta de barreras de mercado, a través de cualquier forma de ayuda que realice el Estado Ecuatoriano a empresas públicas o privadas que generen competencia desleal frente a las empresas que no tienen ayuda estatal.
- c. Ente los objetivos de esta ley está el de promoción de la competencia, para ello se pretendería fomentar la cultura de lealtad y eficiencia de la competencia de los agentes económicos, coordinando la ejecución de planes que difundan esta cultura.
- b. Se consideran como distorsiones de la competencia: las prácticas ilícitas entre ellas acuerdos, decisiones colectivas, concentraciones económicas; prácticas unilaterales como acuerdos convenios entre empresas competidoras; prácticas restrictivas horizontales y verticales.

---

<sup>119</sup><http://apps.congreso.gov.ec/proleg/publico/resultados.asp?glbSearch=competencia&SearchType=free&auspiSearch=&periodoSearch=&Proyectos=true&tipoSearch=&tramiteSearch=&PRODeDia=&PRODeMes=&PRODeAnio=&PROHastaDia=2&PROHastaMes=4&PROHastaAnio=2008&AutSancion=&AutTipo=&AutRegOfi=&AutDeDia=&AutDeMes=&AutDeAnio=&AutHastaDia=2&AutHastaMes=4&AutHastaAnio=2008&ActNumero=&ACTOrganismo=&ACTDeDia=&ACTDeMes=&ACTDeAnio=&ACTHastaDia=2&ACTHastaMes=4&ACTHastaAnio=2008>

- c. Crea como órgano competente para regular el régimen de competencia, el Centro Nacional de Competencia Económica (CNCE), órgano que estaría adscrito a la Superintendencia de Compañías.
- d. El CNCE contará con un Comité de Asesoría, que adoptará las políticas sobre competencia, conformado por representantes de diferentes cámaras de industria, comercio y consumidores del país.
- e. Se Crearán Direcciones Provinciales de Competencia Económica, cuyos directores serían designados por el Director Nacional del CNCE.
- f. El CNCE sería el órgano investigador y sancionador de las infracciones a la competencia, por supuesto se entiende que la delegación de competencia que se haría a las Direcciones Provinciales correría con la misma obligación sancionadora resolutive.
- g. Las sanciones que se establecen en este Proyecto de ley son prácticamente las mismas que se aplican en los proyectos anteriores y en la legislación internacional, es decir: cese de la actividad, multas entre otras.
- h. Dentro de los recursos que se contemplan en este proyecto, se establecen los reconocidos por el derecho, el de apelación ante el Tribunal Contencioso Administrativo o el de reposición ante la misma autoridad de la que emanó la resolución.

Este proyecto no se envió al Ejecutivo para su aprobación tras el informe favorable con el que pasó a segundo debate.

4. Proyecto de Ley propuesto por Rafael Dávila Egúez<sup>120</sup>, "Ley orgánica de Libre Competencia Económica", presentado el 25 de enero de 2006, signado con el código 27-1013, que en lo sustancial plantea:

- a. Su objetivo es tutelar e impulsar la libre competencia de las actividades económicas que produzcan o comercialicen bienes o servicios, así como sancionar aquellas prácticas monopólicas que la impidan, restrinjan, falseen o distorsionen.
- b. Plantea la creación de un organismo controlador de la competencia adscrito a la Superintendencia de Compañías.
- c. Este órgano, Consejo Ecuatoriano de Competencia (CECOM), tendrá entre otras funciones las de regular, promocionar, controlar y defender la libre competencia económica.

---

<sup>120</sup><http://apps.congreso.gov.ec/proleg/publico/proyecto.asp?serial=1955&codigo=271013&tramite=&de=01/01/1979&hasta=4/2/2008>

- d. La investigación de la reclamación se sustanciará en la Intendencia de la Competencia, que para el efecto se crearía; finalmente será el CECOM el facultado para resolver sobre el asunto e imponer sanciones conforme el proyecto de ley.
- e. Contiene además un detalle de cuáles se deben considerar prácticas monopólicas, posición de dominio, concentraciones económicas; definiciones de mercado relevante y los criterios que deben tomarse en cuenta para la imposición de sanciones, y medidas cautelares.

Sin embargo este proyecto de ley que se encuentra armonizado con las normas de la Comunidad Andina, solamente llegó a la distribución en el mismo en el H. Congreso Nacional, el 30 de enero de 2006.

El diputado Rafael Dávila E., presentó también en 1999, ante el Presidente del Congreso Abogado Juan José Pons, un Proyecto de "Ley de Libertades Económicas" bastante similar al de 2006, signado con el código 20-189, que no proporciona ninguna innovación al régimen que se quiere implementar en el Ecuador. Superficialmente se determina la libertad de empresa como principio fundamental, se detalla cuales son las actividades correspondientes; no se encuentra innovación en virtud de que éste es un derecho civil consagrado en la Constitución de la República del Ecuador de 1998, se promueve la creación de empresas, se define las figuras restrictivas de la competencia como: monopolio, oligopolio, competencia desleal, finalmente se otorga a la Superintendencia de Compañías la obligación de regular estas distorsiones.

5. En el año 2007 se intentaron dos proyectos de ley sobre la materia que tampoco tuvieron éxito, por la situación que atravesaba el Congreso nacional durante ese año, éstas iniciativas surgieron del Diputado por Pichincha de la ID, Andrés Páez Benalcázar, quien presentó el Proyecto de Ley Orgánica de Defensa de la Competencia, el 28 de noviembre de 2007, signado con el código 28-419, solamente fue distribuido para el estudio de los legisladores en el Congreso nacional, el 03 de diciembre de 2007.

6. El mismo año el legislador Bolívar Castillo Vivanco, presenta el Proyecto de Ley de Competencia y Defensa del Consumidor", código 28-249, el 28 de agosto de 2007, cuyo último trámite fue la distribución del mismo a los legisladores para su análisis y observaciones, el 31 de agosto de 2007, en lo sustancial contiene.

- a. Tiene como objetivo primordial proteger y promover la competencia económica, con la finalidad de impulsar la eficiencia y equidad de las actividades económicas, públicas o privadas, en el marco de una economía social de mercado.

- b. Se establece la prohibición del Estado de intervenir a fin de que se evite la creación de barreras en el mercado, se detalla además las prácticas restrictivas de la competencia que estarán sancionadas conforme a esta ley, acuerdos, convenios, concentraciones económicas, posición dominante, entre otras que intenten distorsionar, falsear o restringir la libre competencia, la competencia desleal, criterios para establecer el mercado relevante.
- c. Los órganos de control y regulación de competencia, de acuerdo a este proyecto de ley son:
  - a. Superintendencia de Competencia Económica, que sería el órgano nacional de ejecución, promoción, defensa y control de la competencia; ésta estará compuesta por:
    - i. Consejo Nacional de Competencia (CENACE), que será su máxima autoridad.
    - ii. Superintendente de competencia económica que será su representante legal, y; (elegido por el Congreso, tiene la facultad para sancionar y resolver las infracciones a este proyecto de ley, ver procedimiento en proyecto).
    - iii. Intendencias Provinciales y las Subintendencias de Competencia Económica.
  - d. Reconoce los recursos de impugnación, reposición ante las autoridades respectivas.
  - e. En el Libro Segundo del Proyecto de Ley se refiere a los Consumidores, a sus derechos y obligaciones, que contiene las mismas disposiciones de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Este Proyecto de Ley recopila los anteriores que se han presentado en el Congreso Nacional del Ecuador.

### **13. TEXTO DE PROYECTOS DE LEY QUE SE PLANTEAN Y SE ESTUDIAN EN EL GOBIERNO DEL ECONOMISTA RAFAEL CORREA, A FIN DE IMPLEMENTAR UNA LEGISLACIÓN REGULATORIA DE LA COMPETENCIA ( 2007)**

#### **13.1. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE COMPETENCIA**

En estos tiempos donde cada vez es mayor la presión del mercado ecuatoriano que exige se regule la participación de los diferentes agentes económicos, el Gobierno Nacional se encuentra estructurando a partir de consultas y opiniones de distintos sectores económicos y sociales varios proyectos de ley que regulen la competencia en el Ecuador, sin embargo analizaré a continuación uno de ellos a los que he tenido acceso, puesto que en virtud de la complejidad de la materia y las consecuencias que para muchos implicaría una implementación

de un régimen de libre competencia o de defensa de la competencia en el Ecuador, no se me permitió obtener la totalidad del proyecto porque aún no se han hecho públicos los proyectos definitivos ni las opiniones y propuestas concretas por parte del Gobierno central.

En términos generales se evidencia un panorama global del Proyecto de Ley Orgánica de Competencia, para posteriormente tratar lo más importante:

- a. El proyecto de ley orgánica que se estudia contiene como ámbito y objeto:
  - i. “El Estado protegerá, promoverá y garantizará las actividades económicas dentro de un marco de competencia, con sujeción a los términos previstos por esta ley, mediante la prevención, sanción y eliminación de prácticas actos o medidas cuyo objeto o efecto pueden ser, impedir, falsear o distorsionar la competencia, o que conlleven actos de competencia desleal.”. La previsión de este artículo es adecuada en cuanto la posible consecución de actos o conductas pueden restringir la libre competencia.
- b. Más adelante en el texto del documento consta, “Los derechos de propiedad intelectual se ejercerán en el marco de las leyes respectivas, pero el abuso en el ejercicio de tales derechos, en cuanto impidan, restrinjan, falseen o distorsionen, se someterá a la presente Ley. Ahora bien, el Ecuador si bien cuenta con una legislación sobre propiedad intelectual, ésta trata muy poco sobre los actos que se pueden considerar como competencia desleal, sin embargo, éste proyecto prevé el tratamiento de estas conductas en tanto signifiquen un atentado a la libre competencia.
- c. Es también oportuna la definición que se hace sobre lo que se considera como prácticas contrarias a la competencia, en tanto permite evidenciar que pueden ser éstas verbales, escritas, oficiales u oficiosas, acuerdos, decisiones, resoluciones entre otras; sin embargo, no es correcto utilizar el término “anticompetitivas” a nuestro criterio, porque lo que se pretende actualmente es quitar el prefijo negativo de la palabra competencia e incrementar y educar a la sociedad a utilizar los modos “defensa de la competencia” ,o, “derecho de la competencia”,o, como es el caso de esta definición utilizar “prácticas contrarias a la competencia”.
- d. Se establece en uno de los artículos propuestos cuatro parámetros de los que se pueden considerar para establecer cuáles son las prácticas restrictivas de la competencia que se prohíben:
  - i. Violación a las normas de buena fe,
  - ii. Ética comercial,
  - iii. Usos honestos,
  - iv. Sana costumbre en el comercio.
- e. Esta propuesta no determina con mejor detalle cuáles son las prácticas contrarias a la competencia, aspecto que debe ser considerado primordial, hace simplemente una síntesis general de conductas que si bien deben ser consideradas como restrictivas de

- la libre competencia, son mínimas, deje insistimos detallarse por ejemplo, que se consideraran actos atentatorios de la libre competencia, la fijación de precios, el reparto de mercados, la participación concertada en licitaciones, la discriminación de precios, entre otras que pueden representar un peligro para el ejercicio de la libre competencia.
- f. Esta propuesta reconoce la facultad de los tribunales ordinarios de resolver todos las acciones que se deriven de la competencia desleal, en cuyo caso reconoce que no existirá prejudicialidad entre las decisiones de los órganos competentes.
  - g. En la parte medular de esta propuesta se establece la creación de un organismos de defensa de la competencia que contenga entre sus competencias las de las materias de competencia económica, propiedad intelectual y consumidor; entonces se prevé la creación de los siguientes órganos que detalladamente veremos sus funciones y atribuciones:
    - i. Superintendencia de Competencia, Propiedad Intelectual y Consumidor, y;
    - ii. Consejo Nacional de Competencia, Propiedad Intelectual y Consumidor.

Estos órganos estarán al frente de las diversas actividades que sean necesarias emprender a fin de proteger la libre competencia en el Ecuador.

## **SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA, PROPIEDAD INTELECTUAL Y CONSUMIDOR**

La propuesta establece como órgano nacional de promoción y defensa de la competencia, propiedad intelectual y consumidor a la Superintendencia de Competencia, Propiedad Intelectual y Consumidor, cuya principal función será la de dar cumplimiento de persistir con este proyecto de ley, su aplicación; además de la aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Se pretende concatenar las tres leyes a fin de proporcionar un marco más amplio de protección, ahora bien en tanto en cuanto éstas no se contrapongan o impidan, o en su defecto dejen lagunas legales a la defensa de la competencia nos encontramos ante un complejo sistema de legislación regulatoria de la competencia.

La Superintendencia a la que se refiere el proyecto estará encargada de formular, evaluar, coordinar y difundir las políticas de competencia económica, propiedad intelectual y consumidor, así como los medios propicios para lograrlo.

Entre las funciones más importantes que se le otorgarían en caso de formarse este órgano tenemos, la que considero más importante:

- Prevenir, corregir y sancionar los actos y hechos que puedan atentar contra la competencia económica, la propiedad intelectual y los derechos de los

consumidores, así como velar por el cumplimiento y respeto de los principios establecidos en la legislación de la materia.

La integración que se pretende dar a este órgano es el siguiente de acuerdo a la propuesta:

- Consejo Nacional de Competencia Económica, Propiedad Intelectual y Consumidor, que será su máxima autoridad.
- Las Salas de Apelación,
- Superintendente de Competencia Económica, Propiedad Intelectual y Consumidor, que será el representante legal.
- Intendencias Nacionales de Competencia, de Propiedad Intelectual, y Consumidor, cada una integrada por intendencias especializadas de acuerdo a la materia con sus respectivas Unidades Técnicas.

El representante legal es el Superintendente como se ha mencionado anteriormente, éste debe según el proyecto ser nombrado por el H. Congreso Nacional del Ecuador.

El Superintendente de Competencia Económica, Propiedad Intelectual y Consumidor, además de la representación legal, judicial y extrajudicial que debe ejercer, tiene la atribución de defender e implementar las políticas nacionales de promoción y protección de la competencia económica, propiedad intelectual y consumidor, la eliminación de barreras al mercado y la no discriminación en la regulación de los mercados, de acuerdo con los lineamientos fijados por el Consejo y evaluar la ejecución de aquéllas.

Debe además disponer la formulación de estudios sobre la situación y desarrollo de la competencia, propiedad intelectual y consumidor.

Otra atribución que es muy importante y por la que se debe trabajar en el desarrollo de la defensa de la competencia, es la difusión de la cultura de competencia, propiedad intelectual y consumidor.

## **SALAS DE COMPETENCIA Y PROPIEDAD INTELECTUAL**

Estas Salas de Competencia y Propiedad Intelectual son los órganos de apelación de la Superintendencia de Competencia Económica, Propiedad Intelectual y Consumidor; de acuerdo al proyecto de ley que estudiamos, tenemos que será una Sala que tratará la materia de Competencia y, dos de Propiedad Intelectual; cada una de ellas estaría conformada por tres miembros, se aclara además que el Superintendente tiene la facultad de incrementar o suprimir las salas conforme sea necesario.

## **CONSEJO NACIONAL DE COMPETENCIA, PROPIEDAD INTELECTUAL Y CONSUMIDOR**

Este Consejo Nacional al que se refiere la propuesta estaría integrado por:

- Superintendente Nacional de Competencia Económica, Propiedad Intelectual y Consumidor,
- El Ministro Secretario de la Producción o su delegado,
- El Ministro de Economía y Finanzas o su delegado,
- El Ministro de Comercio Exterior y Relaciones Exteriores, o su delegado; y,
- El Ministro de Industria y Competitividad, o su delegado.

Todos estos miembros tienen voz y voto dentro del Consejo Nacional; entre sus principales atribuciones tenemos:

- Establecer políticas nacionales, para la promoción y defensa de la competencia, propiedad intelectual y consumidor, de conformidad con la Constitución Política y las leyes; y evaluar la ejecución de aquellas.

## **FACULTADES DE INVESTIGACIÓN RESPECTO A PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA COMPETENCIA DE ACUERDO A LA PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY ORGANICA DE COMPETENCIA**

De acuerdo a lo que propone el mismo proyecto se establece que la Intendencia de Competencia y el Superintendente, pueden por sí mismos o a través de sus funcionarios requerir a información y documentos a fin de iniciar sus investigaciones a cualquier agente económico o institución pública. Se podrá realizar inspecciones a los locales o dependencias de los agentes económicos con o sin previa notificación.

El organismo y los funcionarios de la Sala de Competencia, la Intendencia Nacional de Competencia, tendrían la plena facultad de llamar a declarar a quienes se hallaren involucrados o tuvieren relación con la investigación que se realiza y, se establece sanciones a quienes se negaren a colaborar con la investigación o no rindieren sus declaraciones con multa prevista en la ley para los particulares o con destitución de cargo a los servidores públicos.

### **13.2. PROYECTO DE LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA PROMOVIDO POR EL GOBIERNO EN LOS MINISTERIOS DE INDUSTRIAS Y COMPETITIVIDAD; ECONOMÍA Y FINANZAS, EN COLABORACIÓN CON LA TRIBUNA DEL CONSUMIDOR. (2007)**

Otro Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia que se está conociendo en el Gobierno a fin de proponer un definitivo es el que a continuación analizaremos:

Si bien el proyecto hace un detalle de lo que se debe entender por prácticas "anticompetitivas", se establece en forma taxativa cuáles son esas prácticas prohibidas, entre ellas se enumeran:

fijación de precios, reparto de mercados, limitación de la producción, discriminación de precios, el boicot dirigido, entre otras se establece también el abuso de posición dominante, la competencia desleal, sobre este particular, conforme a lo que se ha estudiado en los capítulos anteriores de este trabajo es de primordial importancia establecer cuáles son o podrían ser esas prácticas atentatorias de la competencia, sería importante ampliar la prohibición a la que se refiere el proyecto de ley a las prácticas concertadas y paralelas. Se deberá además especificar y aclarar en qué consiste cada una y establecer parámetros generales a fin de evitar confusiones puesto que, las conductas dentro del mercado pueden dar lugar a diversas situaciones que podrían no ser configuradas adecuadamente por la legislación dando lugar a que los agentes económicos burlen de alguna manera la sanción a la que estarían sujetos en uno u otro caso.

Es conveniente centrarse en la descripción que hace sobre los órganos de control:

a. Órganos de Defensa de la Competencia Económica, Propiedad Intelectual y Consumidor:

- i. Instituto de Competencia Económica, Propiedad Intelectual y Defensa del Consumidor (ICEPIC), cuya función sería aplicar esta ley de continuar su trámite y ser aprobada, la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Le correspondería la formulación, coordinación, evaluación y difusión de las políticas de competencia económica, propiedad intelectual y del consumidor.

Su función también implicaría el impulso de las actividades económicas, públicas y privadas, se desarrollen con eficiencia, transparencia y equidad. Deberá promover la creación intelectual, el conocimiento y protección de los derechos de los consumidores y, prevenir actos y hechos que puedan atentar contra la competencia económica, la propiedad intelectual y derechos del consumidor.

Este órgano estaría compuesto por:

1. Consejo Nacional de Competencia, Propiedad Intelectual y Consumidor, que tendría como atribuciones: establecer la política nacional, para la promoción y defensa de la competencia, de la propiedad intelectual, y del consumidor.
2. Los Órganos de Apelación,
3. La Presidencia Ejecutiva,
4. Las Secretarías Nacionales de Competencia, Propiedad Intelectual y Defensa del Consumidor, cada una de ellas conformada por subsecretarías y unidades técnicas.

Se debe entender que esta propuesta pretende instaurar un organismo similar al que cuenta Perú en materia de competencia económica y propiedad intelectual, INDECOPI, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Industrial, creado por Decreto Ley 25868 en noviembre de 1992, a fin de *"promover en la economía peruana una cultura de leal y honesta competencia y para proteger todas las formas de propiedad intelectual"*<sup>121</sup>.

La propuesta pretende crear Salas especializadas en materia de competencia y propiedad intelectual, cada una de ellas conformada por profesionales expertos en cada área, seleccionados y nominados a través de un concurso de oposición y merecimientos.

Entre las principales funciones que el proyecto asigna a cada una de las Salas especializadas se tiene:

- Para la Sala de Competencia:
  - Tramitar y absolver consultas, apelaciones, pronunciarse sobre los asuntos inherentes a la materia, tramitar las acciones de clase presentadas ante su autoridad por personas naturales, jurídica o grupos humanos vinculados por un interés común y afectados directamente por una contravención de consumo.
  
- Para la Sala de Propiedad Intelectual:
  - Tramitar y absolver consultas que las subsecretarías formulen respecto de oposiciones que se presenten contra cualquier solicitud de registro, cesión, cancelación entre otros, dentro de la materia que le compete.
  
  - Resolver los recursos de apelación y revisión que correspondan

La creación de la que sería Secretaría Nacional de la Competencia tendría las siguientes funciones que son propias y adecuados conforme a la estructura que se pretendería instaurar:

- Resolverá en primera instancia las violaciones a la ley de competencia, es decir será el órgano ejecutor en materia de competencia del Consejo Nacional de Competencia.
  
- Defender, promover e implementar las políticas nacionales de promoción y protección de la competencia, la eliminación de barreras al mercado y la no

---

<sup>121</sup>[www.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/estatico/legislacion/normasFunciones/Ley25.868.pdf](http://www.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/estatico/legislacion/normasFunciones/Ley25.868.pdf)

discriminación en la regulación de los mercados, en coordinación con los organismos públicos.

Una atribución que es de gran importancia y afortunadamente se ha contemplado en esta propuesta es la de conocer y resolver en primera instancia las autorizaciones sobre concentraciones económicas de los agentes del mercado.

Sin lugar a dudas en materia de competencia es primordial que se impulse y promueva la cultura, aspecto que se ha fundamentado en esta investigación, puesto que sin educación la sociedad no podrá obtener lo mejor del mercado y de la legislación regulatoria que la protegerá.

Por otro lado de acuerdo al proyecto las Subsecretarías serían los órganos técnico- operativo, que se encargaría primordialmente de elaborar el expediente y el informe respectivo en base a la documentación que previamente ha preparado la Unidad Técnica para que sea la Secretaría Nacional la que resuelva el particular.

Sin lugar a dudas como se ha descrito en el Capítulo II de esta investigación, el derecho de defensa de la competencia con el derecho de defensa del consumidor tienen relación en tal punto que oportunamente conforme a esta propuesta se ha pretende crear una Secretaría Nacional de Defensa del Consumidor que será el órgano ejecutor en materia de Consumidor del Consejo Nacional de Competencia, Propiedad Intelectual y Consumidor, que podrá resolver asuntos violatorios a la ley de competencia y a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Evidentemente esta propuesta responde de manera más objetiva a los requerimientos de la legislación sobre materia de competencia en el mercado ecuatoriano, no se ha querido implementar un sistema complicado y de difícil acceso a la sociedad que participa diariamente en el ejercicio del derecho de libre competencia económica, sin embargo esta propuesta espera que los Ministerio de Industrias y Competitividad, Ministerio de Economía y Finanzas hagan todavía las observaciones correspondientes, además de la propuesta que debe hacer la Tribuna del Consumidor respecto de la materia que le compete; esto acuerdo a reuniones periódicas que se encuentran realizando las instituciones enunciadas a fin de mejorar la propuesta y obtener un consenso de los órganos que se encontrarían involucrados para impulsar este proyecto de ley.

#### **ENTREVISTA DR. FAUSTO ALVARADO – realizada el 11 de abril del 2008.**

De conformidad con la entrevista realizada al experto ecuatoriano en competencia, Dr. Fausto Alvarado, se ha obtenido los siguientes criterios respecto del tema que se ha venido investigando en este trabajo:

Sobre los mayores problemas para que en el Ecuador no se desarrolle un mercado de libre competencia, responde:

Básicamente se da por desconocimiento de lo que es funcionar en el mercado, las prácticas realizadas por las empresas se ven como normales, si bien existe la norma constitucional respecto de la protección y promoción de la libre competencia, es limitado por la ausencia de un instrumento secundario, como una ley de competencia. Muchas situaciones sobre competencia se han ventilado en los Tribunales y Juzgados de la República, particularmente en el Tribunal Constitucional, sin embargo el desconocimiento del mercado por parte de los Jueces y Magistrados, hace que estas resoluciones no respondan a la realidad de la conducta cometida.

El Dr. Fausto Alvarado, cree que es necesario dotar a la legislación ecuatoriana con una ley de competencia, que contenga la prohibición de prácticas horizontales, de prácticas verticales, abusos de posición dominante, concentraciones económicas, regulaciones sobre las ayudas y subsidios estatales y principalmente que se plantee un régimen igualitario, donde las empresas estatales que participen en el mercado sean juzgadas y tratadas como una privada, porque en competencia no se puede hacer excepciones.

Respecto de la creación de un organismo similar al INDECOPI de Perú en el Ecuador, manifiesta que no sería conveniente por las condiciones de los dos países son diferentes, comenta que la propiedad intelectual es objeto de un oligopolio político, que en el Ecuador no permitirían los grandes estudios una regulación diferente de la que se ha venido realizando, posiblemente en el futuro se pueda contemplar esta posibilidad, ahora no. Comenta también que no sería apropiado tener una institución similar al INDECOPI porque el dominante sería la propiedad intelectual y no es propio crear una institución de competencia que sea débil desde el principio, debe nacer fuerte; independiente, autónoma.

Sobre las sanciones que se deberían incluir en una ley de competencia, opina que deben ser sanciones disuasorias, crear multas altas para que el agente económico piense en las consecuencias antes de cometer alguna conducta restrictiva de la competencia.

Sobre el anuncio del Presidente Rafael Correa de la creación de una ley de competencia que enviaría a la Asamblea para su aprobación, manifiesta que conoce que se encuentran ya en un séptimo borrador, que ha variado su contenido inicial y que finalmente podría no ser aprobado por la Asamblea sino por una comisión creada para ello.

El Dr. Alvarado considera que lo que se debe buscar es "crear instituciones fuertes y ciudadanos más creyentes".

## CAPÍTULO V

### 14. CONCLUSIONES

La libertad es el bien máspreciado de los hombres, la libertad económica por la que se desarrollan los pueblos nos permite ser día a día sujetos de numerosas conductas contrarias a la competencia que pueden perjudicar el desarrollo económico, una forma típica de definir en el mundo jurídico el alcance del derecho de las personas es: Mi derecho termina donde comienza el del otro, ahora bien, si esto se aplica en la vida cotidiana nuestros mercados han sido víctimas en múltiples ocasiones de violaciones y arbitrariedades; somos nosotros los que hemos permitido que, a las alturas del siglo en el que nos encontramos nuestros mercados se desenvuelvan como los agentes económicos quieran, es decir que, aquellos que han dominado el mercado nos han obligado a consumir lo que se oferta a los precios que se impongan y se creen barreras de toda índole a fin de evitar que potenciales competidores ingresen al mercado, nuestra estructura de mercado es evidentemente oligopólica; nuestra Constitución protege desde hace muchos años la libertad y, por supuesto la propuesta de la Asamblea Constituyente no es la excepción, se ha previsto como hemos visto durante la investigación que el Estado tiene la obligación de promover la libre competencia en los mercados, evitar los monopolios y defender el derecho de los consumidores, esto tiene su motivación en la razón social del derecho que responde a los presupuestos y principios fundamentales.

La importancia de contar con una legislación de defensa de la competencia en el Ecuador es relevante, durante la investigación se ha demostrado que nuestro país por las características con las que cuenta necesita que se dote al Estado de leyes que le sean útiles a fin de proteger a la sociedad y regular el comportamiento de los individuos; es necesario para el Ecuador una ley nacional que regule la competencia y castigue o sancione las prácticas que impiden que se ejerza la libre competencia, por ello es conveniente promover un proyecto de ley que sea estructurado de acuerdo a la realidad del país, es preciso también consolidar la legislación existente en materia de competencia. Si bien el Ecuador cuenta con normas comunitarias sobre libre competencia, las Decisiones 608 y 616, que como se ha establecido son aplicables al ordenamiento jurídico ecuatoriano, es primordial contar con una ley y un organismo nacional que contribuya con la promoción y protección de la libre competencia, y que adicionalmente coopere con los organismos supranacionales a fin de dar cumplimiento a la normativa andina, por un lado para participe en las investigaciones que se hagan a los agentes económicos que atenten contra la libre competencia, que su conducta haya provocado efectos en el territorio

ecuatoriano ; y por otro lado, que los agentes económicos ecuatorianos puedan actuar a través de este órgano para defender sus intereses si han sido vulnerados por agentes de otro país.

Las ventajas de contar con una legislación que trate sobre la materia brindará a los agentes económicos la oportunidad de participar en el mercado en mejores e iguales condiciones, permitirá que puedan en caso de ser víctimas de abuso por parte de los empresarios acudir a un organismo competente que imponga fuertes sanciones a quienes infrinjan la ley y a quienes en intento de acaparar un mayor porcentaje de mercado destruyen a su paso a otros competidores.

El Ecuador cuenta adicionalmente a las normas de la Comunidad Andina con normas dispersas sobre libre competencia como se ha visto durante la investigación.

El Estado debe ser un ente orientador, guía y regulador en materia de competencia en los mercados, debiendo intervenir únicamente cuando la competencia sea infringida o cuando el derecho de un agente económico, sea éste empresario o consumidor, se vea vulnerado.

Durante la investigación se ha visto que el derecho de competencia y el derecho del consumidor se encuentran en algún momento interrelacionados debido a que ninguno de los dos podría lograr su subsistencia solo, por ello la importancia de incluir en la legislación y políticas reguladoras de la competencia la materia de defensa del consumidor que es un grupo vulnerable dentro del ejercicio de la libertad económica. Como es lógico el derecho de competencia busca la eficiencia económica, mientras que el derecho del consumidor busca la protección de éste, ahora, se debe observar la interrelación y consecuencias económicas que mantienen los dos al defender los intereses superiores de cada grupo en el mercado.

## **15. RECOMENDACIONES**

El Gobierno debe implementar como política de Estado la promoción, protección y difusión de la competencia, a fin que la economía se desarrolle con eficacia permitiendo que se creen nuevas fuentes de trabajo, se respete el derecho de los consumidores y se eliminen las barreras sociales, jurídicas y económicas que impiden que potenciales agentes económicos compitan en el mercado.

Como se ha visto en la legislación ecuatoriana, las normas de la comunidad andina son aplicables directa e inmediatamente y se ha establecido también que el Ecuador tiene normas sobre libre competencia dispersas por eso se propone la consolidación de la legislación, esto permitirá actuar no solamente a nivel nacional sino comunitario, así podrán los agentes económicos interponer sus acciones contra otros agentes que funcionando en un país de la

región afecten su ejercicio de la competencia o vulneren los derechos de empresarios y consumidores.

Los organismos que se creen para regular y controlar la competencia deben tener un alto grado de especialidad y eficacia que permitan que las violaciones que se hagan contra ley sean resueltas con pleno conocimiento, imparcialidad y con un criterio jurídico justo, a fin de no perjudicar la regulación y sanción de los actos y conductas contrarias a la competencia, es decir, dotar a la sociedad de mecanismos idóneos de participación en el mercado que permita a los agentes interactuar entre sí conjuntamente con medios que los protejan.

Uno de los pilares fundamentales que durante esta investigación he impulsado es el de la promoción y difusión de una cultura de competencia leal, honesta y el respeto de los derechos de los participantes en el mercado, es decir, de todos los agentes económicos, empresarios y consumidores; sería conveniente que las políticas del Estado se encaminen a brindar educación sobre esta materia y a difundir la ley que se promulgue, los derechos, obligaciones, acciones y sanciones que se tomen. Sería conveniente que a nivel universitario se implemente una cátedra sobre defensa de la competencia que involucre a los futuros profesionales de diversas áreas, sean éstos abogados, administradores, financieros, psicólogos, entre otros, es decir todos aquellos que a futuro ejercerán el comercio y participarán en el mercado.

Por ello el papel del Estado frente al derecho de consumo es el de fortalecer y fomentar la competencia, ésta significa crecimiento económico, laboral, tecnológico, industrial; representa un evidente beneficio a los consumidores puesto que se les brinda mayores opciones de elegir conforma a sus necesidades y recursos.

Por otra parte es oportuno recomendar ciertos parámetros que se proponen en esta investigación para observar en el momento en el que se promulgue una ley sobre defensa de la competencia económica:

- La ley debe ser definida como proteccionista de la libre competencia y del consumidor, es decir debe titularse en sentido positivo, por ejemplo: Ley Orgánica de Defensa de la Competencia Económica y del Consumidor. No se cree conveniente la adhesión del IEPI, al futuro organismo de competencia porque la propiedad intelectual instituida en el país sería el eje dominante en este organismo, hoy no es conveniente, debe observarse la posibilidad de hacerlo en el futuro, porque si bien es cierto es a través de la propiedad intelectual que se pueden cometer innumerables conductas restrictivas de la competencia, éstas pueden ser resueltas por el órgano rector de la competencia, por eso se sugiere se continúe con la idea de crear un organismo que sea una suerte de Superintendencia de Competencia o de un Consejo especializado, que ha sido el

criterio que se ha venido manejando en los diferentes proyectos de ley, con la suficiente fuerza coercitiva para imponer sanciones e implementar una política sobre competencia

- Se ha considerado importante darle la categoría de orgánica a la ley de competencia por la importancia de los derechos de los individuos que pretende proteger, conforme lo establece la Constitución de 1998, vigente hasta hoy.
- El objetivo de la ley deberá contener entre otros elementos los siguientes:
  - o Protección y control de la libre competencia entre personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras,
  - o Eliminación de acuerdos o convenios que tengan como efecto u objeto la alteración o restricción de la libre competencia, entre ellos el control de las concentraciones, fusiones.
  - o Regulación de la posición de dominio de las empresas y/o personas naturales en el mercado,
  - o Protección y defensa del consumidor. (Institución que se debe fortalecer).
- El proyecto de ley deberá dividirse en secciones que traten las materias que se quieren proteger, esto es, defensa de la libre competencia, defensa del consumidor.
- Entre las prácticas de restricción de la libre competencia que deberían considerarse en el proyecto de ley que se promulgue en el futuro para proteger la competencia económica, la defensa del consumidor de acuerdo a la investigación que se ha realizado, las más importantes:
  - o Convenios o acuerdos restrictivos de la competencia (horizontales y verticales), entre ellos la prohibición de fijación de precios, licitaciones colusorias, ventas atadas, reparto de mercados, discriminación de producción, de ventas, de distribución, acuerdos de publicidad, y; aquellos que tengan por efecto u objeto restringir, falsear, alterar la libre competencia.
  - o Conductas constitutivas de abuso de posición dominante en el mercado, como por ejemplo: los actos que tienden a adquirir más porciones del mercado o impedir que potenciales competidores ingresen a él por el alto nivel de dominio que poseen ciertos agentes económicos.
  - o Actos que pretendan alterar la competencia mediante fijación de precios por debajo del costo de producción, monopolios y otras formas de estructuras del mercado tendientes a obtener del mercado una cuota alta de poder que impida que otros participen en él.
  - o Un régimen especial de concentraciones económicas y fusiones de empresas, que si bien pueden alterar la libre competencia, se puede prever casos en los cuales previa autorización se puedan fusionar para un fin determinado que no produzca un severo impacto en el mercado.

- Los órganos que se creen para defender y regular la libre competencia económica, deben ser autónomos, independientes, desconcentrados y descentralizados.
- Los miembros de aquellos organismos deben indudablemente responder a su designación y nombramiento, que se sugiere debe ser a través de un concurso de oposición y merecimiento, imparcial, estricto y con requisitos fuertes y reales, a fin de determinar que quienes ostenten posteriormente estos cargos sean agentes constructivos del mercado ecuatoriano y en el desarrollo de la regulación de la competencia económica que se quiere implementar.
- El organismo que se cree para la protección de la defensa de la competencia, es conveniente que se divida en una suerte de oficinas especializadas en cada área, que tengan éstas a su vez una subdivisión en una suerte de delegaciones que resolverán en primer término las causas que ante ellas se denuncien o demanden, para en caso de plantearse algún recurso planteado por la ley, acudir ante la autoridad superior competente, y esta a su vez ante un organismo superior que constituiría una suerte de Consejo Máximo para resolver las causas,
- Ahora bien, en cuanto a propiedad intelectual nos merece una reflexión, debería poder analizarse el funcionamiento y organización que posee el actual Instituto de Propiedad Intelectual con el que cuenta el Ecuador, para incorporarlo en el futuro al nuevo sistema de regulación de competencia económica, que se quiere implementar en el país.
- Un aspecto importante que debe incorporarse en una ley de defensa de la competencia económica y del consumidor, es el que tiene que ver con las sanciones a las que se encontrarán sujetos los agentes económicos, que deben ser multas bastante fuertes y determinarse algunos mecanismo coercitivos de la autoridad competente.

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS, ARTÍCULOS Y REVISTAS

- ALVARADO. Fausto. Dr. Consultor Legal. Artículo CONSIDERACIONES SOBRE LIBRE COMPETENCIA QUE DEBE TENER UN MARCO LEGAL.
- ABANTO VÁSQUEZ , Manuel. El Derecho de la Libre Competencia (Cárteles y Monopolios). San Marcos. Lima. 1997.
- BELLAMY, Christopher, y CHILD, Gram., Derechos de la competencia en el Mercado Común, ed., española de Enric Picañol, 1992, Civitas, Madrid. Citado por Félix Nazar Espeche. Defensa de la competencia., Editorial Depalma. Buenos Aires. 2001.
- BETANCUR, Belisario. Aproximaciones al Derecho de Competencia. Palabras del Presidente de la Fundación Santillana, al inaugurar el Seminario sobre la materia: Junio de 1997.
- BETANCUR, Belisario, POLÍTICA Y DERECHO DE CONUSMO. BIBLIOTHECA MILLENIO COLECCIÓN DERECHO ECONÓMICO Y DE LOS NEGOCIOS. El Navegante Editores. Bogotá . Colombia. Primera Edición. 1998.
- BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial e intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal, 1978, Civitas, Madrid, p.226.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho Antimonopólico y Defensa de la competencia. Tomo I. Editorial Heliasta SRL. 2005.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, 2001.
- CARLTON, Dennis y PERLOFF, Jeffrey. MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION, 2ed.
- CEVALLOS VASQUEZ, Víctor. Libre competencia derecho de consumo y contratos. Editorial Jurídica del Ecuador. Primera Edición. 2001.

- COLOMA, Germán. Defensa de la Competencia – Análisis Económico Comparado-. Editorial Ciudad Argentina. Primera edición. 2003. DROMI, Roberto. Competencia y Monopolio. Argentina, MERCOSUR y OMC. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura. 1999.
- DROMI, Roberto. Competencia y Monopolio. Argentina, MERCOSUR y OMC. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura. 1999.
- GÓMEZ Leyva, Delio. Las Prácticas Restrictivas de la Competencia, Acuerdos y Prácticas Concertadas. El Navegante editores, Bogotá Colombia, 1998.
- HERNÁNDEZ TERÁN, Miguel Dr. DERECHO DEL CONSUMIDOR Y ECONOMÍA SOCIAL DEL MERCADO. HOMENAJE PÓSTUMO AL DR. EDMUNDO DURÁN DÍAZ. Escuela de Derecho Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. 2002.
- IBARRA PARDO; Gabriel. La política de Competencia en la Comunidad Andina de Naciones.
- SALDARRIAGA LOPERA, Gustavo. Instrumentos de Análisis Económicos para el estudio de la Competencia. El Navegante Editores. Bogotá, Colombia. 1998.
- NAZAR ESPECHE, Félix A. Defensa de la Competencia. Editorial Depalma. Buenos Aires. 2001.
- PAREDES MOLINA, Ricardo y BARANDIARÁN, Edgardo. “PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA EN CHILE:EL ESTADO VS. LABORATORIOS CHILE Y RECALCINE”. 1992.
- PRETEL DE LA VEGA, Sabas. EL COMERCIO ORGANIZADO Y EL CONSUMO. DOS ÓPTICAS FRENTE A LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.
- VARIOS AUTORES, CURSO SOBRE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONSUMIDORES. LECCIÓN 2, NOCIÓN DE CONSUMIDOR. Gema Botana García/Miguel Ruíz Muñoz.(Coordinadores). Ciencias Jurídicas, Madrid, McGraw Hill, 1999. Universidad Complutense de Madrid.
- VELANDIA, Castro Mauricio. Catálogo de Acuerdos Restrictivos de la competencia. COLECCIÓN DE DERECHO ECONÓMICO III.

HOMENAJE POSTUMO A ENRIQUE LOW MURTA. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. 2001- Colombia.

## LEGISLACIÓN

- LEY SHERMAN ANTITRUST, sancionada el 2 de julio de 1890, incluida en el Código de los EEUU, tomo 15, modificada varias veces, complementada por la Ley Clayton de 1914 y la Ley de la Comisión Federal de Comercio de 1914.
- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO. RO 250, 23 de enero de 2001.
- LEY DE COMPAÑÍAS, Codificación. RO 312, 5 de noviembre de 1999.
- LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. RO 116, 10 de julio de 2000.
- Ley de Propiedad Intelectual, EDYPE Ediciones y Publicaciones Ecuatorianas, actualizada a septiembre de 1998.
- Código Penal, Corporación de estudios y publicaciones, 2005.
- Constitución Política de la República del Ecuador, Edi Gab, Séptima Edición 2002, actualizada a septiembre del 2002.
- Decreto Ejecutivo 197, R.O. 47, 15-X-98.
- Decreto Supremo No. 357 de 28 de agosto de 1970, RO 54 de 7 de septiembre de 1970.
- Ley 184, RO Suplemento 34, 13 de marzo de 2000.
- Diario Oficial de la Unión Europea, 29.12.2006. (UNION EUROPEA)
- Ley 25.156. De Defensa de la Competencia. (ARGENTINA)
- Ley 15/2007. Boletín Oficial Español No. 159. Miércoles 4 de julio de 2007.(ESPAÑA)
- LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. MEXICO, Publicada en el Diario Oficial de la Federación, 24 de diciembre de 1992. Última reforma DOF 28-06-2006.(MEXICO)
- Decreto Ley 25.868. Noviembre 1992. (PERU), [www.indecopi.gob.pe](http://www.indecopi.gob.pe)

## PÁGINAS WEB – SOPORTE ELECTRÓNICO

- <http://www.zonaeconomica.com/definicion/economia>
- [jneilson@latinmail.com](mailto:jneilson@latinmail.com).
- [www.economia.cl](http://www.economia.cl).
- [http://europa.eu/scadplus/treaties/eec\\_es.htm](http://europa.eu/scadplus/treaties/eec_es.htm).
- <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l26061.htm>.
- [www.icarito.cl](http://www.icarito.cl)
- [www.conesup.net](http://www.conesup.net)
- <http://www.ideo.ceu.es/index.php?item=835&lang=esp>
- <http://books.google.com.ec/books>
- <http://www.fomento.es/>
- <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l26060.htm>
- <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/>
- <http://www.comunidadandina.org/normativa/>
- [http://www.conatel.gov.ec/website/audiencias/audiencia\\_reglamento\\_competencia.pdf](http://www.conatel.gov.ec/website/audiencias/audiencia_reglamento_competencia.pdf)
- [http://www.economia.puc.cl/publicaciones/Doc.Trabajo/DT\\_222.pdf](http://www.economia.puc.cl/publicaciones/Doc.Trabajo/DT_222.pdf).
- <http://www.moraldefense.com>
- <http://www.microsoft.aynrand.org>
- <http://www.opinionpress.com/articles-2593.html>
- <http://www.atlas.org.ar/economia/wachnitz.asp>
- <http://www.elnuevoempresario.com/>
- <http://apps.congreso.gov.ec/proleg/>
- [www.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/estatico/legislacion/normasFunciones/Ley25.868.pdf](http://www.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/estatico/legislacion/normasFunciones/Ley25.868.pdf)
- [www.osiptel.gob.pe](http://www.osiptel.gob.pe)
- <http://essentiaiusis.iespana.es/B3-principios.htm>