



FACULTAD DE DERECHO

LA AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS POR LAS
PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EFECTUADAS POR OPERADORES
ECONÓMICOS EN EL MERCADO ECUATORIANO

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República.

Profesor Guía

Dr. Fausto Enrique Alvarado Contreras

Autor

Mario Aníbal Borbua Gallardo

Año

2015

DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA

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

Fausto Enrique Alvarado Contreras

Doctor en Jurisprudencia

C.I: 0102417391

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

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

Mario Aníbal Borbua Gallardo

C.I: 0503165037

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios, a mis padres por enseñarme que las cosas se consiguen con tesón y esfuerzo.

A la Universidad de las Américas, a los profesores que me formaron en lo personal y académico.

DEDICATORIA

A mi padre Aníbal, a mi madre María Judith y a mis hermanos, quienes me motivan cada día a seguir luchando, y en los que en todo momento he encontrado amor y sobretodo apoyo.

RESUMEN

El Derecho de la competencia se ha constituido dentro de los países que mantienen una economía de mercado liberal, en una herramienta indispensable para mantener un equilibrio lineal dentro de las relaciones entre los operadores económicos, situación que normalmente se desarrollan en naciones con apertura a la libre competencia.

En el Ecuador con la incorporación a nuestra legislación interna de la denominada “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado” se busca la protección de derechos y garantías tutelados por la actual Constitución de la República, al definirse al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, por lo tanto se protege en mayor medida a las personas naturales y jurídicas que pueden verse afectadas por conductas anticompetitivas y prácticas desleales agravadas que se encuentran detalladas en la “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”, además es importante mencionar que la Constitución actual define al capital como un medio, más no como un fin, respetando la integridad y la dignidad del ser humano antes que todo, amparando en mayor medida derechos de los consumidores al consagrarlos a jerarquía constitucional, tutela que está en concordancia o armonía con los conceptos y objetivos de nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado.

ABSTRACT

In countries that maintain a liberal market economy, “Antitrust Law” is essential to maintaining harmonious relations between companies, allowing them to compete freely without disadvantages.

In Ecuador, natural and legal persons who may be affected by anti-competitive or unfair conduct are protected by a domestic law called “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”. This law is an additional protection provided by the current constitution, which defines Ecuador as a country of constitutional rights and justice.

Also, the constitution requires that capital may not be an end, but only a means, thereby respecting the integrity and dignity of the human being above all. This requirement is in agreement and harmony with the concepts and objectives of the “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado”.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPITULO I Consideraciones Generales sobre el Derecho de la competencia	3
1.1 La Libre competencia y el Derecho de defensa de la competencia	3
1.1.1 Definición y Fundamento de la Libre competencia	3
1.1.2 La protección de la Libre competencia	5
1.1.3 Definición del Derecho de defensa de la competencia	13
1.1.4 Objeto	17
1.1.5 Desarrollo histórico del Derecho de Defensa de la Competencia	20
1.2 El Derecho de la competencia y la Economía	27
1.2.1 Competencia Perfecta	32
1.2.2 Competencia Imperfecta.....	33
1.3 Normativa vigente aplicable en materia de competencia en el Ecuador	34
1.3.1 El Derecho de la competencia en la Constitución de la República	37
1.3.2 Las Decisiones 608 Y 616 de la CAN y su aplicabilidad directa.....	43
1.3.3 El Derecho de la competencia en otras normas de la legislación ecuatoriana	49
1.3.3.1 Ley de Compañías Registro Oficial 312 de 5 de noviembre de 1999	49
1.3.3.2 Ley de Propiedad Intelectual Registro Oficial 320 de 19 de mayo de 1998.....	53
2. CAPITULO II El Mercado.....	53
2.1 Definición y Nociones Básicas.....	53

2.2 La Relación entre Estado, Economía y Mercado	56
2.2.1 Bien Jurídico Tutelado	59
2.2.2 La Libertad en el Mercado	61
2.3 El Mercado de Referencia o Mercado Relevante	65
2.3.1 El Mercado de Producto	67
2.3.2 El Mercado Geográfico o Mercado Territorio.....	75
3. CAPITULO III Prácticas Anticompetitivas que	
Limitan y Distorsionan la libre competencia	75
3.1 Introducción, Concepto y Rasgos característicos	75
3.2 Prácticas Anticompetitivas que vulneran la libre	
competencia y otros Bienes Jurídicos	76
3.2.1 Acuerdos y Carteles Restrictivos	76
3.2.1.1 Acuerdos Horizontales y Verticales	80
3.2.1.1.1 Acuerdos de precios.....	83
3.2.1.1.2 Acuerdos de control de la producción,	
distribución o comercialización de bienes	
y servicios	82
3.2.1.1.3 Acuerdos restrictivos de repartición de	
mercados y zonas geográficas.....	84
3.2.1.1.4 Acuerdos restrictivos sobre repartición y	
restricción de fuentes de abastecimiento	85
3.2.1.1.5 Acuerdos de restricción de desarrollo	
tecnológico	86
3.2.1.1.6 Acuerdos restrictivos colusorios en cuanto	
a licitaciones.....	87
3.2.1.1.7 Discriminación e imposición de precios de	
reventa	89
3.2.1.1.8 Acuerdos restrictivos de ventas atadas y	
condicionadas	88
3.2.1.1.9 Acuerdos restrictivos de concertación de	
reducción de oferta	92

3.2.1.1.10 Boicot dirigido a limitar el acceso al mercado o ejercicio de la competencia de empresas	91
3.2.1.1.11 Acuerdos de exclusividad.....	91
3.2.2 El Poder de Mercado y su Abuso.....	92
3.2.3 Concentraciones económicas	97
3.2.4 Competencia Desleal	101
3.2.4.1 Tipos de actos de Competencia desleal	107
3.2.4.1.1 Actos de confusión	107
3.2.4.1.2 Actos de engaño.....	108
3.2.4.1.3 Actos de imitación.....	111
3.2.4.1.4 Actos de comparación	112
3.2.4.1.5 Actos de explotación de la reputación ajena	111
3.2.4.1.6 Actos desleales por violación de secretos empresariales	112
3.2.4.1.7 Actos desleales por inducción a la infracción contractual	113
3.2.4.1.8 Violación de normas	117

4. CAPITULO IV Determinación de los Derechos

Individuales y Colectivos dentro de la normativa

ecuatoriana.....	117
4.1 Marco Introductorio, nociones básicas	117
4.2 Derechos Constitucionales	117
4.2.1 Derecho a alimentos sanos; soberanía alimentaria	119
4.2.3 Derecho a la salud	120
4.2.4 Derecho al Trabajo.....	122
4.2.5 Derechos de los consumidores (Elección, información y calidad de bienes y servicios).....	124
4.2.6 Derecho de libertad de desarrollo de actividades económicas.....	130

4.2.7 Derecho de propiedad.....	134
CONCLUSIONES.....	136
RECOMENDACIONES.....	138
Propuesta de Reforma.....	141
REFERENCIAS.....	144

INTRODUCCIÓN

En el Ecuador el Derecho de la competencia sigue aun siendo nuevo, a pesar de que han transcurrido un par de años desde la aprobación y luego la puesta en vigencia de la “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”, cuando en legislaciones comparadas dentro de Europa principalmente y en algunos países americanos es extensa y viene siendo aplicada y analizada la jurisprudencia y la doctrina en varios procesos judiciales a más de la norma escrita, aplicando el Derecho de defensa de la libre competencia como mecanismo corrector del tráfico económico.

Este trabajo busca determinar los derechos constitucionales económicos que pueden verse realmente muy afectados y vulnerados por prácticas anticompetitivas y desleales agravadas, la determinación resulta totalmente necesaria, ya que en la actualidad nuestra Constitución en su artículo 1 define al Ecuador como un Estado Constitucional de derechos y justicia, lo que implica una mayor protección de los derechos consagrados como un preámbulo para la construcción del Buen Vivir.

El Derecho de la competencia protege intereses diversos, como el bienestar de los operadores económicos y consumidores, además del sistema competitivo, con el propósito de garantizar una verdadera legitimidad y armonía entre los diferentes actores económicos que conviven en un mercado dinámico, donde no existan desigualdades y los diversos actores económicos compitan en condiciones de equidad, sin que para desplazar el uno al otro acudan a prácticas que hoy en día se encuentran normadas como prohibidas, he ahí el rol del Estado al aplicar la normativa y sancionar.

En lo concerniente al sistema de resarcimiento planteado dentro del presente trabajo, de igual forma se traduce en indispensable en nuestra legislación, porque no existe una base legal que permita a un Juez de lo Civil determinar la correcta indemnización a un consumidor o a una persona jurídica, posterior a la determinación de la existencia de un daño por parte de la autoridad de

Competencia, y así reclamar a través de la acción por daños y perjuicios. En relación a lo mencionado es oportuno señalar que en otras legislaciones está claramente descrito que la autoridad judicial podrá aplicar un rango de resarcimiento generalmente de uno a tres veces el ocasionado. Esto en relación al derecho trasgredido y al valor pecuniario de la afectación.

En consecuencia lo que se plantea es desarrollar primero una selección de derechos constitucionales económicos que pueden verse vulnerados cuando se realice una práctica anticompetitiva cometida por cualquier sujeto económico, además de la incorporación de un sistema de resarcimiento judicial para su aplicación en un proceso de daños y perjuicios, de esta manera se contribuye a la sociedad y al derecho, porque se brinda un sistema adecuado de resarcimiento que proporciona una seguridad existente en otras legislaciones de otros países.

CAPÍTULO I

1. Consideraciones Generales sobre el Derecho de la competencia

1.1 La Libre competencia y el Derecho de defensa de la competencia

1.1.1 Definición y Fundamento de la Libre competencia

Previamente y antes de entrar a definir y explicar en lo que es el Derecho de defensa de la competencia, materia esencial del presente trabajo, a manera introductoria, es necesario abarcar lo que es la libre competencia analizada siempre desde el lado del Derecho de la competencia y la protección pública que este brinda en cuanto a los mercados se refiere, pero qué es la libre competencia, o a qué llamamos libre competencia; sabedores que existen muchísimas definiciones hemos encontrado una definición que tiene concordancia, y sobre todo nos parece clara y precisa, es la definición dada por el Tratadista Chileno William García Machmar que manifiesta que la libre competencia es: “Es un medio de asignación de bienes y servicios, que radica su funcionamiento en el libre y espontáneo intercambio de oferentes y demandantes. Se considera hoy en día como un medio deseable, pues es el más idóneo para lograr la eficiencia económica”. (García, 2010, p. 23)

La Libre competencia está sustentada por un sistema o modelo económico en los países donde impera, principalmente este es el de economía social de mercado basado en la Libre competencia, que rige a los países pertenecientes a la Unión Europea, difiriendo con el modelo económico ecuatoriano en cuanto a su denominación, *Social y Solidario*, que es recogido por la actual Constitución de la República en el artículo 283, pero que es similar en lo que respecta a los postulados y fines del sistema económico de mercado que brinda un aperturismo a la Libre competencia y al Libre mercado, tema que será tratado con mayor detenimiento dentro del acápite correspondiente para su desarrollo.

El sistema de economía social de mercado permite el dinamismo económico mediante la producción y la intervención de cualquier persona dentro del ámbito comercial y mercantil, en concordancia con la nueva concepción del derecho de libertad de empresa como uno constitucional económico, del cual será oportuno tratar en lo posterior en conjunto con otros de su misma clase, por lo tanto la evolución del derecho mercantil y el sistema económico de mercado ha permitido abolir impedimentos de orden objetivo como en el caso de gremios, dando apertura al comercio y a las actividades productivas a cualquier sujeto capaz de elaborar bienes y ofrecer servicios, al respecto Alberto Bercovitz puntualiza:

El hecho es que hoy se considera, al menos en los países desarrollados, que la economía de mercado basada en la libre competencia es el sistema más eficiente para la asignación de los recursos, y consecuentemente el que sirve mejor para el aprovechamiento de tales recursos y para impulsar el desarrollo económico. (Bercovitz, 2002, pp. 279, 280)

Bercovitz de lo señalado complementa lo que la Libre competencia y el sistema de economía de mercado logran con su implementación, por lo tanto colige:

Un sistema de economía de mercado basado en la libre competencia implica en primer lugar el libre acceso al mercado de quienes quiera operar en él, es decir, que no debe haber barreras que impidan la aparición de nuevas empresas dedicadas a una actividad determinada. En segundo lugar, y supuesta la existencia de una pluralidad de operadores económicos en el mercado, la libre competencia exige que todos ellos estén sujetos a las mismas reglas y actúen independientemente entre sí. Tratando de esforzarse en captar la clientela por las ventajas inherentes a las prestaciones que ofrecen. Es pues importante considerar que también la desaparición de las empresas es elemento fundamental del sistema competitivo. Sirve para

destinar los recursos de la empresa que desaparece a actividades más rentables. (Bercovitz, 2002, pp. 280)

La economía de mercado de la cual se basa la Libre competencia busca entre sus fines primordiales el instaurar el modelo de competencia perfecto, que es aquel en donde se da un auténtico intercambio autónomo de bienes o de servicios, característica precisamente de la libre competencia. Pero debemos dejar sentado sin lugar a duda que lograr el modelo de mercado perfecto sería prácticamente una utopía, pues el mismo no existe. Pero si podemos decir también y sin temor a equivocarnos que al no existir un mercado perfecto, el mismo está plagado de fallas, situación que obliga al Estado a intervenir en el mismo para lograr o intentar un sistema armónico donde los monopolios a través de prácticas anticompetitivas y desleales no impongan sus condiciones en la adquisición de bienes y servicios, es decir en los precios, y tal como lo dice el tratadista antes mencionado se vulnera la libertad, pues esta vulneración perjudicada seriamente a toda la sociedad, y esta es la razón que tiene el Estado para intervenir y regular el mercado a través del Derecho y las políticas de la competencia económica. (García, 2010, pp. 23,24)

1.1.2 La protección de la Libre competencia

Antes de entrar en lo correspondiente a la protección brindada por el Derecho de la competencia a la Libre competencia en concordancia con otros cuerpos normativos y ramas del Derecho, es de suma importancia hacer énfasis en el origen del Derecho de la competencia como parte del Derecho de corrección económica y como exponente de la intervención estatal en la economía.

Lo cierto es que la intervención estatal en la economía surge como necesaria luego de la puesta en vigor del liberalismo económico como corriente doctrinaria que no concebía la intervención del Estado en las relaciones mercantiles y de comercio, se consideraba que el trabajo es una fuente creadora de riqueza y desarrollo para los pueblos, donde deben primar las libertades para el incentivo de las actividades productivas, y que en realidad el

Estado al intervenir en la economía lo que hacía es limitar el ejercicio de esas libertades, (Leguizamón, 2000, p. 47). El doctrinario colombiano Willian Leguizamón otorga parámetros para entender el liberalismo extremo y las concepciones de Smith, en referencia cita:

El liberalismo extremo, no admite ninguna participación ni interferencia por parte del Estado. El mercado para él, es plenamente confiable y él perfectamente se encarga de regular todas las actividades relacionadas. Sólo admite un Estado cumpliendo funciones mínimas; las vitales para una sociedad: Como mantener el orden público, velar por el cumplimiento de la justicia, mantener la seguridad en sus fronteras y en general prestar aquellos servicios públicos que definitivamente no deban quedar expuestos a las condiciones del mercado. (Leguizamón, 2000, pp. 47,48)

Pero en la práctica es imposible dotar de un liberalismo total y desmedido sin control a la sociedad en lo referente a las actividades económicas, ya que es imposible evitar la distorsión del mercado por parte de operadores económicos que controlen la oferta o la demanda, o a su vez es ilógico pensar en un modelo anárquico sin regulación e intervención estatal que no sancione las actuaciones incorrectas e ilegales que afecten el correcto funcionamiento del mercado, el modelo económico, o el interés público y privado.

En virtud de esta situación, nace en Inglaterra en años posteriores a la vigencia del denominado liberalismo económico, la corriente intervencionista del Estado, como pilar de las primeras nociones del Derecho económico plasmadas con la creación en Austria de la Constitución económica o de Weimar. La corriente intervencionista del Estado tiene sus fundamentos según Leguizamón, quien describe a continuación lo siguiente:

Considera la intervención necesaria por razones de seguridad y del mantenimiento del Estado, por la necesidad de regular la actividad de sus habitantes y controlar el uso adecuado de los recursos y de su

territorio; por lo tanto, actuando en uso del poder que la sociedad le ha conferido, debe cumplir con el papel de “regulador”, aceptando el principio de la existencia del derecho de la propiedad privada, pero determinando los principios y la forma como puede ejercerse; deben existir controles y regulaciones para esa libertad; pero admitiendo el régimen económico de la propiedad privada, como el que más se acomoda a la naturaleza del hombre. Debe el Estado regularla para que cumpla unas precisas funciones en bien de la sociedad; una función social regulada por el Estado y no una función individualista y egoísta. (Leguizamón, 2000, p. 139)

Por lo tanto la primera acepción y nociones básicas de lo que hoy es el Derecho económico nacen por medio de la implementación de la denominada Constitución Económica en la actual Alemania, ex Austria en 1919, la que buscaba como fin inmediato la reactivación económica luego del debacle y la crisis económica y financiera producida por la primera posguerra, el tratadista Jhon Morales Alzate comenta:

Se inicia en Alemania con la Constitución de Weimar de 1919, la materialización y origen de lo que hoy denominamos el derecho económico y los temas de la planeación económica dándose así paso a lo que la doctrina alemana denomina “*WIRSTSCHAFTSVERFASSUNGRECHT*” o Constitución Económica. (Morales, 2000, p.43)

Pero que sería en si una Constitución Económica, o que es lo que contendría, Ariño señala:

Se entiende por “Constitución Económica” (o modelo económico de la Constitución”) el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país, según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución.

Este “orden económico constitucional” no es una pieza aislada, sino un elemento que hace parte de la estructura básica de la ley fundamental. No siempre las Constituciones recogen esta consagración formal del modelo o sistema económico de un país. Más aún, la mayoría de las constituciones, especialmente las más antiguas, nunca se lo plantearon, lo que no quiere decir que el silencio de las mismas equivalga a una completa indeterminación: a partir de una interpretación integrada del conjunto de derechos y libertades individuales reconocidos en el texto constitucional se puede inducir el sistema económico que debe presidir la vida social. (Ariño, 2000, p. 175)

Es precisamente la búsqueda de la reactivación económica a través del conjunto de nuevos derechos consagrados a nivel constitucional lo que se pretendió con la Constitución de Weimar, ya que se necesitaba de un ámbito de libertad para el ejercicio de actividades productivas y de generación de riqueza.

Patricia Alvear Peña y Blanca Gómez de la Torre hacen una reseña precisa de los derechos consagrados a la jerarquía constitucional en la Constitución de Weimar:

Los puntos más sobresalientes de la Constitución de Weimar son la consagración del derecho a la libertad económica, derecho a la propiedad, derecho al trabajo y libertad de escoger profesión u oficio. Respecto a la libertad económica estableció que debe responder a los objetivos de garantizar a todos los alemanes una existencia digna, protegiendo la libertad de contratación pero sujeta al tenor de lo establecido en las leyes.

(Alvear, Gómez de la Torre, 2012, p.26)

La consagración de estos derechos a nivel constitucional en la referida Constitución de 1919, en conjunto con otras de su época, (Querétaro México,

1917 y la Española de 1931), dio apertura a una nueva denominación de esta clase de derechos constitucionales y a una nueva rama que les pertenece y regula, hoy en día son llamados Derechos constitucionales económicos, pertenecientes lógicamente al Derecho constitucional económico, al cual nos referiremos en lo posterior.

A más de garantizarse estos derechos al elevarlos de jerarquía normativa, se impuso la necesidad del cumplimiento de funciones de índole social, ecológica o ambientales, limitando algunos de los derechos, pasando de ser absolutos a relativos, conceptualización recogida en nuestra actual Constitución y aplicados a derechos como el de la propiedad, libre empresa y los de propiedad intelectual.

La antigua concepción del Derecho Económico y la intervención del Estado como reactivadores de la economía y planificadores de esta cambió, debido a que ahora son otras las necesidades que solventar. A partir de épocas no tan lejanas a nuestro presente, la intervención estatal expandió sus funciones a la de regulador económico, fiscalizador, redistribuidor, y estabilizador económico. En lo que respecta a la primera de ellas y que es de nuestro interés, direcciono esa función a un Derecho específico, el derecho de corrección del tráfico económico, que tiene exponentes específicos que cumplen la función de correctores del funcionamiento del mercado, entre estos están el Derecho de defensa de la libre competencia, el de competencia desleal y el Derecho de defensa del consumidor, que pertenecen como ramas independientes una de la otra dentro del Derecho Económico.

La intervención estatal a inicios del siglo XX, se expresa como un mecanismo de reactivación económica, pasando posteriormente a ser un elemento de corrección del tráfico económico para evitar desviaciones y abusos en el mercado que perjudiquen la sociedad y afecten el bien común.

(Alvear, Gómez de la Torre, 2012, p.27)

Ya con los antecedentes de índole histórica y las bases del intervencionismo estatal sentadas, es oportuno dar una conceptualización clara, precisa del Derecho económico y su ámbito de regulación. Para Jorge Witker quien es citado en el artículo de Luis Miguel Gómez dentro de la obra José Vicente Troya Jaramillo como editor, el Derecho económico es:

Conjunto de principios y de normas de diversa jerarquía sustancialmente de derecho público que, inscritas en un orden público económico plasmado en la carta fundamental, facultan al Estado para planear indicativa o imperativamente el desarrollo económico y social de un país.

(Troya, 1998, p. 93)

Expresamente de lo denotado cabe señalar que la intervención estatal está concebida dentro del derecho económico, quien regula la política económica y las actividades económicas a través de normas, fiscaliza y maneja los recursos financieros, planifica las actividades productivas con miras al desarrollo por medio de la redistribución de la riqueza.

De acuerdo a la doctrina no existe una posición determinante que ubique al Derecho económico dentro del Derecho público, por la intervención del estado en temas de interés general, puesto que también se encarga de regular las actividades empresariales y de naturaleza microeconómica. (Troya, 1998, pp. 16,17)

La división se pone en evidencia precisamente por ramas pertenecientes al Derecho económico que se encargan de corregir el funcionamiento del mercado y de la economía, ya que algunas como el Derecho de defensa de la libre competencia protegen intereses macros, otros como el de competencia desleal protegen esencialmente intereses privados, buscando el bienestar común.

El Derecho de la competencia, tiene como finalidad la protección y salvaguardia de intereses de orden público, y es uno de los exponentes del derecho de corrección económica, que cumple la función de corrector del tráfico económico.

Otra de las finalidades del Derecho de defensa de la libre competencia es la búsqueda de la funcionalidad del sistema o modelo de mercado, que como se había dicho en economías con apertura a la libre competencia es la denominada economía de mercado. Definitivamente al proteger la libre competencia en equidad también se protegerá al sistema que la promueve y envuelve. Bercovitz manifiesta:

El sistema competitivo se caracteriza, pues, por su extraordinaria dinamicidad. El empresario tiene que ocuparse continuamente por mantener la competitividad de sus empresas, para no perder la clientela. El riesgo si no mantiene esa dinámica continua es el de tener pérdidas e incluso desaparecer del mercado.

No es, pues de extrañar que a menudo los empresarios traten de reducir los esfuerzos y los riesgos que para ellos significa el sistema competitivo, poniéndose de acuerdo para reducir o para eliminar la competencia entre ellos.

(Bercovitz, 2002, pp. 280, 281)

El Estado es el llamado a proteger la libertad de competencia dentro del mercado a través de las normas y las políticas de competencia, esta intervención del Estado en el mercado lo que busca es que el mismo funcione de manera armónica en beneficio del interés económico general, la economía y sobre todo el bienestar de los operadores económicos, como el de los consumidores y que es señalada en leyes como de Defensa de la Libre competencia chilena y a la Ley *Sherman Antitrust Act* estadounidense de 1890 y citadas por García. (2010, p. 32):

La ley chilena sanciona “cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos.

En términos igualmente amplios, en EUA se dispone que “todo contrato o reunión que tenga por objeto constituir un monopolio o de otra forma conspirar para restringir el intercambio o el comercio entre los Estados, o con naciones extranjeras, será ilegal.

Por lo tanto, el bien jurídico que protege es, justamente, la libre competencia. Cabe preguntarse en qué consiste jurídicamente, dicho concepto.

En concordancia, es necesaria una conceptualización acorde a lo jurídico de libre competencia, para así lograr un mejor entendimiento, pues el tema que tratamos en este trabajo tiene una dualidad indivisible entre economía y derecho, en este sentido es preponderante responder a la pregunta inferida, y para lo cual citamos al mismo autor que nos dice al respecto lo siguiente:

Para la doctrina jurídica, se define a la libre competencia como aquella situación de un mercado en la que dos o más agente económicos ofrecen y demandan bienes o servicios similares, es decir, sustituibles entre sí, sin que ninguno tenga poder por sí solo para influir en el precio de dichos bienes o servicios. (García, 2010, pp. 32,33)

A la luz de esta definición, podemos concluir que el Derecho de la Competencia contiene normas de corrección económica, que tratan de evitar que de por cualquier forma se distorsione la libertad de competencia de los operadores económicos y consumidores que intervienen en una Economía de Mercado basada en la libre competencia. Bercovitz al tratar sobre la libre competencia dice:

La legislación protectora de la libre competencia se considera indispensable para el correcto funcionamiento del mercado. Esto significa que esa legislación protege un interés público y, desde luego,

protege también a los consumidores, que son los primeros interesados en que el mercado de libre competencia funcione correctamente y en impedir que los empresarios se pongan de acuerdo para restringir la competencia en su propio beneficio, pero en perjuicio de todos los demás participantes del mercado. (Bercovitz, 2002, p. 282)

1.1.3 Definición del Derecho de defensa de la competencia

Sería difícil encontrar una definición exacta y que englobe todo lo que es y lo que regula el Derecho de la competencia, eminentemente este es un Derecho amplio que básicamente protege la libertad de concurrencia de los operadores económicos dentro del mercado y a través de esta a los consumidores, además de aquella protección armónica de la libre competencia en el mercado, es importante también señalar que es competencia en el sentido más amplio y simple, así tenemos que es principalmente rivalidad o lucha, claro está por conseguir una meta o algún objetivo, sin importar mucho la naturaleza del mismo, situación que la podemos extrapolar al tema materia de este trabajo, es decir, de la libre competencia, competencia que debe darse en condiciones de igualdad, pero como esto no siempre funciona así, pues el mercado es imperfecto y esta es una de las razones por las que surge el Derecho de la competencia, quien precisamente se encarga de entre otros objetivos, velar por el no cometimiento de prácticas prohibidas y restrictivas a la competencia por parte de los operadores económicos para beneficiarse y tomar una ventaja ilegítima en esa lucha.

William García, dice que: “El derecho de la libre competencia es una rama del derecho público económico que regula y ordena los mercados, sancionando las prácticas comerciales anticompetitivas y creando las condiciones para intercambios eficientes”. (García, 2010, p. 24). De esta definición el mismo autor explica el porqué de su contexto, tomando en cuenta otra cita realizada por otro tratadista chileno Domingo Valdés Prieto:

Primero. Pertenece al derecho público, porque es una regulación que está fuera de la autonomía privada. El derecho de la libre competencia se impone y obliga, incluso, a los contratos libremente celebrados. No obedece al principio de libre autonomía privada, sino que al principio de legalidad. Su naturaleza de “derecho público” se expresa, principalmente, en que el derecho de la libre competencia habilita al Estado para actuar limitado la autonomía privada. Por eso se dice, también, que forma parte del orden público económico”

Segundo. Tiene por objeto regular y ordenar los mercados. El derecho de la libre competencia parte de una constatación básica: dejados a su libre desenvolvimiento, los agentes económicos tienen buenos incentivos y la capacidad real de dejar de competir, perjudicando el bienestar social. Por ello, se hace necesario que el Estado intervenga para lograr que los mercados funcionen correctamente.

Tercero. El derecho de la libre competencia cumple con ese cometido primordialmente, sancionando y reprimiendo las conductas más graves. La ley faculta expresamente a los órganos con competencia en la materia para llevar a cabo investigaciones, obtener medios de prueba y, finalmente, imponer castigos a quienes han atentado contra la libre competencia.

Cuarto. Fuera de lo anterior, la finalidad de ordenación de los mercados también se logra a través de la adopción de medidas preventivas y correctivas. Los órganos que tutelan la libre competencia no sólo buscan sancionar, sino que también evitar que se produzcan las prácticas anticompetitivas, para lo cual pueden dictar reglas generales o imponer condiciones a ciertos actos, etc. Valdez Prieto citado por García (2010, pp. 24, 25)

De éste análisis, a la definición antes descrita, se puede concluir que el Derecho de defensa de la libre competencia tiene como último fin el bienestar general de todos los actores económicos, que intervienen dentro del mercado cualesquiera que fuere éste.

Uno de los objetivos del Derecho de la competencia y por el que es necesario, es también la protección a los consumidores ya sean personas naturales o jurídicas, a los que se les debe ofertar productos y servicios de calidad, y así poder estar en capacidad de elección y no supeditado al de un determinado producto o servicio que surge distorsionada mente como consecuencia precisamente de la práctica anticompetitiva.

En este contexto; los consumidores ante los productores y ofertantes de cualquier tipo de bien o servicio, podrían ser sujetos participantes en el mercado con un alto grado de vulnerabilidad de sus derechos, por lo que se necesita a más del Derecho específico de defensa del consumidor el Derecho de la Competencia.

La regulación del mercado a través del derecho de la competencia, es necesaria para lograr un equilibrio, con miras a la igualdad de condiciones entre los sujetos que participan del mercado ya sean productores o distribuidores; quienes ofertan sus bienes y servicios tanto para los consumidores intermedios como para los consumidores finales, los que poseen una diferenciación en lo que respecta a la finalidad existente en la compra o adquisición del bien o servicio; los consumidores finales acceden al bien o servicio para su propio consumo, mientras que los intermedios no, el fin deseado es diferente al del consumo, ellos siguen dentro de la relación jurídica contractual de compra-venta, revendiendo el producto o manteniéndose dentro de la escala de producción transformando lo adquirido, materia prima por ejemplo en un producto final destinado obviamente para su consumo.

Con todos estos antecedentes también podemos concluir, que el Derecho de la competencia tiene como fin la defensa de la concurrencia de los operadores económicos dentro del mercado, competencia que puede verse vulnerada por ciertas prácticas ilícitas que se encuentran tipificadas y enumeradas de manera ejemplificativa en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Remitiéndonos al Derecho Comparado para entender en primera instancia un régimen regulatorio y de fines, acorde con lo que se mencionó en relación a la protección de la libre competencia, encontramos que la Ley de Defensa de la Competencia Española en la exposición de motivos párrafo segundo dice:

La presente Ley responde a ese objetivo específico: garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado. Código de Comercio y Leyes complementarias de España citado por Cevallos (2001, pp. 23, 24)

Lo que se debe claramente definir y señalar es que el Derecho de la Competencia protege intereses diversos; entre los que están la eficiencia del mercado, evitando, tipificando y sancionando conductas que en lo macro puedan distorsionarlo o afectarlo, protegiendo así también el modelo del mismo, que se basa en la libre competencia, además de los derechos y el bienestar de los operadores económicos como la de los consumidores.

Para la doctrina europea que tiene concordancia con lo estipulado por la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado, la protección del Derecho de la competencia se extiende a dos bienes jurídicos específicos, la libre competencia y el interés económico general, que concibe concepciones amplias, por lo que necesita ser analizado con mayor exactitud en lo posterior en el *ítem 2.2.1*.

Tomando los derechos y garantías como base de todo estado moderno, es inconcebible la existencia de un mercado donde no exista libertad y en el cual el consumidor este supeditado a la adquisición de un solo producto o servicio, al abuso de posiciones monopólicas y a acuerdos colusorios que afectan el interés económico general y la eficiencia con la que el mercado debería actuar. Por lo tanto en la mayoría de legislaciones se encuentra determinada la

prohibición de este tipo de prácticas anticompetitivas, ya que los mismos no permiten un entorno u ambiente armónico donde los consumidores tengan un acceso libre al adquirir o enajenar cualquier bien o servicio. En este punto debemos resaltar que es fundamental la intervención del Estado para que se dé vía regulación un ambiente armónico del mercado eliminando y sancionando los acuerdos anticompetitivas o de abuso del poder de mercado.

1.1.4 Objeto

El Objeto del Derecho de la competencia busca proteger el ambiente armónico de los diferentes sujetos económicos que participan dentro del mercado y el interés general de protección del modelo económico.

El Derecho de defensa de la competencia protege intereses de índole público preferentemente, porque la intervención estatal por medio de la función regulatoria plasmada en la aplicación de normas jurídicas en la que están las de defensa de la competencia, actúan como correctoras económicas para la protección del correcto funcionamiento del mercado y del modelo económico.

En lo referente a los bienes jurídicos protegidos en concordancia con lo mencionado en el acápite anterior, el Derecho de defensa de la libre competencia tutela dos bienes jurídicos: En primer término la libre competencia como parte fundamental del sistema y modelo económicos, que permite la circulación de bienes y servicios, incentivando y tutelando así el derecho a la libre empresa, y la libre competencia como derecho constitucional económico, a más del interés económico general.

Es relevante diferenciar el ámbito de protección y sobre todo activación del Derecho de la competencia, con otras normas de corrección económica como la de Defensa del Consumidor en este caso, el primero se activa cuando existe una afectación al bienestar general de los consumidores, un solo hecho no justifica la intervención estatal, caso contrario a la activación del segundo que tiene como fin inmediato otorgar tutela al consumidor y a sus derechos cuando existe una vulneración específica e individual, como se había mencionado

anteriormente. La salvaguardia se basa en la necesidad de amparo del consumidor por ser el sujeto más débil en la relación de consumo. Esta posición es contraria a la de defensa de la libre competencia, que busca garantizar el bienestar colectivo de los consumidores. Al respecto la cita doctrinaria nos ilustra.

El ejercicio de este derecho a nivel secundario varía en función del objeto y bien jurídico tutelado en las diferentes leyes; concibiéndose así su protección directa y específica en la ley orgánica de defensa del consumidor; como colectivo y agente económico del sistema competitivo, en la ley orgánica de regulación y control del poder de mercado. (Alvear, Gómez de la Torre, 2012, p.31)

Siguiendo con la línea de diferenciación del Derecho de defensa de la libre competencia con otros que se constituyen en correctores económicos, es imprescindible distinguir al Derecho de la competencia con el de regulación contra la competencia desleal, el cual tiene una razón protectora y activación diferente al primero. La diferencia sustancial recae en que el Derecho de defensa de la libre competencia protege intereses de orden público, entre los que están el correcto funcionamiento del mercado, la protección al modelo económico que se basa en la libre competencia o que la promueve como en nuestro país, intereses colectivos de los consumidores y bienes jurídicos como el interés económico general, además de otros derechos constitucionales económicos como la libre empresa; mientras que la regulación contra la competencia desleal protege preponderantemente intereses privados o particulares, al sancionar actos deshonestos y desleales de toda índole cometidos por quienes incursionan en el mercado a través de la oferta en contra de cualquier operador económico, sean estos competidores y consumidores. Cabe señalar a la Competencia desleal en el modelo social, en referencia se ilustra:

El modelo social, en este momento la competencia desleal, sin dejar de proteger los derechos particulares de los operadores económicos,

amplía su protección jurídica a los de orden público e interés social, basándose en la protección del sistema competitivo y los intereses de los consumidores, entendidos como parte integrante y vital del mercado. García citado por Alvear (2012, p. 81)

De lo referido es importante precisar que la garantía en primera instancia de los intereses de orden privado con la vigencia de este modelo, se expanden a lo público en casos específicos, donde la magnitud de la actuación desleal amerita que sea remitido a la autoridad de competencia para su análisis, ya que el acto puede constituir la afectación del correcto funcionamiento del mercado o el sistema competitivo, por lo que estos son llamados desde la doctrina como actos desleales agravados, los cuales son los únicos recogidos en nuestra legislación regulatoria de la competencia desleal creándose una desprotección jurídica. Bercovitz ante lo dicho reseña:

En efecto, aunque la normativa básica sobre competencia desleal está en la Ley de Competencia desleal, completada por la Ley General de Publicidad, también la Ley de Defensa de la Competencia, después de su modificación por Ley de 29 de diciembre de 1999, en su artículo 7 incluye un precepto sobre falseamiento de la libre competencia por actos desleales. En ese precepto se atribuye al Tribunal de Defensa de la Competencia el conocimiento de los actos de competencia desleal que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado, cuando esa grave distorsión afecta al interés público. (Bercovitz, 2002, p. 332)

La relación existente entre ambas normas de corrección del tráfico económico, defensa de la libre competencia y competencia desleal se plasma en el caso referido, cuando el acto de competencia desleal es agravado, pero el criterio de la protección de intereses privados de la regulación contra la competencia desleal permanece, activándose y sancionando per sé la deslealtad hasta los umbrales de la afectación al interés público, donde el Derecho de defensa de la

libre competencia y la autoridad administrativa de competencia son los que sancionan.

La regulación contra la competencia desleal indudablemente hoy tiene varios aspectos que el modelo social define, distinguiendo la activación ante la protección de lo privado y lo público, que se constituye como desleal agravado debido a su magnitud, y que en legislaciones como la española está tipificado como el aislado suceso donde el acto de competencia desleal debe ser conocido y sancionado por el Derecho de defensa de la libre competencia y la autoridad que lo preside, manteniendo la protección individual en los casos donde se afecten intereses privados que son contenidos en una normativa específica, Patricia Márquez Lobillo en su artículo Falseamiento de la Libre competencia por actos desleales dentro de la obra Estudios de Derecho de la competencia hace alusión al artículo de la norma de competencia que tipifica al acto desleal agravado, por lo que señala:

Es el caso de las conductas contempladas en el art. 7 LDC, cuya función represora se atribuye a los órganos de defensa de la competencia, siempre que se realicen actos de competencia desleal que provoquen una grave distorsión de las condiciones de competencia en el mercado, afectando, por ello, al interés público.

Es indudable, en consecuencia, el carácter sustantivo del art.7 LDC, en el sentido de que el precepto crea una nueva modalidad de ilícito *antitrust*, consistente en la grave distorsión de la competencia, afectando al interés público, por medio de conductas desleales, legitima a los órganos de defensa de la competencia para el conocimiento de estas conductas que, en principio, en tanto desleales, quedarían sometidas a la jurisdicción ordinaria (art. 22 LCD), y lo hace en atención a la gravedad de las mismas y a la afectación del interés público, hechos que demandan, de alguna forma, la intervención del Estado.

(Font, Pino, 2005, pp. 218, 219, 221)

Finalizando, para Ignacio de León quien es citado por Alfonso Miranda Londoño y Juan David Gutiérrez Rodríguez, doctrinarios, en su artículo “FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: LOS BENEFICIOS DEL MONOPOLIO VS LOS BENEFICIOS DE LA COMPETENCIA”, que se encuentra en la página web de la Universidad Javeriana, los objetivos del Derecho de la competencia se centran en cuatro puntos:

La política de competencia comprende las iniciativas gubernamentales, cuerpo normativo y acciones del gobierno que persiguen los siguientes objetivos:

- 1.- Proteger y reforzar el proceso competitivo de los mercados en los que dicho proceso es parcial.
2. Disminuir el poder de las firmas dentro de un mercado, en la medida en que dicho poder contradiga conductas competitivas.
3. Prohibir acuerdos que permitan a los competidores existentes o potenciales asumir conductas anticompetitivas; y,
4. Incrementar la eficiencia económica, que en general se revierte en un incremento del bienestar de la sociedad en conjunto. (Miranda y Gutiérrez, 2006)

1.1.5 Desarrollo histórico del Derecho de Defensa de la Competencia

En cuanto al desarrollo histórico del Derecho de defensa de la competencia se refiere, es necesario mencionar un aspecto básico para su creación y posterior implementación en varios países desarrollados en primera instancia y posteriormente en varios en vías de desarrollo, el Estado y principalmente el Derecho tienen como finalidad la regulación y el proteccionismo social, el Derecho de defensa de la libre competencia nace con la necesidad de regular a los grandes conglomerados de empresas en la edad moderna, para proteger a

los más débiles, es decir a los consumidores y obviamente a pequeñas empresas que trataban de competir con aquellas empresas que dominaban el mercado en ese entonces.

Es importante mencionar que en la edad media desde el siglo XII hasta el XVI, en el continente europeo primordialmente las actividades mercantiles estaban direccionadas únicamente para aquellos pertenecientes a los gremios, solamente para aquellas personas que estuvieren debidamente matriculados en uno de ellos, esta posición contraria a la mercantilidad objetiva de nuestros días donde lo importante es el acto mercantil en sí mismo, sin importar la calidad de comerciante matriculado siempre y cuando esa persona haga del comercio su actividad habitual, caso contrario a la mercantilidad subjetiva donde lo preponderante es la calidad de comerciante la cual determinaba al acto como mercantil. Por lo tanto solamente algunos podían ejercer el comercio, los productos debían cumplir con las normas de producción y venta impuestas por los gremios, para que el consumidor o adquirente pueda comprarlos, otro tema importante es la no pelea por la clientela entre participantes del mismo gremio, por lo tanto no había competencia en ese entonces, la competencia no era regulada, ni tampoco se imponían sanciones contra quienes actuaban en contra de los demás comerciantes.

No es sino por la Revolución Francesa que a más de instaurar en Francia los derechos de libertad, igualdad y fraternidad, logra declarar a la competencia libre, como ocurrió en esa época las ideas liberales se expandieron por toda Europa, haciendo que esta declaración aplicada en primer lugar para los franceses se extienda para los demás habitantes de Europa, quienes pudieron ejercer la actividad comercial libremente.

A partir de lo sucedido en Europa con el renacimiento y otras corrientes que influyeron a una sociedad más justa, en EEUU obviamente estas corrientes e ideas influenciaron en el capitalismo salvaje siglo XIX, a raíz de un gran proteccionismo económico los monopolios y carteles proliferaron, los conglomerados de empresas o también llamados *trust* por el Derecho

Anglosajón eran los dominantes del mercado, quienes fijaban los precios de los productos que expendían, y en otros casos bajaban dichos precios para evitar el ingreso de otras empresas al mercado. En este contexto surge el *DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA O EL DERECHO ANTITRUST*, denominación empleada por los estudiosos del derecho a finales del siglo XIX, este derecho se crea a través de la denominada Ley de Sherman, producto de un proyecto de ley presentado en el año de 1890 al Senado de los EEUU, por el senador representante de Ohio John Sherman, esta fue la primera ley de competencia generada para combatir la gran cantidad de monopolios y de afectación a los derechos de libre empresa sobretodo y de consumo, por lo que en el mismo año de 1890 se aprobó por el Senado Estadounidense la “*Sherman Anti-trust Act*”.

La respuesta del Estado ante el pedido de la ciudadanía para detener los monopolios, y el control de los precios y del mercado, surge como una necesidad para el Estado Norteamericano de lograr una sociedad más equitativa, donde las personas puedan entrar el mercado para fortalecer la producción nacional y crear riqueza, además de la necesidad de proteger a un agente económico participante en el mercado, más débil, el consumidor.

Aunque hubieron ciertas voces y posturas acerca de la promulgación de la ley, por ejemplo en la escuela contemporánea austriaca de economía, académicos de renombre mencionaron que la ley respondía a grupos de interés de ese entonces, que buscaban el proteccionismo del Estado contra grupos de empresas que competían a gran nivel, ofreciendo precios bajos, y que por lo tanto no existe rastro de prácticas anticompetitivas realizadas por las empresas acusadas de ser monopólicas, sin embargo la “Ley de Sherman” hoy en día se ha constituido como la primera norma de aplicación de Derecho de la competencia en EEUU.

Sería imposible refutar hoy en día la importancia del Derecho de la competencia dentro de las diversas legislaciones a nivel mundial, su trascendencia ha hecho que su aplicabilidad sea necesaria para el normal

funcionamiento de un mercado, y gracias a esto las economías en vías de desarrollo necesariamente tuvieron que adoptarlas, por el fenómeno de globalización mundial económica y la necesidad del intercambio comercial entre países.

En Europa el Derecho de defensa de la libre competencia o simplemente Derecho de la Competencia, se desarrolló a partir del tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, o también denominado Tratado de Roma, el mismo que sus signatarios lo suscribieron el 25 de marzo de 1957, es importante recalcar que el tratado se suscribió con el fin principal de la cooperación multilateral entre los países europeos, fundamentalmente en lo que tiene que ver con el ámbito económico.

En el artículo 2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, se puede encontrar los fines que persigue el mismo, entre los que está la promoción de un mercado común y de una unión económica y monetaria, directriz para que después se llegue a concretar a través de la implementación del euro en la Comunidad Europea, también tenemos objetivos en materia de igualdad y protección social, desarrollo laboral y ambiental; así como la elevación de la calidad de vida y la cooperación entre naciones. Es importante señalar estos objetivos descritos en el articulado del tratado porque, en el mismo texto, concretamente en el artículo cuatro se habla ya de la libre competencia, este dice lo siguiente: “La política económica de los estados miembros: 1.- Se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia”. (Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, 1957, Artículo 2)

Pero este solo es un preámbulo de lo que el tratado versa en materia de competencia, ya que en el apartado primero del artículo 81 del tratado se describen normas de competencia que entran a regular directamente a las empresas. (Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, 1957, Artículo 81)

Queda totalmente claro que son las empresas o personas jurídicas con un objeto social o varios quienes son las llamadas a proteger la libre competencia, y precisamente quienes podrían vulnerarla, por lo tanto las normas dirigidas hacia ellas tienen el objetivo de dar una adecuada regulación para no permitir la vulneración de derechos consagrados. Aunque es fundamental mencionar que otros sujetos económicos participantes en un mercado común podrían impedir, restringir o falsear la competencia, en cuerpos normativos modernos ya se puede observar este cambio sustancial, en el texto de las leyes de regulación y control del poder del mercado.

En América Latina y el Caribe el Derecho de la competencia no fue de los comunes que forman parte de una legislación, a partir de la década de los noventa comenzaron a surgir ideas innovadoras que buscaban la protección de los mercados y de derechos de los consumidores, fue verdaderamente un cambio social y jurídico en la vida de las sociedades que vivían de cierto modo en un retraso, aunque en ciertos casos de determinados países el Derecho de la competencia se implementó, producto del desarrollo de normas *antitrust* y antimonopolísticas en EEUU , por ejemplo en México a partir de la expedición de su propia Ley Orgánica en 1934, en Argentina las leyes de defensa de la competencia se remontan a 1919, otro ejemplo es Colombia con la ley 155 y Chile con la ley 13.305, las dos se promulgaron en el año de 1959, pese a esto según Alfonso Miranda Londoño y Juan David Gutiérrez Rodríguez, doctrinarios, citados anteriormente por su acertada y correcta investigación la existencia formal de las normas, no atribuye ni garantiza su aplicación, y es precisamente lo que sucedió en algunos de estos casos, al respecto mencionan lo siguiente:

En Colombia, por ejemplo, La Ley 155 “por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”, fue expedida por el Congreso en 1959, pero durante las tres décadas siguientes a su expedición la autoridad de la competencia no resolvió ningún caso. La falta de aplicación en el caso colombiano se explica por las siguientes razones:

- El modelo de desarrollo proteccionista o cepalino, basado en la sustitución de importaciones, que no promovió una cultura de competencia en el país
- La falta de voluntad del Estado para aplicar las leyes de competencia, lo cual se explica por la captura de las autoridades por los grupos de interés económico y la predominante cultura de no competencia.
- La escasez de recursos económicos y humanos de las autoridades para llevar a cabo esta compleja tarea. (Miranda Londoño y Gutiérrez Rodríguez, 2006)

Según tratadistas referidos estas razones justifican la no aplicación de la normativa de competencia no solamente para Colombia, sino para el resto de países latinoamericanos. Diversos fueron los factores que ayudaron e influenciaron a los países latinoamericanos para que adopten normas de Derecho de la competencia, así Alfonso Miranda Londoño y Juan David Gutiérrez Rodríguez acotan lo siguiente:

Es voluntad de los gobiernos para impulsar la política de competencia y la consecuente aplicación del derecho se debe a dos procesos políticos y económicos que se desarrollaron a comienzos de la década de los noventa.

En primer lugar, el afianzamiento de la democracia como forma de gobierno, en contraposición a las dictaduras militares que dominaron buena parte de la segunda mitad del siglo XX. De esta forma se ha querido consolidar el Estado de derecho y la seguridad jurídica necesaria para el normal desenvolvimiento de las relaciones sociales, especialmente las inherentes al comercio. (Miranda Londoño y Gutiérrez Rodríguez, 2006)

Por lo tanto hoy en día los países latinoamericanos que cuentan con normas de Derecho de la competencia son los siguientes:

Argentina, Barbados, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Jamaica, México, Panamá, Perú, San Vicente y las Granadinas, Uruguay, Venezuela y Ecuador.

Es prudente analizar el tema relacionado al Derecho de la competencia en Latinoamérica, puesto que al formar parte Ecuador de varios bloques de integración, y al ser la realidad social y económica muy parecida es importante referirse a la denominada integración regional y a los avances en materia de competencia a nivel del continente americano, salvo el caso de algunos países de Norteamérica, cuya realidad es diferente como ya se había descrito anteriormente.

En procesos regionales latinoamericanos como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Mercado Común del Sur (Mercosur), y la Comunidad Andina de la que es parte el Ecuador, claro está haciendo referencia a procesos de integración más grandes que contienen un mayor número de normas relativas a la defensa de la competencia, existen normas de parecida índole o los procesos están con miras abordar el tema de competencia, en el G3 (Tratado de Libre Comercio entre Colombia, México y Venezuela), en el Sistema de Integración Económica de Centro América (SIECA), en el *Caribbean Community* (CARICOM) y en el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), de los cuales se puede desprender ciertas falencias y virtudes de los Tratados de integración, en el G3 existe un Comité conformado por los organismos de competencia de cada país integrante que únicamente se limita a dar opiniones en cuanto a las políticas y normas de competencia que cada uno de los países tiene, además su texto solo se refiere a los monopolios y empresas gubernamentales, en el CARICOM Y el SIECA se está tratando de lograr avances para la implementación de normas comunes para los países signatarios a través de estudios preliminares, de igual forma el TLCAN que a pesar de contar con normativa y un capítulo entero referido a la materia de competencia (capítulo 15), y de un organismo encargado de la solución de controversias, su aplicación está dirigida hacia monopolios públicos, al contrario de lo que sucede en el Mercosur y la CAN, de la cual se

referirá posteriormente, en el Mercosur a través de la Decisión 20/94 y la 21/94, ante lo expuesto Luis José Díez y Canseco Núñez, en su artículo *“Competencia e Integración en América Latina: Su importancia y los Temas que deberían ser considerados”*, dentro de la magna obra *“Derecho de la competencia”* señalan:

Un nivel más avanzado se descubre en el MERCOSUR. Ello se verifica a través de la decisión 20/94 sobre Políticas Públicas que distorsionen la competencia y la Decisión 21/94 sobre Defensa de la competencia, respectivamente. El ámbito de aplicación de la normativa de MERCOSUR es significativamente más amplio puesto que se refiere a las empresas, cualquiera que sea su naturaleza jurídica y tipo, con lo cual se incluye a las privadas y a cualquier otra persona que desarrolle actividades económicas. Del mismo modo contiene un listado enunciativo más no taxativo de supuestos de acuerdos prohibidos y de comportamientos considerados como de abuso de una posición dominante. Igualmente contiene un precepto general en relación con el control de fusiones y concentraciones. Decisión 20/94 y la 21/94 del Mercosur citadas por Bogo et al (1999, pp. 54, 55,56)

1.2 El Derecho de la competencia y la Economía

La competencia y en sí el Derecho de la competencia relacionando sus conceptos y fines con los de la Economía, finanzas públicas y gastos no están muy distantes, a simple vista parecieran ciencias que toman rumbos diferentes, por la regulación social y el ordenamiento de recursos escasos para satisfacer necesidades respectivamente, lo cierto es que estas ciencias contienen mucha relación, y se complementa específicamente el Derecho de la competencia con la Economía.

Pero, la intervención por parte del Estado precisamente en la Economía es el fundamento de la relación entre estas dos ciencias, el Derecho de la competencia como rama del Derecho de corrección económica, cumple la función regulatoria del Estado por medio de normas, y busca evitar en sí

distorsiones en el mercado y la corrección del tráfico económico para la promoción de la libre competencia.

El Estado y el Derecho por la intervención en la Economía denotada en sus funciones de regulador, fiscalizador, redistribuidor, y estabilizador económico, son de importancia tal que incluso definen y marcan las características pertenecientes a un modelo económico, debido a las necesidades que presenta la economía en un Estado, su influencia está demostrada en la concepción del modelo económico Social de Mercado que como ya se ha mencionado se basa en la libre competencia, el que propugna la libre circulación de mercancías y la entrada libre de cualquier operador que quiera incursionar en el mercado. El modelo ecuatoriano denominado "*Social y Solidario*" promueve la libre competencia concordando con los cimientos del modelo antes señalado, por lo tanto el dinamismo del mercado y la libre competencia dependen de la función regulatoria del Estado en la Economía, que se concreta en las actuaciones de las normas de corrección económica.

La Constitución Económica alemana de Weimar de 1919 que ya se la refirió anteriormente, otorgó las bases del Derecho económico moderno. Su legado es trascendental al consagrar varios derechos económicos a la jerarquía constitucional, con el fin de crear un ámbito seguro para el desarrollo de actividades productivas y económicas.

Los Derechos constitucionales económicos influyen en la economía, y son necesarios para su desarrollo, su estudio está dentro del denominado Derecho constitucional económico que se deriva de las Constituciones Económicas de Weimar 1919, Querétaro (México) 1917 y la española de 1931 entre otras.

Jhon Jairo Morales Alzate define al Derecho Constitucional Económico como:

Es aquel que establece un orden fundamental normativo, el cual contiene en su esencia elementos básicos tales como: valores y principios con el único fin de dignificar al hombre para un buen vivir.

(Morales, 2000, p. 33)

El Derecho económico y, por ende, el de competencia encuentran su basamento en el Derecho constitucional económico.

Los derechos económicos constitucionales relacionados con el derecho de la competencia, entre los más importantes son:

Derecho a la propiedad, Derecho a la libre empresa, Derecho del consumidor; y Derecho a la libre competencia.

(Alvear, Gómez de la Torre, 2012, pp. 28,29)

La vulneración a estos derechos se dan con el cometimiento de prácticas anticompetitivas y desleales agravadas que distorsionan el mercado y afectan al bienestar de los operadores económicos y consumidores.

Retomando lo dicho acerca del Derecho de la competencia como protector del modelo económico que se basa o promueve la libre competencia, encontramos una relación entre este con la economía que necesita ser concernida. Esta relación se genera por la necesidad de la existencia de una libre concurrencia la cual disciplina la oferta y la demanda. Luis Ortiz Blanco, Jerónimo Maíllo González, Pablo Ibañez y Alfonso Lamadrid de Pablo en su obra Manual de Derecho de la Competencia afirman:

El Derecho de la competencia asume la superioridad de un sistema basado en el libre mercado con respecto a otros sistemas. La ciencia económica proporciona así, en primer lugar, un fundamento teórico a su existencia. Además de demostrar suficientemente que la libre competencia sirve mejor las necesidades de los consumidores, muestra por qué la intervención a través de las normas de competencia es necesaria en determinados supuestos.

Las empresas con la habilidad de ofrecer un producto en las condiciones que en ese momento solicita el mercado (ya sea por su precio o por su calidad) aumentarán sus beneficios. En un mercado regido por la libre

competencia, el mejor incentivo de las empresas para aumentar sus beneficios consistirá pues en producir de manera más eficiente (atrayendo a los consumidores con precios más bajos) o en desarrollar en el mercado nuevos productos que puedan resultar más atractivos o que satisfagan nuevas demandas. Este proceso promoverá, además, el bienestar de los consumidores.

La ausencia de libre competencia distorsiona este mecanismo de incentivos, puesto que lleva a los operadores económicos a buscar aumentar sus beneficios recurriendo a otros métodos que reducen el bienestar de los consumidores.

(Ortiz, Maíllo, Ibáñez y Lamadrid, 2008, p.33):

La oferta está de un lado, mientras la demanda está del otro, la oferta a través de empresas que ofrecen sus productos o servicios al público en general a cambio de un precio, para obtener una utilidad y del otro lado la demanda, por lo general del lado de los consumidores, quienes buscan la satisfacción de necesidades, a los mejores precios que les permitan tener más capacidad adquisitiva, por lo que existe una lucha entre la oferta y la demanda. (Velandia, 2011, p. 422)

Por una parte, la oferta pretende maximizar su utilidad, es decir cobrar lo más que pueda para obtener el mejor retorno, en tanto que la demanda quiere maximizar su ingreso tratando de pagar lo menos por los productos para así adquirir la mayor cantidad de bienes con su dinero destinado a consumo o inclusive para destinar un porcentaje a la partida de ahorro.

Entonces, primera conclusión económica: al momento de encontrarse, la oferta y la demanda tienen intereses opuestos: una quiere cobrar lo más y otra quiere pagar lo menos. Es decir, la empresa y el consumidor tienen intereses diferentes. (Velandia, 2011, pp. 422,423)

Dentro del mercado los consumidores tienen la capacidad de elegir lo que deseen adquirir, en una esfera de libre competencia, donde los precios no se impongan, sino sean dados por el mercado, por ejemplo: el aumento del precio de un bien o servicio ofertado por cualquier productor o empresa, en un ámbito de libre competencia hará que el consumidor tenga la capacidad de adquirir otros similares o sustitutos a un mejor precio, que satisfagan esa necesidad, si esos bienes no existen, el aumento de precios como consecuencia del abuso del poder de mercado o los acuerdos colusorios sería inminente. Es por esto que el Derecho de la competencia interviene para preservar la variedad, una mejora en el precio, así como la calidad del producto o servicio, con la finalidad de beneficiar al consumidor final, que es el participante del mercado más débil, situación que nos hace concluir que las normas de competencia permiten corregir el funcionamiento imperfecto de los mercados. (Ortiz et al. 2008, pp.33, 34)

1.2.1 Competencia Perfecta

El Derecho de la competencia como se ha señalado en líneas anteriores busca la protección de la concurrencia de los operadores económicos en el mercado, dentro de un espacio de libertad, cuando hay libre competencia, los precios se fijan no a voluntad de la empresa, productor o sujeto activo de la relación económica (la empresa es quien otorga y pone en conocimiento bienes y servicios a los posibles consumidores), sino por la competencia propiamente dicha, pero debemos ser claros, el mercado perfecto y por ende la competencia perfecta no existe, y así lo resalta el profesor Velandia, quien concluye que el mercado perfecto es una utopía, su logro resulta totalmente teórico, el Derecho de la competencia con la aplicación de las normas busca generar no un mercado perfecto, sino eficiente, pero siempre van a existir por causas diversas afectaciones o fallas del mercado que afectarán en mayor o menor escala a la libre competencia, por lo que una razón también de la existencia de las normas de competencia es la prevención de estas prácticas anticompetitivas. (Velandia, 2011, p. 33)

Tratando de comprender lo que es la competencia perfecta y cuando se genera, Velandia menciona:

La competencia perfecta se presenta cuando existen numerosos compradores y vendedores plenamente informados respecto de un producto homogéneo, sin ningún tipo de obstáculos para que las empresas ingresen o salgan a largo plazo. En otras palabras, cada vendedor tiene una porción pequeña del mercado, el producto es igual y no existen muchas diferencias entre uno y otro. No existe asimetría de la información, y todos tienen acceso fácilmente a las bondades del producto.

Al presentarse estas características, los participantes individuales no tienen control alguno sobre el precio y éste es determinado por la oferta y la demanda. (Velandia, 2011, p. 32)

1.2.2 Competencia Imperfecta

Las imperfecciones del mercado se materializan en las siguientes figuras:

La primera variante se presenta en el modelo cuasicompetitivo o conocido como oligopolio. Dentro de esta estructura de mercado existe un número reducido de empresas cuyo comportamiento es independiente. Son pocas las empresas que dominan el mercado. Tres o cuatro empresas aportan más de la mitad de la oferta.

La segunda variante es el modelo de cartel. Dentro de este modelo las empresas coordinan sus decisiones para actuar como un monopolio de múltiples plantas. Las empresas no compiten y comparten los beneficios del monopolio.

La tercera variante es el modelo de duopolio, En esta estructura de mercado sólo aparecen dos productores, los cuales compiten entre sí. La redistribución de cada competidor depende de la estrategia del otro competidor.

La cuarta variante es el monopsonio, situación en la cual una empresa es la única contratante de un determinado mercado de insumos. (Velandia, 2011, pp. 33,34)

Tanto el oligopolio, monopolio, duopolio y el monopsonio, son fenómenos anticompetitivos, y no son reconocidos como prácticas propiamente dichas, porque su estudio y análisis son más complejos, además de ser fenómenos mucho más grandes que abarcan mucha o toda la porción del mercado; en este trabajo metodológico posteriormente se analizarán y detallarán las prácticas anticompetitivas, conjuntamente con los fenómenos antes mencionados para lograr determinar una selección de derechos individuales y colectivos que se afectan.

1.3 Normativa vigente aplicable en materia de competencia en el Ecuador

Las primeras normas de defensa de la libre competencia vigentes para el Ecuador nacen de la Decisión 608 de la CAN.

En la actualidad, a través del trabajo legislativo realizado por la Asamblea Nacional y el impulso desde el ejecutivo con las diferentes asociaciones productivas, de comercio y socioeconómicas, se logró instaurar un marco legal interno de competencia en el Ecuador, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Es relevante mencionar algunos temas puntuales de la misma, como el objeto y el ámbito de aplicación; por lo que el artículo primero de La referida Ley en relación al objeto menciona:

Art.1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores con poder de mercado; la prohibición, prevención y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las

prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, Ecuador, 2011, Artículo 1)

Dentro del artículo en referencia, se puede observar los fines puntuales que persigue la Ley y por lo tanto el Derecho de la Competencia, que no es un Derecho eminentemente sancionador, sino también busca evitar y prevenir las prácticas anticompetitivas en general.

En el caso ecuatoriano como ya se había referido, el modelo económico definido es el *Social y Solidario*, establecido en el artículo 283 de la Constitución Política, del que se deriva y establece la política económica, cuyos objetivos están plasmados en el artículo 284 en concordancia con el 336 de la Ley Fundamental. Esta política incentiva la producción y el intercambio de bienes y servicios, o la libre circulación de mercancías, es decir promueve la libre competencia al fomentar la entrada de nuevos operadores económicos, grandes, pequeños, asociativos, al mercado, para que produzcan y oferten sus productos libremente.

(Constitución de la República, Ecuador, 2008, Artículos 283,284, 336)

El objeto de la Ley prevé que con la prevención, corrección, eliminación y sanción del abuso de poder de mercado, las concentraciones económicas, prácticas restrictivas de la competencia, prácticas desleales agravadas y otras determinadas en la ley, se logrará un correcto funcionamiento del mercado y su eficiencia.

Prosiguiendo con este análisis de los primeros dos artículos de la “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”, el ámbito de aplicación es de los más comunes dentro de cuerpos normativos. Con el ámbito se delimita la aplicación y su régimen, es decir para quien o quienes la

Ley va emplearse, es decir a quienes se rigen, el artículo dos de la Ley textualmente dice:

Art. 2.- **Ámbito.**- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.

La presente Ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, Ecuador, 2011, Artículo 2)

En el presente artículo se hace una enumeración de todos los operadores económicos que están dentro del ámbito de regulación de la Ley, que pueden verse inmersos en el cometimiento de una práctica anticompetitiva, el artículo es claro cuando se refiere a los operadores económicos los mismos que son sujetos amparados por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado sin importar su calidad jurídica, objeto y finalidad económica. Aunque no deja dudas al mencionar que basta una potencial actividad económica comercial en el Ecuador, así sea totalmente diminuta para que entre dentro de la regulación y el ámbito de aplicación de la Ley, que también es aplicable para los gremios de empresas que las reúnen y para empresas o personas jurídicas que tengan domicilio en el extranjero, con actividades fuera del país, cuando esas actividades se aplique o el efecto de estas se sienta de una u otra forma en el mercado nacional y lo perjudiquen o distorsionen, no sería una especie de

extraterritorialidad de la Ley porque simplemente está no es una característica de la misma, sino una forma de aplicación cuando efectivamente sus actividades de una u otra manera tengan implicaciones dentro del mercado común ecuatoriano, es decir, la teoría del objeto y del efecto.

Por último otro rasgo importante es acerca de las conductas o actuaciones de un operador económico que controla al otro, para la Ley no solamente el que comete o cometiera la posible práctica anticompetitiva es responsable de aquella, sino también aquel que juega un papel preponderante en la actuación del primero, como por ejemplo cuando un operador más grande influye en el más pequeño, amenazándolo para que realice una determinada conducta anticompetitiva; cuando el primero es el proveedor del bien que expende el segundo.

1.3.1 El Derecho de la competencia en la Constitución de la República

La normativa Constitucional vigente, que fue aprobada en el 2008 contiene avances en materia de protección de derechos, es una Constitución realmente garantista, que reconoce al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, al contrario de constituciones anteriores donde se reconocía un sistema de derecho con libertades, antes vigente; en el actual se enaltecen los diversos derechos inherentes, subjetivos, absolutos, relativos que goza el ser humano, como un preámbulo para la obtención del Buen Vivir o *Sumak Kawsay*.

En lo referente al Derecho de la competencia, hablando constitucionalmente es notorio un leve repliegue, puesto que antes en la Constitución de 1998 existía norma expresa destinada a la protección de la libre competencia, la promoción de mercados competitivos y la sanción de las prácticas anticompetitivas, específicamente en el artículo 244. Pero hoy en día el Ecuador cuenta con una “Ley interna de Defensa de la competencia”, he ahí el gran avance en esta materia en los últimos años, gracias a la incorporación a nuestra legislación de la denominada “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”.

Que permite sancionar las prácticas anticompetitivas. Pese a contar con una normativa expresa, siempre es beneficioso para la protección de la libre competencia contar con un artículo en la Constitución que señale tal protección, por la jerarquía de la “Norma Suprema”, y al no existir hoy en día tal artículo se concreta ese pequeño repliegue constitucional en materia de Derecho de la competencia. Aunque existen varios artículos que mencionan ciertos temas relativos a este Derecho, tratando de darle una significación importante, tal vez no la necesaria al no existir en el texto claramente donde se mencione la protección a la libre competencia, estos artículos son: El 283, 284, 304 y 335, de los cuales se hará un análisis a continuación:

El artículo 283 fija el sistema económico que rige al Ecuador,

El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley.

(Constitución de la República, Ecuador, 2008, Artículo 283)

En este contexto; cabe señalar al sistema económico denominado “*Social y Solidario*” según José Coraggio:

La economía social y solidaria está basada en valores humanos y principios de solidaridad, que propugnan el reconocimiento de la otra persona como fundamento de la acción humana y eje de la renovación de la política, la economía y la sociedad (...) incluye al conjunto de actividades y organizaciones de carácter comunitario, asociativo,

cooperativo, mutualista y demás formas colectivas creadas para responder a las necesidades de empleo y de bienestar de los pueblos, así como a movimientos ciudadanos orientados a democratizar y transformar la economía.

(Coraggio, 2008)

De este concepto se abstrae las distintas concepciones organizativas plurales que responden más fines sociales y solidarios, que a los lucrativos, ya que según este modelo tienen direccionamiento hacia el bienestar común de los pueblos, pero que las demás públicas, privadas, mixtas deben responder a este principio de solidaridad.

Por lo tanto no se trata de no intervenir en la economía, regular las actividades económicas en el mercado ni de no garantizar la libre competencia, como efectivamente si se lo hace en el Ecuador según el artículo 336 de la Constitución de la República en concordancia con el modelo económico. Como explica Coraggio, con la democratización de la economía se logra que a más de existir agentes con fines de lucro también haya aquellos que tengan un fin más social y solidario. (Coraggio, 2010)

Para el doctrinario colombiano William Leguizamón la libre competencia al ser un mecanismo de la maximización del lucro en el sistema capitalista, debe complementarse por un modelo económico solidario, en referencia cita:

Frente al libre mercado y competencia el sistema solidario se convierte en perfecto complemento del sistema capitalista por su enorme poder catalizador de conflictos, especialmente los que origina el mercado. La quiebra de las reglas sociales y morales que rigen la vida de las comunidades, enfrentadas a la rebatiña de la competencia, que se refleja en el exagerado consumismo de artículos y servicios inútiles, puede ser contrarrestado por un orden enmarcado dentro de la solidaridad humana. Es urgente entonces, el rescate de este principio vital de la vida de los pueblos, mediante el fortalecimiento y la promoción

de todas instituciones organizadas de la sociedad que actúan bajo condiciones de solidaridad; económicas, políticas, sociales, ambientales.
(Leguizamón, 2000, p. 331)

Para finalizar, las organizaciones solidarias obviamente tienen que generar lucro o utilidades, además de cumplir con fines sociales y culturales, pues según William Leguizamón:

Las empresas solidarias deben generar sus propios recursos y estas se consiguen a través de las ganancias que el mismo sistema brinde. Las organizaciones solidarias deben generar utilidades, sino tampoco tendrían razón de ser, solo que a diferencia del sistema capitalista, cuyas utilidades son del propietario de los medios de producción, o del socialismo que son del Estado para luego distribuirlas a toda la sociedad, estas buscan la utilidad social, representada en beneficios o servicios para el grupo social o comunidad.

(Leguizamón, 2000, pp. 333,334)

En el artículo 284 que trata de la política económica se hace referencia al impulso de la competitividad sistémica como un fin de tal política, el citado artículo dice:

Art. 284.-La política económica tendrá los siguientes objetivos:

1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional.
2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional.

(Constitución de la República, Ecuador, 2008, Artículo 284)

La competitividad sistémica hace referencia a un mercado en su totalidad, sin importar el tipo donde se quiera incursionar, donde exista libertades para competir, sin ventajas, con apertura al mismo.

Obviamente la producción nacional se relaciona con la competitividad y la competencia, cuando uno produce trata de que el bien o servicio compita de una manera eficiente, logrando obtener mayor beneficio.

El artículo 304 a su vez hace el mismo señalamiento con objetivos trazados por el Estado, esta vez en materia comercial interna, con el intercambio de bienes y servicios dentro del país, Ecuador es un país productivo, lo que le ha permitido de una u otra manera estabilizar su economía y abastecer al mercado interno, recordemos que la Constitución señala a la Soberanía alimentaria como principio primordial y eje fundamental de la economía ecuatoriana, con políticas agrarias y de producción definidas, con miras a la exportación de productos a nivel mundial. (Constitución de la República, Ecuador, 2008, Artículo 304)

Según la página web de Acción Ecológica la Soberanía Alimentaria es:

Es el derecho que tienen los pueblos para controlar el sistema agroalimentario y sus factores de producción, de tal forma que la agricultura familiar, campesina, indígena, de orientación agroecológica, la pesca y la recolección artesanal se desarrollen de forma autónoma y equitativa. De esta manera se garantiza el derecho humano a la provisión permanente de alimentos sanos, nutritivos, suficientes y culturalmente apropiados. (accionecologica, s.f.)

Sin desviarnos del tema tratado, el artículo 304 en el numeral seis de la Constitución Política de la República:

“Art. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos:

6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados”. (Constitución de la República, Ecuador, 2008, Artículo 304)

Lo referente a las prácticas monopólicas y oligopólicas de evitar y sancionar se hallan fácilmente en la mayoría de cuerpos normativos de Derecho de defensa de la libre competencia, como se ha mencionado anteriormente estas controlan mayoritariamente o totalmente los mercados, en el referido artículo no se limita únicamente a estos dos fenómenos, sino se abre la posibilidad de otros, cualesquiera que sean estos que afecten el normal desempeño de los mercados, al igual que en la Ley vigente donde se detallan más minuciosamente las prácticas anticompetitivas se deja abierta la posibilidad de que existan otras no mencionadas de manera enunciativa que distorsionen los mercados.

Entonces dentro del mercado, donde se efectúan las actividades comerciales y de intercambio de bienes y servicios, es fundamental para el Estado, quien crea los lineamientos comerciales como políticas del propio Estado, el salvaguardar los mercados evitando la proliferación de monopolios, oligopolios y otros que afecten el mercado, por lo que nuevamente se observa la trascendencia de este fin.

El último artículo de este análisis es el 335 de la Constitución de la República, que menciona:

Art. 335.-El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.

El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar

cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal. (Constitución de la República, Ecuador, 2008, Artículo 335)

De este artículo se desprende la intención del Estado de regular y sancionar las diferentes prácticas consideradas anticompetitivas por la doctrina y la legislación mundial de Derecho de la competencia, este artículo constitucional se vuelve efectivo y se cumple con las disposiciones sancionatorias y del debido proceso establecidas en la “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”, es un mandato constitucional con una connotación jurídica suprema, que efectivamente debía concretarse y se concretó, como debía ser, ahora la autoridad de competencia (Superintendencia de Control del Poder de Mercado), con el proceso establecido en la Ley sanciona a los operadores económicos que incurran en una de las prácticas anticompetitivas señaladas dentro del cuerpo normativo de la Ley, que no son solo las que se detallan en el artículo 335 de la Constitución Política, logrando una mayor regulación.

1.3.2 Las Decisiones 608 y 616 de la CAN y su aplicabilidad directa

Antes de la promulgación de la “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado” en el país, la decisión de la CAN 608 se constituyó en el primer Marco Legal en relación a la Defensa de la Competencia en el Ecuador, a través de la promulgación de la Decisión 616 que dictaminó su entrada en vigencia, pero que al no poder ejercerse por la falta de normas procesales, su eficacia y ejercicio se viabilizaron con el Decreto Ejecutivo 1614 de 27 de marzo de 2009, Decreto que contiene normas adjetivas procesales para aplicar las correspondientes sustantivas contenidas en la Decisión 608.

La Comunidad Andina constituye sin lugar a dudas el primer proceso regional de integración al que Ecuador está suscrito, que tiene como uno de sus fines primordiales la aplicación de una normativa de Competencia, además es de gran importancia para el fortalecimiento de la economía en el país y para la

solución de conflictos por parte del Tribunal Andino de Justicia, organismo dotado con supranacionalidad.

En 1991 los países signatarios del Tratado Constitutivo de Creación de la CAN, que por lo tanto forman parte de la Comunidad Andina suscribieron la Decisión 285, que según el doctrinario peruano Luis José Diez y Canseco Núñez , en su artículo *“Competencia e Integración en América Latina: Su importancia y los Temas que deberían ser considerados”*, dentro de la magna obra *“Derecho de la competencia”*, se debe a un fenómeno a escala regional, que denominan *“Liberalización en el Frente Interno”*, ante este fenómeno señalan:

En el transcurso de la presente década se ha generado en los países de América Latina y el Caribe un creciente interés público, legislativo y doctrinal por el Derecho de la competencia.

Ello se debe a que los modelos económicos que giraban alrededor del denominado de “sustitución de importaciones”, el mismo que iba aparejado de una fuerte intervención e, incluso, control del Estado en las actividades industriales y comerciales, ha sido suplantado por uno que se caracteriza por la liberalización en el frente interno.

El modelo de “sustitución de importaciones” que se concibió inicialmente como un método para defender el interés público frente al interés privado se percibe actualmente como un instrumento para proteger intereses privados a costa del bien público. Ello debido a que las industrias reguladas tienen, a menudo, el control del proceso de regulación, beneficiándose de esta circunstancia a expensas de los consumidores y usuarios.

Dichas reglas reconocen al proceso competitivo como el tipo preferido de conducta económica y se expresan a través del derecho sobre la libertad o defensa de la competencia, sobre prácticas comerciales restrictivas, antimonopolio, antitrust o cualquier denominación equivalente.

Consecuentemente con el proceso de liberalización en el frente interno, no es causal que diez países de la región hayan reformado o promulgado normas específicas sobre la prohibición de las prácticas restrictivas o antimonopolio y, a la fecha, otros tantos se encuentran considerando seriamente su adopción. (Bogo et al., 1999, pp. 49, 50, 51)

Cualquiera que hayan sido las causas para la adopción de normas de Derecho de la competencia en la región, lo cierto es que una de las más trascendentales y con mayor eco, fue la Decisión 285 de la CAN, ya que fue una de las primeras normas de competencia adoptada dentro del seno de un proceso de integración regional que involucra a varios países. Luis José Díez y Canseco Núñez, afirman que la Decisión 285 se formuló con anterioridad a la del Mercosur y que contiene normativa andina con rasgos parecidos a la de la Unión Europea, una de las más avanzadas para la época, sobretodo en el ámbito de aplicación, las prácticas restrictivas a la libre competencia, sin embargo también le faltan temas necesarios que necesitan ser incluidos, por lo que señalan la Decisión 285 no posee:

No contiene preceptos sobre el control de fusiones y concentraciones, como tampoco un mandato en relación con el tema de las ayudas estatales. De otro lado, si bien posee innegable supranacionalidad que proviene del Tratado que crea el Tribunal Andino de Justicia, no contiene normas sancionatorias en cuanto a las facultades de investigación y de declaración de la práctica anticompetitiva. Ello en la práctica limita la efectividad de la declaración del órgano competente. (Bogo et al., 1999, pp. 57)

Por lo expuesto la Decisión 285 carece de la magnitud de la Decisión 608, que la sustituye íntegramente, la misma rige desde el 4 de abril de 2005.

La Decisión 608 incluye avances en lo que respecta a la normativa comunitaria andina en materia de competencia, entre los principales avances están: En el artículo dos se señala la protección y promoción de la libre competencia,

objetivo primordial de este derecho, además de la búsqueda de la eficiencia en los mercados y bienestar de los consumidores, que como se había señalado constituyen los sujetos económicos más vulnerables, los que pueden verse afectados en sus derechos.

En el artículo tres, se establecen principios fundamentales que se desprenden del Derecho Constitucional y que por lo tanto constan en la mayoría de constituciones alrededor del mundo, la nuestra no es la excepción, son principios que reconocen y crean derechos reconocidos por la doctrina mundial y los principios universales, estos principios son: La no discriminación, trato igualitario tanto a las personas naturales como jurídicas para la aplicación de las normas de competencia, transparencia, para garantizar el acceso al conocimiento de las leyes, normas y reglamentos y sobretodo *el debido proceso que garantiza el derecho a la defensa a toda persona natural o jurídica*.

(Decisión 608 de la Comunidad Andina, 2005, Artículos 2, 3)

En el artículo cinco de la Decisión determina el ámbito de aplicación de la Ley, que constituyen las conductas practicadas en uno o más países miembros cuyos efectos se ocasionen en otro u otros países miembros, exceptuando la conducta que se realice en un país miembro y sus efectos perjudiciales se plasmen en ese país, y en segundo lugar cuando una práctica o conducta se realice en un país no miembro de la Comunidad Andina y sus efectos creen perjuicio en dos o más países miembros.

El texto de la Decisión acota en referencia a lo citado: “Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros”.

(Decisión 608 de la Comunidad Andina, 2005, Artículo 5)

Parecería que la normativa de la Decisión 608 no regiría y regularía las conductas ilícitas anticompetitivas de los artículos 7 y 8 que se realicen en el territorio del Ecuador y sus efectos se generen en el propio país, lo cierto es que la falta de una normativa interna ecuatoriana en ese entonces, cambió el ámbito de vigencia de la Normativa Comunitaria para otorgarle una protección más efectiva a nuestro país, La Decisión 616 llamada “*Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador*” dictada el 15 de julio del año 2005, logró instaurar un nuevo ámbito de aplicación de la Decisión 608, al respecto el artículo 1 de la presente Decisión señala:

“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”.

(Decisión 616 de la Comunidad Andina, 2005, Artículo 1)

Entonces, la Decisión 608 entro en vigencia para nuestro país con la publicación de la Decisión 616 denominada textualmente “*Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador*”, que deroga la ejecución del artículo 51 de la Decisión 608, que determinaba tal vigencia de la Decisión para el Ecuador desde el 27 de marzo del 2007, o en si antes se promulgase la Ley de Competencia ecuatoriana interna.

La Decisión 616 de la CAN manda a designar a la Autoridad Nacional encargada de la ejecución de la Decisión máximo hasta el 1 de agosto del 2005, por la importancia que denota la aplicación de la Decisión 608 para el Ecuador, debido a la desprotección jurídica ante la falta de una norma interna de Competencia.

Relacionando con lo que se dijo oportunamente al comienzo de este estudio, la eficacia y puesta en marcha de la Decisión 608 de la Can se viabilizó con la promulgación del Decreto Ejecutivo 1614 de 14 de marzo de 2009, que permitió

aplicar las normas sustantivas contenidas en la Decisión antedicha mediante la normativa procesal adjetiva contenida en el Decreto.

El Ecuador con las disposiciones emanadas del Decreto Ejecutivo 1614, designó como “Autoridad Nacional” encargada de conocer y sancionar los ilícitos contenidos en la Decisión 608 cometidos en el territorio nacional al Ministro(a) de Industrias y Productividad del Ecuador, es decir esta autoridad es la encargada de la aplicación de la Decisión 608, además se designó un Subsecretario(a) de Competencia y Defensa del Consumidor, quien tendrá a su cargo la investigación de los procesos administrativos de competencia por infracciones o actuaciones cometidas y tipificadas dentro del texto de la Decisión.

Resolución n.º MIPRO-001.2011, Proceso de Investigación n.º I-C-17885-2009-SCs que acumula el proceso de investigación n.º SCC-DC-0012-2010, publicada en Edición Especial del Registro Oficial n.º 199 del 13 de octubre de 2011, p.13. citada por Patricia Alvear Peña, Blanca Gómez de la Torre (2012, p. 42)

Los artículos 7, 8 y 9 de la Decisión 608 versan sobre las conductas restrictivas a la libre competencia y las de abuso de posición de dominio en el mercado, que abarcan temas muy importantes en el sentido de la defensa de la libre competencia, pero que son sólo una parte de la regulación como ilícitos competenciales. En ese sentido haciendo referencia en primer lugar al abuso de posición dominante, el artículo 8 de la Decisión contiene una tipificación ejemplificativa de las conductas que constituyen tal abuso, dejando abierta la posibilidad en el literal g a otras conductas que pueden ser sancionadas como abusivas, sin que necesariamente consten textualmente en el artículo 8, es decir el literal g insta una cláusula general prohibitiva, al respecto se ilustra:

El literal g) del artículo 8 de la Decisión 608 contiene la cláusula general prohibitiva que se extiende a todas aquellas conductas que pueden ser consideradas como restrictivas, monopólicas o en definitiva prohibidas.

Se establece esta cláusula dado que el mercado se encuentra sujeto a una serie de circunstancias cambiantes que no permiten identificar todas las conductas que se pueden presentar al momento, o se llegaren a presentar en un futuro, y que pudieren afectar la libre competencia.

(Alvear, Gómez de la Torre, 2012, p. 45)

(Decisión 608 de la Comunidad Andina, 2005, Artículo 8)

El artículo 9 en complemento otorga los lineamientos por los cuales se puede definir y diferenciar, una situación de posición de dominio por parte de operadores económicos en el mercado relevante, ya que la posición de dominio no es ilícita *per sé*, por lo tanto no se sanciona, tiene que existir un abuso de tal posición de acuerdo al artículo 8 de la Decisión, sobre la posición de dominio y el abuso se hará un estudio más específico en el acápite correspondiente.

(Decisión 608 de la Comunidad Andina, 2005, Artículo 9)

El segundo tema incluido en la Decisión 608 como ilícito, son las prácticas restrictivas a la libre competencia, que de igual manera como en el caso del abuso de posición de dominio, contiene una tipificación ejemplificativa de las conductas concertadas que tengan el fin explícito de restringir la libre competencia y una cláusula general prohibitiva que deja abierta la posibilidad a otros supuestos. Sobre las prácticas restrictivas a la libre competencia se ha puntualizado:

En este caso, el ilícito se refiere a las prácticas o acuerdos expresos o tácitos que se den en sección horizontal o vertical del mercado realizados por agentes económicos, que tengan el propósito o efecto, esto es que pueden o lleguen a distorsionar o afectar la eficiencia del mercado y la libre competencia.

Incluyen todas aquellas actuaciones de operadores económicos que pueden distorsionar o afectar la eficiencia estructural del mercado, y/o

de los consumidores, ya sea mediante actuaciones dadas entre operadores privados, o entre estos y el sector público.

(Alvear, Gómez de la Torre, 2012, pp. 50,52)

(Decisión 608 de la Comunidad Andina, 2005, Artículo 7)

El término acuerdo tiene una significación muy subjetiva, por lo que para su correcta interpretación el artículo 1 de la Decisión 608, otorga una significación explícita con diversas modalidades para su concreción.

(Decisión 608 de la Comunidad Andina, 2005, Artículo 1)

La Decisión 608 como un cuerpo normativo supranacional contiene una regulación efectiva en lo que atañe al abuso de posición dominante y prácticas restrictivas a la libre competencia, como lo habíamos referenciado estos no son todos los temas incluidos en razón de defensa de la libre competencia por la doctrina y las legislaciones a nivel mundial, las concentraciones económicas y ayudas públicas son los temas restantes que no fueron incorporados al texto de la Decisión, y que su regulación se constituye en necesaria para la protección de la libre competencia y la corrección económica.

La Decisión 608 de la CAN se fundamenta en la búsqueda de un mercado común más igualitario y más eficiente, al promover y proteger la libre competencia sancionando las actuaciones tipificadas que afectan el correcto funcionamiento del tráfico económico en los países miembros, pero por lo visto podría tildarse de limitada, por la falta de regulación en los temas referidos.

Debe señalarse que la normativa nacional para su vinculación con la normativa comunitaria; en casos judiciales requeriría de una interpretación prejudicial, al respecto se señala:

Para la procedencia de esta solicitud se le pide al juez nacional la existencia de un proceso y la necesidad de aplicar en ese proceso una

norma perteneciente al ordenamiento jurídico comunitario. Sobre esto último, la doctrina es clara en señalar que la cuestión prejudicial solo se debe plantear en el caso de que el juez considere que la interpretación de la norma comunitaria resulte sustantiva para el resultado del proceso. De no considerar la necesidad de aplicar esta norma puede negarse a solicitar la interpretación.

Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2003, p.76)

Las acciones judiciales sustentadas por daños y perjuicios al tratarse de situaciones derivadas del proceso administrativo llevado a cabo por la Superintendencia de Regulación y Control del Poder del Mercado, son las que deberían someterse a la Interpretación Judicial sobre el alcance del Derecho Comunitario de la Decisión 608.

1.3.3 El Derecho de la competencia en otras normas de la legislación ecuatoriana

1.3.3.1 Ley de Compañías Registro Oficial 312 de 5 de noviembre de 1999

En la Ley de compañías es posible encontrar algunos artículos que promueven la libre competencia y la prohibición del cometimiento de algunas prácticas anticompetitivas, las que son consideradas más relevantes para la doctrina internacional de competencia, a continuación se transcriben literalmente estos artículos:

Art 3.-Se prohíbe la formación y funcionamiento de compañías contrarias al orden público, a las leyes mercantiles y a las buenas costumbres; de las que no tengan un objeto real y de lícita negociación **y de las que tienden al monopolio** de las subsistencias o de algún ramo de cualquier industria, mediante prácticas comerciales orientadas a esa finalidad. (Ley de Compañías, Ecuador, 1999, Artículo 3)

De este artículo se puede acotar que la Superintendencia de Compañías de oficio puede no aprobar a la compañía que se encuentra en trámite de creación, para su existencia jurídica, si encuentra que la misma tiende al control totalitario del mercado o resulta de un acuerdo restrictivo para controlarlo. Por lo que simplemente no envía a la correspondiente inscripción en el Registro Mercantil.

Art. 440.-La inspección de las compañías tiene por objeto establecer la correcta integración del capital social, tanto al tiempo de la constitución como en los casos de aumento de capital; verificar si la sociedad cumple su objeto social; examinar la situación activa y pasiva de la compañía, si lleva los libros sociales, tales como los de actas de juntas generales y directorios, el libro Talonario y el de acciones y accionistas o de participaciones y socios; si su contabilidad se ajusta a las normas legales; si sus activos son reales y están debidamente protegidos, si su funcionamiento se ajusta a lo previsto en las leyes y en las cláusulas del contrato social; si las utilidades repartidas o por repartir corresponden realmente a las liquidaciones de cada ejercicio, y si se han producido las pérdidas previstas para su disolución.

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.

Esta limitación no se aplicará a las labores que deba cumplir el Superintendente de Control del Poder de Mercado y el personal a su cargo, en cumplimiento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. (Ley de Compañías, Ecuador, 1999, Artículo 440)

El último párrafo corresponde a una reforma de Ley con motivo de la promulgación de la “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado”, es obvio que la Superintendencia de Compañías no puede inmiscuirse en temas de control propios de la Superintendencia de Control del

Poder de Mercado, que están determinados en la Ley y que tienen relación con competencia.

1.3.3.2 Ley de Propiedad Intelectual Registro Oficial 320 de 19 de mayo de 1998

Al presente, durante la elaboración de este trabajo, las normas contenidas en la Ley de Propiedad Intelectual que versan sobre Competencia desleal se encuentran derogadas expresamente, por las Disposiciones Reformatorias y Derogatorias primera y décimo tercera de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que señalan:

Primera.- Deróguense todas las disposiciones contrarias a esta Ley que se encuentren vigentes, así como toda atribución de autoridad nacional en materia de competencia entregada a otros organismos y entes públicos para juzgar y sancionar los asuntos regulados bajo esta Ley.

Décimo Segunda.- Deróguense los artículos 183 al 193 y 284 al 287 de la Ley de Propiedad Intelectual, codificación 2006-13, publicada en el suplemento del Registro Oficial 426 de 28 de diciembre de 2006

(Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, Ecuador, 2011, Disposiciones Reformatorias y Derogatorias Primera y Décimo Tercera)

Todo denuncia por competencia desleal en materia de Propiedad Intelectual se presenta ante la Autoridad Nacional de Propiedad Intelectual, quien remitirá el expediente y la denuncia a la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado, quien determinará si esa denuncia entra en el ámbito de sus competencias por tener una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores, caso contrario retornará a ser conocida por la Autoridad de Propiedad Intelectual, siempre y cuando la propia Superintendencia se pronuncie sobre temas relativos a la afectación de derechos de propiedad intelectual.

(Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Ecuador, 2012, Art. 30)

CAPÍTULO II

2. El Mercado

2.1 Definición y Nociones Básicas

Al analizar la palabra “*Mercado*”, sabemos que es una palabra compleja, que su entendimiento no basta con un concepto, además que abarca muchos temas y relaciones entre sujetos que actúan dinámicamente.

Al mencionar “Mercado”, en principio se puede concluir que su estudio, análisis y ubicación están dentro de la ciencia económica y que por lo tanto para el Derecho no resulta tan relevante, lo cierto es que el Derecho es una Ciencia Social que se relaciona con muchísimas otras ciencias, así por ejemplo en este sentido es posible citar al Derecho de corrección del tráfico económico, que tiene entre sus exponentes al Derecho de la competencia, que cumple la función de corrector del funcionamiento del mercado, al mencionar al Derecho de la competencia es imprescindible decir que el estudio del mercado se vuelve parte importantísima para este Derecho, para lograr las correcciones económicas necesarias.

Por lo que el mercado y el Derecho de la competencia cuentan con una estrecha relación, como se había mencionado anteriormente la búsqueda de una “Libre Competencia” tiene que ver mucho con un mercado dinámico y armónico.

Para Mauricio Velandia, doctrinario colombiano estudioso del Derecho de la Competencia y catedrático, el Mercado es: “*El lugar territorial en donde se cruzan las empresas interesadas en ofrecer un producto con los sujetos interesados en satisfacer sus necesidades con la adquisición de un bien o servicio*” (Velandia, 2011, p. 34)

Este concepto denota facilidad en la comprensión, por un lado las empresas juegan un papel preponderante en la búsqueda de un beneficio (lucro) y por otro lado las personas naturales buscan satisfacer necesidades intrínsecas e inherentes a su calidad humana, las necesidades están ahí, son palpables, los sentimos por eso se recurre hacia el mercado donde libremente se expenden productos y servicios, es una cadena interminable de un proceso económico dinámico, que concluye con lo que el Derecho llama Compra-Venta.

Un mercado puede ser un lugar físico territorial como una ciudad o un país, o un espacio virtual, incluso comunidades y aglomeraciones de países que se encuentran bajo una serie de normas de integración económica, por ejemplo la Unión Europea. Lo que hay que determinar es que en el mercado como lugar físico o virtual se compran y se expenden productos.

El mercado resulta de la intervención de muchos sujetos económicos que en él actúan, que son parte de la sociedad, que conforman un conglomerado y que se relacionan mutuamente, la sociedad por las diversas formas de correlación mutua conforman el mercado, la necesidad de subsistir y generar riqueza a través del lucro de las empresas y la otra necesidad de satisfacer necesidades forman parte de esta correlación. Dromi ilustra: “Surge como resultado de una interacción de los individuos. En otras palabras, el mercado, más que un resultado automático del juego de variables económicas, es una construcción social” (Dromi, 1999, p. 11).

2.2 La Relación entre Estado, Economía y Mercado

Al principio se podría afirmar con claridad y con gran determinación que el Mercado está dentro de la Economía y que es objeto de su estudio, pero como ya se mencionó, también inmiscuye directamente al Derecho y dentro de este con mayor relevancia el derecho de la competencia. En este contexto el Estado tiene un papel preponderante en la búsqueda de un mercado más competitivo, donde justamente la libre competencia impere, donde las prácticas anticompetitivas y la formación de monopolios, duopolios, oligopolios, el abuso

de poder de mercado y los acuerdos colusorios sean controlados, evitados, prevenidos y de ser el caso sancionados.

Se ha hablado en algunas ocasiones a lo largo del desarrollo de este trabajo que los fines que persigue el Derecho de la competencia, es que en el mismo se desarrolle la libre elección en el mercado, en este sentido y en referencia al rol del Estado como parte de sus responsabilidades, es garantizar en este caso particular que los operadores económicos y los consumidores tengan acceso directo y libre a los bienes y servicios que se ofertan y distribuyen, es decir, que puedan escoger de entre muchos el que mejor satisfaga su necesidad, o a su vez el que prefiera, sin más razón que su derecho a elegir.

Ante lo expuesto, Dromi acota muy acertadamente lo siguiente:

El Estado contemporáneo debe ser orientador en el sentido de ejercer la conducción política de la sociedad para lograr el bien común, fiscalizador para compatibilizar y armonizar los derechos en pro de la convivencia social, protector para amparar y defender los derechos e intereses de la comunidad, y regulador ajustando el desenvolvimiento de los grupos sociales a principios y reglas ordenadoras. (Dromi, 1999, pp. 11,12)

Efectivamente desde la teoría clásica del Estado, viéndolo desde la concepción de ser un ente ficticio dotado de gobierno, territorio, soberanía, población; que necesita ser representado para poder ejercer sus funciones, dentro de la cual una de las principales es buscar el bienestar general de sus ciudadanos, para ello el Estado cuenta con los poderes o funciones que lo representan. Dentro de estos tenemos siempre deberemos observar la preponderancia del poder político y económico que tiene el Estado y sobre todo su capacidad de regular las relaciones de sus conciudadanos, regulación que siempre deberá estar en concordancia con libertades y derechos. Justamente lo que promueve el Estado contemporáneo al que se refiere Dromi.

La intervención por parte del Estado precisamente en la Economía en la edad contemporánea creó su relación, y el Derecho de la competencia la amplió

hacia los mercados, al constituirse en un corrector económico que regula el funcionamiento del mercado.

Es innegable que el Estado desde el siglo XIX ha adecuado su evolución normativa en lograr un control más fuerte en los mercados, ya que el crecimiento de las transacciones comerciales, el aumento de los agentes económicos a través del incentivo a producir para obtener riqueza y sobretodo la vulneración de derechos, ha obligado al Estado a impulsar una corrección más efectiva, por lo que se promulgaron muchas normas dirigidas especialmente a dar tal regulación necesaria al mercado, un ejemplo es la aprobación de la *Sherman Antitrust Act*.

Los Estados a lo largo de la historia más reciente han tomado la decisión de aprobar normas jurídicas que les permitan a través de los órganos en cada caso diseñados, intervenir en los mercados para controlar sus fallos provocados, a la sazón, por los operadores económicos. La decisión de intervención puede ser, sin lugar a dudas, de mayor o menor calado según permita el ordenamiento jurídico. (Berenguer, Giner y Robles Martín, 2010, pp. 30,31)

Tal como menciona Berenguer, Giner y Robles Martín, la normativa es indispensable, pero la aplicación de la norma a través del poder judicial también se vuelve de igual o mayor importancia. Los Jueces son los llamados a velar en el caso del Derecho de la competencia por el bienestar de los operadores económicos y de los consumidores, es decir, del interés económico general, Berenguer, Giner y Robles Martín, acotan citando un ejemplo:

En los Estados Unidos, a título de ejemplo, un juez federal puede incluso ordenar la división de una compañía en otras más pequeñas. La reestructuración y división de la compañía telefónica AT&T en siete empresas más pequeñas conocidas, desde entonces como las “*Baby Bells*” constituye un caso claro de los amplios poderes de los Tribunales del otro lado del Atlántico en la materia antitrust. Más recientemente, el

intento del juez federal Jackson de provocar la creación de unas “*Baby Bills*”, en referencia al principal accionista de Microsoft ha fracasado. (Berenguer et al., 2010, pp. 31)

El caso mencionado anteriormente es uno de los más grandes y conocidos en el medio estadounidense, en relación a la aplicación de la normativa y la política antitrust, o llamada también antimonopolística, para ellos el monopolio constituye la práctica anticompetitiva o el fenómeno con mayor daño hacia el mercado, y por lo tanto el que más se combate fervientemente. En este caso vemos el poder de la normativa *antitrust* en EEUU, que le da la facultad al juez federal en el ámbito de su jurisdicción, aplicar una medida tan radical, en contra de una de las compañías más poderosas del mundo. Gracias a la escisión de AT&T, el monopolio de la telefónica tuvo que desaparecer, dando lugar a nuevas compañías que tomaron a cargo lugares para su incursión, por ejemplo *Bell South*, que hace algunos años operaba en el Ecuador, es importante recalcar que AT&T sigue existiendo a pesar de haber sido escindida, y por el reconocimiento de su servicio la han catapultado a ser una de las compañías de telecomunicaciones con más presencia en el mercado estadounidense.

2.2.1 Bien Jurídico Tutelado

Antes de entrar en lo referente a lo que protege en sí el Estado por medio del Derecho de la competencia, que se traduce en la necesidad de otorgar dicha protección social determinada, a un conglomerado que se encuentra bajo una legislación, es congruente dar un concepto de Bien Jurídico para así lograr una mejor comprensión, su estudio no es parte de lo relevante del Derecho de la competencia, y más se lo relaciona con el Derecho Constitucional y el Derecho Penal, para Jorge Nader Kuri citando a Ihering y a von Litz el bien jurídico es:

Un bien jurídico es todo aquel objeto que a su titular le proporciona un placer; que es capaz de servir. Enseña que el hombre no vive solo para sí, sino que su existencia se da a través de otros individuos, por lo que

cada hombre es a través de otro y para otros. Esta existencia es la sociedad humana.

Franz von Litz propugno que los bienes jurídicos no son productos del Derecho, sino que pertenecen a la naturaleza humana y la norma solo los reconoce y protege. Identificaba a los intereses de la vida humana con los bienes jurídicos y por lo tanto a estos los definía como los intereses vitales del individuo o de la comunidad, jurídicamente protegidos, que materializados se relacionan con las condiciones de vida de los ciudadanos y por tanto son necesarios para el mantenimiento del orden público. La voluntad general, que está por encima de la individual, por medio del legislador, no crea la norma, sino que la encuentra, porque la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico. Ihering, citado por Nader (2008, p. 44), von Litz citado por Nader (2008, p.45)

Efectivamente la afectación al bien jurídico debe ser en tal medida que sea suficiente tal afectación cuando se cometa una verdadera conducta anticompetitiva, y el Derecho de la competencia entre a sancionar; Pinkas Flint, citando al autor Abanto quien señala que:

Abanto señala que hay conductas que perjudican la competencia, pero no afectan la libertad del individuo de manera inmediata y por ello no alcanza el carácter de merecedor de pena pues, en todo caso puede ser calificada como ilícito contravencional.

Es importante verificar la gravedad de la conducta y cómo esta ha afectado al bien jurídico tutelado. La afección tiene que ser grave, tiene que existir una fuerte limitación de la libertad económica y por lo tanto la competencia es total o parcialmente limitada. Abanto Vásquez citado por Pinkas Flint (2002, p. 414)

El Derecho de la competencia protege dos bienes jurídicos, la libre competencia como base del sistema y modelo económicos, que a su vez faculta un ámbito de libre circulación de bienes y servicios promoviendo el derecho a la libre empresa, y la misma libre competencia como derecho

constitucional económico, aparte del interés económico general como segundo bien jurídico, que es el bienestar general o bien común en el que están los operadores económicos y los consumidores.

Centrándonos, el interés económico general vendría a constituirse en el principal bien jurídico protegido por el Derecho de la competencia, al regular el mercado propiamente dicho, no sólo se protegen a los actores económicos (operadores económicos o empresas) que en el actúan, sino que se precautela a la sociedad en su conjunto, ya que al dinamizar los mercados previniendo, corrigiendo y sancionando prácticas anticompetitivas y desleales también se involucran en este beneficio los consumidores, los que van a tener entre otras cosas, la capacidad real de elección de una amplia gama de productos y servicios con distintos precios y calidades. Es totalmente obvio que en una sociedad con un mercantilismo marcado, en donde la satisfacción de necesidades viene implícita con la compra o adquisición de bienes o servicios, en donde los consumidores como fruto de este proteccionismo constitucional de derechos deben ser protegidos sin ninguna exclusión.

Del apartado anterior se puede concluir que realmente el interés económico general es el bien jurídico trascendental protegido por el Derecho de la competencia. Lógicamente en nuestra Constitución de la República, el Bienestar General es denominado "*Bien Común o Sumak Kawsay*", (refiriéndonos de manera general no únicamente al ámbito económico y de competencia), denominación que se la eleva a rango constitucional con el ánimo de proteger a la colectividad como una sola, los intereses individuales son apartados por lograr ese bienestar que beneficie a todos, con matices singulares que permiten ese bienestar.

Cionfrini quien a su vez es citado por Cabanellas (2005, p.43) dice:

Basando su análisis en el contexto constitucional de esta rama jurídica, observa que la legislación de defensa de la competencia no debe ser vista como una mera protección de intereses particulares, mediante

técnicas propias del Derecho Privado, sino que apunta a crear “una garantía institucional del bienestar general o del interés económico general.

Ahora resulta comprensible que no toda práctica resulta contraria al interés económico general, y este no es el único problema de éste concepto, su complejidad y subjetividad resultan ser llamativos a la hora de poder comprender a este concepto en toda su extensión. (Cabanellas, 2005, p. 251)
Acotando lo anterior, lo siguiente resulta ser un ejemplo claro de la no lesividad por parte de algunos actos o conductas al interés general así:

El acto mediante el que dos empresas se fusionan puede disminuir la intensidad de las fuerzas competitivas en un sector, pero puede al mismo tiempo resultar en un aumento significativo en la productividad de este, a través de las economías de escala que experimente la nueva empresa, y de la eliminación de gastos duplicados de publicidad, investigación, etc. (Cabanellas, 2005, p. 251)

Puede ser por motivos de optimización de recursos sin recurrir a la mala fe que empresas opten por la figura societaria de la fusión, así ésta otorgue más presencia en relación con sus competidoras, por lo que algunas prácticas en principio al estar tipificadas dentro de la ley, deben ser sancionadas; pero podría darse el caso de que la misma practica al tener diferentes circunstancias (efectos) o factores inhiban o no sean susceptibles de una sanción (reglas de minimis y las excepciones).

Por lo tanto existen dos sistemas de análisis sancionatorios reconocidos por la doctrina a nivel mundial, los que permiten a la autoridad de competencia saber si la conducta merece o no una sanción, estos sistemas son la regla *per se* y la *rule of reason* o regla de la razón.

Al puntualizar el interés económico general, no es necesario que este tenga un impacto significativo dentro del mercado y la economía de un país, sino que el

mercado específico de un producto o servicio sea vulnerado, y por consecuencia la competencia afectada a través de los operadores económicos y los consumidores o usuarios que conforman dicho mercado. Conceptos aplicables para este postulado son los de mercado producto y geográfico dentro del mercado relevante, ya que si se requeriría que la trasgresión sea total en la economía de un país, la intervención del Derecho de la competencia sería casi nulo, así como su efectividad.

2.2.2 La Libertad en el Mercado

La Libertad como preámbulo es uno de los derechos más preciados y ansiados por la sociedad a lo largo de la historia, desde épocas muy antiguas el hombre luchó por su libertad, la esclavitud consistía en una forma muy vil de negocio, algunos seres humanos en casos determinados eran vistos como un medio para lucrar, eran vistos como mercancía y capital, a lo largo de los años y con la lucha de las sociedades en contra de la tiranía se logró romper las cadenas de la esclavitud, gracias a hombres revolucionarios de pensamiento como Abraham Lincoln que abolió la esclavitud en EEUU, o también gracias a grandes procesos de lucha cívica y humanitaria, como la Revolución Francesa que promulgó la Libertad como principio y derecho sustancial. La Libertad se instauró en la mayoría de sociedades alrededor del mundo, quedando rezagos en algunos países, que tienen todavía en pleno siglo XXI regímenes autoritarios y anti democráticos, justamente hablando de este sistema de gobernabilidad, la democracia es aquella que mejor ayuda al respeto de las libertades ciudadanas, la división de poderes que propugnó Montesquieu y que acoge la democracia, es un reflejo de lo mencionado, también el respeto a los derechos consagrados por la Constitución, normas e instrumentos de derecho internacional.

La libre competencia como ya se había definido es parte fundamental del modelo económico, que faculta la circulación de bienes y servicios de forma espontánea, por lo tanto en un mercado que se basa en la libre competencia se incentivará el derecho constitucional económico a la libre empresa permitiendo

un consumo libre, ante lo señalado se expone lo siguiente (Berenguer et al.,2010, pp. 38-39):

La libertad de realización de operaciones económicas en el mercado tiene importancia por sí misma. La libertad de pacto, la libre elección de profesión, la libertad de empresa constituyen motores relevantes del éxito de la sociedad por el mero reconocimiento de la existencia de esas libertades. En sentido contrario, la negación de las aludidas libertades constituye el más claro exponente del fracaso de una sociedad. Por consiguiente, el reconocimiento de la libertad de realización de transacciones económicas es incluso anterior a cualquier tesis dirigida a demostrar las virtudes del mercado en términos de resultados, rentas, utilidades.

Jhon Jairo Morales Alzate sobre el ejercicio de la libertad de empresa y la libre competencia como derechos económicos ilustra:

La libertad económica es una facultad que tiene toda persona de realizar actos de carácter económico, según sus preferencias o habilidades con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio –derechos subjetivos de contenido económico-.

Por otra parte tenemos que la libre competencia económica es la posibilidad de escoger una actividad económica ya escogida por otro (s), pero con “responsabilidad”, pues el Estado sancionara los abusos a la libre competencia.

(Morales, 2000, p.97)

A pesar de que el Derecho de la competencia busca garantizar el acceso libre a los mercados, regulándolos, determinando, previniendo y sancionando prácticas anticompetitivas. Además de proteger derechos constitucionales económicos fundamentales como la libertad de empresa y la libertad de

asociación, es innegable el deseo del comerciante y del empresario productor de obtener la mayor rentabilidad posible, y una de las formas de lograrlo es justamente reduciendo la competencia. Claramente uno de los objetivos de estos es ver que su empresa crezca, que genere cada vez más utilidad, que sus competidores poco a poco se reduzcan, para obtener una parte sustancial del mercado, es decir, tratar de obtener una posición dominante en el mercado, lo cual per se no es malo. Refiriéndonos a lo mencionado, la legislación ecuatoriana sanciona como uno de los ilícitos al abuso de esa posición dominante más no a la posición dominante, tema que se desarrollará más adelante con detenimiento. Luis Berenguer Fuster y otros autores españoles en su libro *“La nueva Legislación Española ante la evolución del Derecho de la competencia”*, que hace referencia implícita de cómo tiene que adaptarse la legislación a la variación evolutiva del Derecho de la competencia, afirman que el mercado y la competencia obligan y son contrarios a los intereses de algunos, así señalan:

Los mercados en régimen de competencia pueden beneficiar a muchos ciudadanos en términos de mejores precios, mayor calidad, y más innovación de los productos o servicios. Otros, en cambio, con diferentes intereses abogan por la creación o mantenimiento de privilegios que les permita huir de la siempre sacrificada competencia para obtener las rentas más altas de situaciones afines al monopolio. (Berenguer et al. 2010, p. 48)

El poder económico en ocasiones está por encima del poder político, cuando debería ser siempre al contrario, el dinero y el poder son herramientas utilizadas para consolidar intereses que están fuera de lo que persigue el Derecho de la competencia. Por lo que es claro que aquellos intereses contrarían al interés público general.

La Libertad juega un papel preponderante dentro del mercado, definitivamente permite que el mismo sea dinámico, la entrada de muchos más actores al juego fehacientemente crea un ambiente de mayor productividad y riqueza

(competitividad y eficiencia), ya que recordemos que las iniciativas productivas y empresariales crean trabajo y bienestar social, por lo tanto principalmente la *Libertad de Empresa, La Libertad de elección* como derechos constitucionales económicos además de otros del consumidor, deben ser incluidos en un cuerpo normativo con la necesaria jerarquía para su cumplimiento, es decir, deben estar a nivel constitucional. Refiriéndonos a la legislación comparada, la Carta Magna Argentina, vigente desde 1994, ampara y protege los derechos constitucionales del consumidor y de libertad económica, además del derecho a la libre competencia, asegurando su vigencia y defensa por parte del Estado, y que se efectiva mediante una Ley de Competencia.

Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control. (Constitución Argentina, 1994, Artículo 14, 42)

En concordancia con lo descrito, en la Constitución ecuatoriana los derechos constitucionales económicos de desarrollar actividades económicas (Art. 66 numeral 15) y los del consumidor (Sección novena, artículos 52 al 59) se encuentran tutelados por la actual Constitución, además el artículo 336 garantiza el fomento de la competencia en igualdad de condiciones, garantía que se concreta con la vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado.

(Constitución de la República, Ecuador, 2008, Artículos 52-59,336)

2.3 El Mercado de Referencia o Mercado Relevante

Las autoridades de competencia que son nombrados mediante las diferentes normativas internas de cada país para la protección de la libre competencia, son los llamados a velar por la prevención, corrección y sanción de las prácticas anticompetitivas, así también para la tutela y defensa del mercado y el interés general, en el caso concreto del Ecuador, la “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado”, designo como principal órgano control del mercado a la Superintendencia de Regulación y Control del Poder del Mercado, quienes cuentan con las atribuciones y el poder para cumplir con este cometido, además de los otros órganos también nombrados mediante los Instrumentos de Derecho Internacional; es decir Acuerdos y Tratados de cooperación económica que versan en materia de competencia, dentro de este nuestro país forma parte de la Comunidad Andina de Naciones y dentro de esta la norma que regula la competencia en el mercado comunitario andino tenemos la Decisiones 608.

Acotando lo escrito (Ortiz Blanco et al., 2008, p.38): “Tradicionalmente se afirma que las autoridades antitrust deben velar por el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado. Más explícitamente, debería precisarse que aquellas se dedican a asegurar la libre competencia en los distintos mercados”.

Necesariamente se requiere un estudio analítico del mercado para poder determinar específicamente los productos y el área geográfica que está siendo distorsionada por una determinada conducta anticompetitiva, definitivamente es un proceso y este es el primer paso. Lógicamente no es posible determinar aún cuál es esa conducta.

“Este ejercicio permite dar una primera aproximación a las presiones competitivas que verdaderamente existen sobre la o las empresas analizadas y acerca de su poder de mercado” (Ortiz Blanco et al., 2008, p.38)

Este estudio previo a la determinación de los productos y el área geográfica presuntamente afectados, nos da una noción de que posiblemente está cometiéndose una práctica que distorsione el mercado, por lo que el mercado de referencia es el área global de análisis objetivo donde se encuentran subsumidos el mercado producto y el mercado geográfico, por ende es el mercado que va a estar sujeto análisis.

No es posible determinar si un comportamiento afecta a la competencia si antes no se ha definido el producto que venden las empresas; los competidores que enfrenta; los consumidores que requieren el servicio, así como el territorio, ya que el daño por el comportamiento anticompetitivo se sufre directamente dentro de un segmento específico de la economía que se denomina mercado relevante. (Velandia, 2011, p. 94)

Existen aspectos principales para delimitar al mercado relevante que ayudan a las autoridades de competencia a lograr en definitiva su identificación. Acotando (Ortiz et al., 2008, p.40) reseñan:

Para definir un mercado se han de identificar ñas fuentes reales de suministro a las que pueden recurrir los consumidores de un determinado producto de manera más o menos inmediata. Esto exige identificar tanto a las empresas activas en la fabricación de dicho

producto como el área geográfica en la que las condiciones de competencia entre dichas empresas son homogéneas. Tres son las principales presiones competitivas que pesan sobre una empresa: sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial.

La sustituibilidad de la demanda consiste en el acceso de los consumidores a productos sustitutos que satisfagan tal necesidad, por lo que el control de precios, abuso de posición dominante y otras prácticas anticompetitivas no son factibles para una empresa que produzca o que expendan productos que son sustituibles.

La sustituibilidad de la oferta para Gómez Leyva citado por Pinkas Flint (2002, p. 88) “Esta referida a si las empresas ofertantes de productos o servicios, que no son sustituibles por los consumidores o usuarios, están en posibilidad de producir los que sí presenten la posibilidad de ser sustituidos por la demanda” Y la competencia potencial, que básicamente son competidores a futuro que por las diversas situaciones del mercado podrían entrar a competir, ya que la situación del propio mercado lo permite, por ejemplo el alza desmesurada de precios de las empresas que controlan X mercado permitiría a una empresa pequeña competir con precios más bajos; obteniendo un rédito económico o utilidad rentable y confortable.

Para concluir con lo que debemos entender por mercado relevante, citemos lo que dicen los autores (Ortiz Blanco et al., 2008, p.42):

La definición del mercado de referencia se efectúa en dos pasos. Primero se deberá determinar cuáles son los productos o servicios englobados en un mismo mercado, y después se examinará su dimensión geográfica. En determinados supuestos será necesario proceder al análisis del mercado en su dimensión temporal.

2.3.1 El Mercado de Producto

Como se dijo anteriormente, es vital para las autoridades de competencia determinar el mercado relevante o mercado de referencia, con motivo de examinar el posible daño a la libre competencia, sancionarlo y eliminarlo. Para cumplir con los cometidos y los objetivos trazados por la doctrina, y la Ley en materia de competencia.

Punto determinante para esa determinación es el denominado Mercado de Producto, que forma parte del Mercado Relevante y que está bajo su observación, el Mercado Relevante al estar bajo el cometido del estudio del Derecho de la competencia y por su amplitud debe segmentarse, justamente en lo que constituye el Mercado de Producto y el Mercado Geográfico, con motivo de obtener unos resultados más eficientes y a menor plazo; por lo tanto las autoridades en materia de competencia necesitan saber y determinar cuál es el producto que está en expendio por las empresas, que está sujeto a una investigación exhaustiva por tener indicios de vulneración a la libre competencia y a otros bienes jurídicos protegidos.

El Mercado Producto que es precisamente lo que se quiere definir y entender, no es más que la terminación de un emprendimiento empresarial que está dentro del mercado y que se expende con el fin de solventar una necesidad, son bienes o servicios ofertados al público que tratan de lograr un posicionamiento en el mercado a nivel de la clientela objetivo (consumidores). Sólo que al estar dentro de la determinación y el estudio de las autoridades de competencia se especifica necesariamente los que realmente son y van a entrar dentro de dicho estudio. Por lo que el Mercado Producto no está solo conformado por un *bien principal* que satisface una necesidad determinada, sino se incluyen los bienes o servicios alternativos que se acercan de igual forma a la satisfacción de esa necesidad, los que se denominan sustitutos, que logran tal nivel de satisfacción buscado por el cliente, y pueden ser consumidos a falta del bien principal o reemplazados cuando el cliente lo requiera, es lo que se denominó como sustituibilidad de la demanda.

El bien sustituto debe ser similar en precio al principal y brindar tal grado de satisfacción buscado por el consumidor.

Entrando más a fondo en lo que constituyen los bienes sustitutos es trascendental para las autoridades de competencia emplear un análisis exhaustivo del Mercado Relevante y por ende del Mercado Producto, donde la necesidad de la determinación de los bienes considerados sustitutos para los consumidores es el objetivo en sí mismo, indudablemente haciendo referencia a un tipo de producto o productos en especial. Para la doctrina es este aspecto relacionado a la sustituibilidad de la demanda, la distinción entre bien sustituto perfecto y bien sustituto imperfecto resulta de una clasificación inequívoca y precisa.

Esencialmente los *sustitutos perfectos* reemplazan al bien principal, otorgan una satisfacción igualitaria de la necesidad que busca el consumidor, resultan escogidos cuando fenómenos no controlables por los consumidores se producen, como la escasez total del producto que no posibilita su adquisición. En contraposición los *bienes sustitutos imperfectos* no conforman el Mercado Relevante ni compiten con el bien principal; a pesar de ello tienden a satisfacer esa necesidad buscada que otorga el sustituto perfecto, pero por la condición de una variación alta de precio no puede ser un sustituto perfecto (Velandia, 2011, pp. 98, 99)

Para entender de mejor manera lo referido citamos a Mauricio Velandia, quien manifiesta y comenta sobre el tema en referencia lo siguiente:

La sustituibilidad por el lado de la demanda de un producto puede dividirse en perfecta e imperfecta. En la primera encontramos aquella que representa una satisfacción de necesidad muy cercana a la otorgada por el producto principal. La segunda, no obstante de ser un sustituto se aleja de las necesidades del consumidor, como por ejemplo en lo que tiene que ver con la variable precio. Si se toma como ejemplo el mercado de los aceites, tanto la margarina como el aceite de oliva son

sustitutos del aceite de maíz, sin embargo el aceite de oliva mantiene un precio que lo convierte en sustituto imperfecto. Cosa diferente ocurre con la margarina, la cual por producto y precio representa un sustituto perfecto del aceite de maíz. Entonces debe concluirse que la sustituibilidad para determinar un mercado relevante no puede ser observada desde la naturaleza del bien para ser sustituto, sino por el verdadero desplazamiento de la demanda por un aumento de precios del bien principal. Velandia cita a Velandia (2011, pp. 98,99)

Una vez dadas las nociones básicas y el concepto de Mercado Producto para su mejor entendimiento, el punto a tratar consiste en la forma en que se determina el Mercado Producto por parte de las autoridades de competencia. Para ello se utilizan diversos criterios e investigaciones específicas con el fin de lograr este cometido, los que se exponen y detallan a continuación:

a) Propiedades y uso: Hace referencia a los diferentes usos que pueden los productos ofrecer, o a su vez a un mismo uso por parte de productos distintos que forman parte de mercados diferentes, sin tomar en cuenta los componentes físicos de manera trascendental, ya que pueden tener una composición semejante y precisamente pertenecer a diversos mercados, tales criterios ofrecen una base importante para la delimitación, pero no son del todo suficientes, por lo que son necesarios otros adicionales.

Para discernir de manera más efectiva el criterio dicho en el anterior párrafo Luis Ortiz Blanco, Jerónimo Maíllo González, Pablo Ibañez y Alfonso Lamadrid de Pablo hacen mención y citan una Decisión de la Comisión, de 22 de julio de 1992.

En la decisión Nestlé/Perrier, relativa a una fusión entre dos de los principales productores de agua mineral, en Francia, La Comisión Europea examinó, tras plantear Nestlé la cuestión, si dicho producto y otros, en particular otras aguas no minerales así como los refrescos sin alcohol, son sustituibles en la medida en la que todos ellos satisfacen

idénticas necesidades (saciar la sed). La Comisión Europea consideró que este simple hecho no era suficiente para llegar a la conclusión de que el agua mineral formaba parte de un mercado de producto más amplio. Entre otros, la Comisión Europea tomó en cuenta el hecho de que los consumidores valoran algunas características específicas del agua mineral (tales como su pureza o su contenido en sales minerales) a la hora de elegirlo. Por otra parte, en opinión de la Comisión Europea, los consumidores no utilizan el agua mineral y los refrescos sin alcohol ni en la misma medida ni en las mismas ocasiones (según la institución, mientras que el agua mineral se consume a diario, los refrescos sin alcohol se beben en ocasiones especiales).

A la luz de esta Decisión, se puede apreciar por qué la definición del mercado con exclusiva referencia a las propiedades y el uso de los productos resultan insuficiente. El uso y las características de dos productos no son siempre fáciles de determinar y no están exentos de subjetividad. No es por ello sorprendente que en la Decisión Nestle/Perrier la Comisión Europea recurriese a otros elementos de análisis (en particular las diferencias de precios entre aguas minerales y refrescos sin alcohol). Decisión de la Comisión, de 22 de julio de 1992, en el asunto IV/M.190 Nestlé/Perrier, DOL 356, de 1992, p.1, 8§§ citado por Ortiz y otros (2008, p.45)

b) Precio: En lo que concierne al precio como criterio para la determinación del mercado producto se debe señalar que el principio de la sustituibilidad de la demanda juega un papel preponderante, porque se busca en definitiva a través de este principio buscar un producto sustituto efectivo, en torno no solamente al uso final que le pretenda dar el consumidor, sino económicamente hablando el precio comparado de los productos también resulta trascendente; no podemos hablar en principio de un producto sustituto de otro cuando su precio resulta muy elevado al compararlo con el primero.

Complementando lo referido el precio elevado en ocasiones no es determinante para designar a un producto posiblemente sustituto en otro

mercado, cuando sus características y beneficios lo hace un sustituto efectivo del producto más económico.

c) Preferencias de los consumidores: Las preferencias de los consumidores y su percepción resultan indispensables para que precisamente los productos sean sustituibles.

d) Diferentes categorías de clientes: La determinación de los consumidores hacia un tipo de mercado común y diferenciado resulta de gran apoyo con miras a la designación del mercado producto, tomando en cuenta los precios, la capacidad adquisitiva es preponderante para saber si un consumidor, puede entrar en un mercado diferenciado y por lo tanto colaborar con el señalamiento del mercado producto por parte de la autoridad de competencia.

Los puntualizados criterios al ser desprendidos y utilizados por las diferentes autoridades de competencia al momento de buscar una determinación funcional del mercado producto, y debido a su sentido económico, es razonable complementarlos con ejemplos examinados y que resultan importantes para un mejor discernimiento:

1. Luis Ortiz Blanco, Jerónimo Maíllo González, Pablo Ibañez y Alfonso Lamadrid de Pablo citan la Decisión de la Comisión, de 22 de enero de 1997, acerca de las Preferencias de los consumidores:

Cabe citar la Decisión Coca-Cola/Amalgamated Beverages. En este caso, la Comisión Europea analizó si los refrescos de cola encontraban sustitutos en otras bebidas carbonatadas. Para ello se basó en diferentes criterios, que tomaban en cuenta la imagen del producto entre los consumidores y la forma en que los productores tratan de transmitir dicha imagen (sobre la base de estudios de mercado y de diferentes encuestas, así como de las propias estrategias e inversiones en mercadotecnia de los productores). Decisión de la Comisión, de 22 de enero de 1997Asunto IV/M.794, Coca-Cola/ Amalgamated Beverages GB, DO L 218, de 1997 p.15, 125 §§citada por Ortiz y Otros (2008, p.46)

2. Los mismos autores ante las “Diferentes categorías de clientes”, citan a la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia.

Un ejemplo muy claro a este respecto viene de las prácticas de las compañías aéreas, un sector en el que existen dos categorías muy claras de clientes, los viajeros de negocios y los turistas. No resulta difícil distinguir entre ambas categorías de viajeros, lo que explica las importantes diferencias de precio entre unos billetes y otros. Por un lado, los viajeros de negocios suelen reservar sus vuelos con menos antelación (tendencia que es bien conocida por las compañías aéreas y que se manifiesta en los aumentos progresivos de los precios de los billetes a medida que se aproxima la fecha de salida...) y son más exigentes en lo que se refiere a los horarios (en cambio, para un viajero en clase turista resulta irrelevante salir dos o cuatro horas más tarde). Comunicación de la Comisión, DOC 372, de 1997, p.5, s 43, citada por Ortiz y Otros (2008, p. 47)

2.3.2 El Mercado Geográfico o Mercado Territorio

La última segmentación o división específica del mercado relevante, en búsqueda de un análisis eficaz que lleve a la eficiencia, constituye el mercado geográfico o mercado territorio.

El mercado geográfico de referencia constituye una zona en la que las condiciones objetivas de competencia del producto de que se trata son similares para todos los operadores económicos. Esto no implica que las condiciones de competencia deban ser exactamente iguales en todo el mercado geográfico según se haya definido; bastará que las eventuales diferencias no sean susceptibles de obstaculizar el acceso a determinadas partes de ese mercado a las empresas que operan en las distintas áreas del mismo. (Ortiz Blanco et al., 2008, p. 48)

El mercado geográfico es simplemente la designación territorial donde la empresa que puede estar cometiendo una práctica anticompetitiva estará sujeta al análisis por parte de las autoridades de competencia, es el espacio donde actúa vendiendo u ofertando sus productos o servicios, esa designación conlleva también a las otras empresas competidoras que venden esos mismos productos y donde el consumidor tiene la capacidad de adquirirlos por estar dentro del mismo territorio, aparte de las empresas que participan en zonas determinadas que forman parte del mercado territorio, y que entran a ser analizadas, se debe tomar en consideración otros segmentos territoriales o lugares donde sea accesible entrar en competencia, por lo tanto para algunas empresas que antes no participaban dentro de ese territorio, eventualmente por fenómenos como el alza de precios les resultaría rentable ahora entrar en este. Por lo que es completamente absurdo relacionar y fijar dentro del mercado geográfico para su estudio a dos empresas que venden el mismo producto en diferentes países, ejemplo: Una empresa que vende cerveza en Perú y otra que vende en Argentina, el mercado relevante sería explícitamente distinto. Dentro de un mismo país debe considerarse para la determinación del mercado geográfico la participación de las empresas en el mercado, puesto que existen empresas que actúan en un territorio y en otro no, por lo que puede no existir una competencia real además de efectiva.

CAPÍTULO III

3. Prácticas Anticompetitivas que Limitan y Distorsionan la libre competencia

3.1 Introducción, Concepto y Rasgos característicos

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado vigente, contiene normas destinadas al control de la extralimitación de las actividades económicas efectuadas por operadores en el mercado y la corrección del tráfico económico.

Las prácticas llamadas anticompetitivas y actos desleales agravados vulneran y afectan el dinamismo en el mercado, su correcto funcionamiento, el modelo económico basado o en promoción de la libre competencia y los derechos constitucionales económicos de libre competencia, libre empresa y derechos del consumidor. Guillén Caramés citando a Manzanedo sobre la primera Ley de Competencia española (Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas a la Competencia) señala:

Por otra parte la LRPRC aparecía como un elemento de protección al conjunto global de la actividad económica, así como a los empresarios individuales frente a los excesos de libertad, eliminando las restricciones de la competencia derivadas del uso ilegítimo de la libertad empresarial. En especial resulta importante en esta etapa inicial que se trascienda de una visión individualista, de protección de los derechos individuales, a una concepción global como una técnica de aseguramiento del interés público y prevalente del orden público económico, de la economía nacional y, en definitiva, como garantía colectiva de existencia comunitaria.

(Guillén, 2005, pp. 36,37)

De lo referido se abstrae la protección actual que recogen las normas de competencia, que se deduce en la tutela del interés económico general o público, la búsqueda del normal funcionamiento del mercado y la vigencia del modelo económico en el que está implícita la libre competencia.

Las diferentes legislaciones en materia de la competencia, tienen entre otras cosas en común, el señalamiento a manera de una tipificación de las diversas conductas y prácticas distinguidas como “Anticompetitivas”. Su estudio es necesario para conocer y poder determinar derechos constitucionales económicos que se vulneran. Por lo tanto es prudente señalar a manera de una enumeración ejemplificativa, algunas de las prácticas anticompetitivas y actos desleales agravados en nuestra Ley.

3.2 Prácticas Anticompetitivas que vulneran la libre competencia y otros Bienes Jurídicos

3.2.1 Acuerdos y Carteles Restrictivos

Al referirnos explícitamente a lo que constituye un acuerdo en cuanto a su tenor literal en sí mismo, es un arreglo, un pacto o simplemente una concertación. En el mundo del Derecho este acuerdo toma el nombre de contrato, y como bien lo sabemos genera efectos jurídicos, además que necesita de algunos requisitos para llegar a formalizarse como tal, estos son: capacidad, voluntad, objeto lícito, causa lícita, ahora bien el estudio de los contratos de sus elementos y tipos corresponde netamente al Derecho Civil, por lo que no es necesaria su profundización, pero en cuanto a lo que en Derecho de la competencia interesa, las partes que intervienen ya sea en un tipo de contrato o simplemente un acuerdo que sea relevante para el mundo de este Derecho, tomará el nombre de “*Acuerdo Anticompetitivo*”, en donde se deben presentar ciertas características que los hacen propios, tales como la multiplicidad de empresas, la independencia, la irrelevancia de la forma jurídica entre otras.

Ilustrando lo dicho Luis Ortiz Blanco, Jerónimo Maíllo González, Pablo Ibañez y Alfonso Lamadrid de Pablo citan dos sentencias del TJCE.

La palabra “acuerdo” en el artículo 81.1 TCE no se limita a contratos vinculantes: es suficiente con que una de las partes voluntariamente limite su libertad de acción en relación con la otra. Los acuerdos pueden ser escritos u orales, formales o informales. Incluso los “pactos entre caballeros.

Sentencia del TJCE, de 20 de junio de 1978, en el asunto 28/77, *Tepea BVc. Comisión*, Rec. p. 1391, Sentencia del TJCE, de 15 de julio de 1970, en el asunto C-41/69, *ACF Chemiefarma NV c... Comisión*, Rec. p. 661 §§ 106-116 citada por Ortiz y Otros (2008, p. 72)

De lo expuesto notoriamente se deduce que los contratos en sí no son necesarios para que se cristalice un “Acuerdo Anticompetitivo”, y simplemente una concertación oral o un pacto simple pueden constituirse en uno.

Pero realmente que es un acuerdo anticompetitivo (Velandia, 2008, p. 71): “Los acuerdos restrictivos de la competencia son comportamientos adelantados por dos o más empresas mediante los cuales arreglan su actuar dentro de un mercado, falseando la competencia, bien sea porque dejan de competir o porque pretenden eliminar a un competidor”.

Los acuerdos anticompetitivos o cárteles tienen implícito la limitación y la vulneración a la libre competencia, necesariamente tiene que existir una voluntad positiva de asociación entre empresas o personas jurídicas independientes que con su concertación o con su asociación anteriormente acordada buscan eminentemente un fin en su beneficio, por lo tanto crean precisamente ese ámbito de limitación a la libre competencia.

Para Velandia se necesita o requiere ciertos elementos para que un acuerdo sea anticompetitivo, primeramente lo que titula un vehículo conductor, que existan dos o más empresas que formen parte del acuerdo y un supuesto

restrictivo que vendría a ser la práctica determinada o el motivo de la concertación o cártel.

El vehículo conductor es la manera en la cual se produjo el acuerdo, es decir la forma en que dicho acuerdo llegó a concretarse, en este sentido el motivo anticompetitivo que afecta la libre competencia o supuesto restrictivo, puede verse materializado en un *contrato, convenio, concertación, práctica concertada, práctica conscientemente paralela*. Para la legislación ecuatoriana en el Art. 1454 “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas” (Código Civil, Ecuador, Actualización agosto 2011, Artículo 1454). En este artículo se desprende la obligación que tienen las partes con el cumplimiento del contrato, al suscribirlo las partes sin importar la materia se obligan en el contenido sobre el que versa el mismo, el contrato debe cumplir con los elementos esenciales para no ser nulo y generar efectos jurídicos, un contrato que no cumpla con estos no nace a la vida jurídica, por lo tanto para Velandia los elementos accidentales son los generadores o la fuente del supuesto restrictivo, es decir las prestaciones y el contenido del contrato, el contrato resulta ser el primer vehículo conductor donde se encuentra implícito el supuesto anticompetitivo.

El segundo vehículo resulta el convenio o convención, el artículo antes citado menciona al contrato como un sinónimo de convención, la doctrina y jurisprudencia tratan de darles significados diferentes, aduciendo que contrato es la especie de convención, pero en lo que respecta al Derecho de la competencia la diferenciación no resulta ser tan trascendente ya que lo importante es que estos sean fuente de restricciones.

El tercer vehículo es la concertación, que básicamente no es parte de las normas jurídicas y la legislación ecuatoriana, recurriendo a diccionarios concertación resulta ser un pacto, acordar un negocio, pero existe una diferencia clara, la concertación se basa en actos unipersonales, acotando lo sucinto Velandia cita a Ospina Fernandez (2008, pp. 77, 78)

Voluntades autónomas luego de una deliberación encuentran convergencia y unifican sus pareceres. Por ejemplo una agremiación de empresarios, todos tienen derecho a un voto pero la decisión final es obligatoria para los presentes que forman parte de esa agremiación, esa decisión puede contener un supuesto restrictivo.

Los dos últimos vehículos son la práctica concertada y la práctica conscientemente paralela, la primera de ellas a primera vista significaría lo mismo del tercer vehículo mencionado en el párrafo anterior, diferenciar a la concertación de una práctica concertada requiere del análisis de la palabra práctica, esta significa un proceso repetido, cíclico, continuado, por lo tanto puede en verdad existir concertaciones que se repiten en el tiempo, que al principio no resultan ser tan relevantes para que el Derecho de la competencia intervenga a través de una autoridad de competencia u organismo de control, que a su vez pondrá dicha conducta en análisis. Pero después la misma conducta repetida en el tiempo podrá constituirse en un vehículo conductor portador de un acuerdo anticompetitivo o restrictivo, evidentemente su aplicación en el tiempo de forma constitutiva podría afectar en una medida progresiva a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho de la competencia, haciendo de estas prácticas relevantes y necesarias de analizar y determinar una sanción.

Por último la práctica conscientemente paralela es el vehículo de más uso por las empresas, estas al ser similares en cuanto algunos aspectos como el producto ofertante u objeto social realizan actos consecuentes para lograr un fin determinado sin necesidad de un acuerdo real de voluntades, equiparan su comportamiento en el mercado, se comportan de igual forma dejando de competir, específicamente se detalla una conducta o conductas determinadas que son reiteradas por parte de otras empresas similares o paralelas, se requiere de un conocimiento de esa práctica o prácticas realizada por una empresa para que otra u otras la imiten.

Consecuentemente su determinación y prueba es realmente complicada al no existir una prueba documental del acuerdo, además de la conciencia por parte de otras empresas de imitar una conducta.

El paralelismo es de dos tipos, el activo y el pasivo, en el activo todas las empresas actúan de una manera determinada sin variación, si una cambia las otras cambian, al contrario en el pasivo una o varias empresas siguen en cuanto a su actuación a una sola, el ejemplo más común es en relación a las empresas pequeñas que siguen el comportamiento de la más grande o líder al ser la captadora del mercado. Siguen esa actuación para lograr las utilidades de esa compañía guía o piensan que siguiendo a esa compañía su supervivencia en el mercado está asegurada, de esta imitación las compañías o empresas más grandes se aprovechan y suben los precios conociendo que las otras van a hacer el mismo acto, generando más utilidades a su haber, su aprovechamiento está dado en la medida en que la empresa guía sabe que las otras la van a imitar controlando totalmente la competencia o a su vez eliminándola por completo, instaurándose otra práctica anticompetitiva, el "Abuso de posición dominante". (Velandia, 2008, pp. 74-81)

Los acuerdos restrictivos o carteles son de dos tipos los horizontales y verticales.

3.2.1.1 Acuerdos Horizontales y Verticales

Los acuerdos anticompetitivos son horizontales cuando la competencia se efectúa entre empresas que compiten entre sí, entre la misma escala de valor, entre empresas que producen y ofertan bienes y productos similares que satisfacen una necesidad específica, en los acuerdos horizontales está presente la colusión, que sería una concertación en este caso entre dos personas jurídicas para perjudicar a un tercero o terceros, el acuerdo horizontal se realiza entre operadores económicos de la misma línea comercial con una actividad empresarial de las mismas características en el mismo ámbito, por ejemplo dos compañías dedicadas a ofertar un servicio de telefonía celular.

García Machmar cita a Jorge Witker (2010, p.57) y menciona: “A más de la colusión los acuerdos horizontales permiten a sus ejecutantes actuar conjuntamente para lograr algunos de los atributos del monopolio como acuerdos de precios, limitación de rendimientos y prevención de la entrada o de la innovación”.

En contraposición los acuerdos verticales son aquellos que se efectúan entre operadores económicos que se encuentran en una diferente cadena de escala de valor, por ejemplo entre un productor y un distribuidor. (Velandia, 2008, p. 73)

Según García. W. (2010, p.68) “Son aquellos mediante los cuales se monopolizan etapas contiguas del proceso productivo. Visto desde la perspectiva de la empresa, ellas implican una expansión operacional motivada por criterios de minimización de costos y maximización de utilidades”.

Los mismos constan de manera enunciativa en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado ecuatoriana, y su explicación resulta idónea con miras a la determinación de los derechos individuales y colectivos que pueden vulnerarse por el cometimiento de prácticas anticompetitivas por parte de los operadores económicos que actúan en el mercado ecuatoriano.

3.2.1.1.1 Acuerdos de precios

Anteriormente ya se estudió el concepto de acuerdo y sus diferentes variaciones, por lo que se puede afirmar convenientemente utilizando un sinónimo de esta palabra que un acuerdo de precios es un convenio suscrito entre personas jurídicas o empresas con el fin entre otros de maximizar la utilidad de los productos o servicios que ofertan dichas empresas, efectivamente al concebir este acuerdo la libre competencia y el mercado se ven totalmente afectados y vulnerados “*per sé*”, pero aún más los

consumidores de dichos productos o servicios, ante esta acotación Velandia cita a Ignacio de León (2008, p.91):

Es preciso anotar que los acuerdos de precios son la forma más directa para que las empresas maximicen su utilidad aprovechando el dinero de más que puede costar un bien en un mercado en competencia; esto, en contrapartida, disminuye el excedente del consumidor injustamente, es decir, su capacidad adquisitiva de bienes.

Los precios no deben ser señalados y determinados por un agente del mercado que participa en las relaciones comerciales, en realidad fehacientemente no le corresponde a una empresa esa labor, es totalmente atentatoria desde todo punto de vista, los precios deben ser fijados mediante la interacción en el mercado de la oferta y la demanda, además que el precio resulta de la unidad entre costos y utilidad, el mismo que debe ser equitativa y no absurda. (Velandia, 2008, p. 92)

3.2.1.1.2 Acuerdos de control de la producción, distribución o comercialización de bienes y servicios

Los acuerdos de control de la producción no en todos los casos resultan ser ilegales, tampoco siempre tienen un resultado vulnerador a la libre competencia o a su vez a otros bienes jurídicos que el Derecho de la competencia protege, porque precisamente los motivos o fines en algunas ocasiones no buscan otro interés que el de lograr un mejor desempeño empresarial con miras a un crecimiento óptimo, (Pinkas Flint, 2002, p. 1154) acota:

El control de la producción al interior de una empresa determinada normalmente es una herramienta importante dentro de la política empresarial, porque permite manejar stocks, hacer proyecciones estimadas, calcular los beneficios futuros, etc. Sin embargo, cuando se realiza un control concertado de la producción entre empresas competidoras, se convierte en una restricción ilegal de la competencia. El acuerdo entre empresas para reducir la producción al igual que el

acuerdo para fijar precios, es considerado por la mayor parte de las legislaciones como la violación más grave sobre las leyes de competencia.

El control de la producción que tiene un fin diferente al de buscar un crecimiento empresarial, es anticompetitivo cuando limita el acceso del consumidor a ese producto producido por las empresas concertantes, el que tenía una oferta con variación mínima, también es anticompetitivo porque al controlar la producción se podría fijar precios contradiciendo lo que hemos manifestado, en donde los precios se deben fijar tomando en cuenta la oferta y la demanda, por último el acuerdo para el control de la producción tiene una similitud con el de reducción de oferta

Refiriéndonos a los acuerdos de distribución que constituyen un paso posterior después de la cadena de producción, es posible clasificar a estos acuerdos para una mayor comprensión citando a Pinkas Flint que clasifica a estos acuerdos en dos tipos distintos, los de distribución exclusiva y los acuerdos de distribución selectiva. En los primeros se realiza un convenio con un distribuidor exclusivo o único, que es en definitiva otro productor u otra empresa, que adquiere ese producto con el fin de revenderlo posteriormente en un segmento definido del mercado y con unas condiciones de reventa impuestas al distribuidor, incluyendo los precios, éste acuerdo resulta ser anticompetitivo y restrictivo cuando el producto revendido controla una zona geográfica determinada al no existir competencia, pero también puede existir el caso en el que la práctica no genera efectos negativos a la libre competencia, y más bien promueve la competencia entre marcas, es decir que permite a un nuevo producto llegar a competir con otros en una zona geográfica donde antes no existía tal competencia.

Por otra parte en los acuerdos de distribución selectiva no existe sólo un distribuidor, sino algunos que son cuidadosamente seleccionados cuando cumplen requisitos técnicos exigidos por el productor o la empresa, estos distribuidores también deben cumplir con un requerimiento adicional,

únicamente comprar o vender bienes a mayoristas que son seleccionados por dicha empresa, un ejemplo en este caso sería no comprarle bienes a otra empresa que compite con la que realiza el acuerdo de distribución exclusiva, así sea un producto diferente el que produzca la empresa competidora y que el distribuidor pretende adquirir. (Pinkas Flint, 2002, p. 578)

Por último los acuerdos de comercialización entre empresas van en esa misma línea, su objetivo inmediato es el de discriminar a un comercializador que no recibe las mismas ventajas en relación a otro, cuando debe primar la relación igualitaria y equitativa por parte de una empresa con su red de distribución, la diferencia con los acuerdos de distribución es clara, en este tipo de acuerdos participa el consentimiento de dos o más empresas que deciden perjudicar a un distribuidor seleccionado previamente por ellos, o también puede darse en cuanto a la comercialización discriminatoria para con determinados consumidores, por ejemplo por la zona geográfica de difícil acceso donde se encuentran consumidores que necesitan tales productos para la satisfacción de necesidades básicas, el precio de los mismos se incrementa en más de un 100% por razones que no resultan justificadas.

3.2.1.1.3 Acuerdos restrictivos de repartición de mercados y zonas geográficas

El Derecho de la competencia busca entre otras cosas la armonización en los mercados, donde la ley de la oferta y la demanda primen en cuanto a la adquisición y venta de un bien o un servicio, la libre competencia es vital en este mercado competitivo, la oferta por lo tanto debe en consecuencia ser suficiente para que los consumidores u oferentes tengan la capacidad de adquisición de entre una gama de productos extensa, tal como se dijo anteriormente, aunque entrando ya en lo que constituye este acuerdo y dejando aún lado lo dicho como un preámbulo, la repartición de un mercado o una zona geográfica puede concertarse a través de lo estipulado entre distribuidores, productores y compradores, vulnerando justamente lo dicho, la

variedad de productos o servicios para la decisión del consumidor. Pero en definitiva ¿Cuál es el objeto de la repartición?, Velandia menciona:

La repartición tiene como objeto limitar el campo de acción para cada empresa a cambio de que en su porción asignada no cuente con competencia. Cobra entonces importancia la definición de mercado. Mercado es el lugar geográfico donde se encuentran la oferta y la demanda, es decir donde las empresas ofertan sus bienes y donde los compradores adquieren a cambio de un precio. En la definición aparecen cuatro variables: territorio, oferta, demanda y producto. Cada una de ellas puede ser repartida. (Velandia, 2008, p. 102)

3.2.1.1.4 Acuerdos restrictivos sobre repartición y restricción de fuentes de abastecimiento

Este acuerdo resulta de la concertación entre dos o más empresas con el fin de abarcar y absorber la mayoría de materia prima dentro de una zona geográfica determinada, para lograr una mayor producción de bienes en este caso y maximizar la utilidad, como se puede deducir fácilmente las otras empresas competidoras que están dentro de la misma zona geográfica presentarían una dificultad *per sé* para competir en igualdad de condiciones, además se limitaría en gran medida a los futuros incentivos productivos que deseen ingresar en ese mercado, para la producción se necesita de algunos elementos que permitan la elaboración de un producto final, como mano de obra y la materia prima, por lo que la necesidad del abastecimiento de tal materia prima para poder producir se vuelve demasiado relevante para la subsistencia de una empresa. Por lo que la gravedad en cuanto a la vulneración a la libre competencia de este acuerdo es notoria.

Según (Velandia, 2008, p. 122) “La conducta restrictiva en ese numeral se reprime tanto por dolo como por culpa grave”.

De lo afirmado en el acápite anterior se concluye que las concertaciones realizadas por empresas sobre el abastecimiento se castigan cuando tales empresas las hayan concretado con la conciencia y voluntad de producir un daño. Al dolo se lo define comúnmente como la intención positiva de causar daño, entonces esa conciencia y voluntad con la intención producen el dolo, en contraposición la culpa grave se formaría cuando una empresa con experticia en el mercado realiza actos imprudentes producidos por alguien negligente encomendado que no tuvo el suficiente cuidado en cuanto al manejo de tal empresa. En materia civil la culpa grave se equipara al dolo.

3.2.1.1.5 Acuerdos de restricción de desarrollo tecnológico

El proceso productivo al que nos referíamos en otro acuerdo restrictivo necesita de elementos concretos para poder desarrollarse, a más de la materia prima y de la mano de obra la tecnología aplicada al desarrollo y elaboración del producto resulta esencial para la reducción de costos. Esta tecnología a través de la investigación permite a la empresa elaborar productos a menor costo, por ejemplo al ser aplicadas nuevos métodos o nueva maquinaria que realice un trabajo más eficiente a menor tiempo y costo, la investigación en la búsqueda de una mejor tecnología crea más gastos, pero los mismos se ven subsumidos en la posterior venta del producto. Para Pindyck citado por Velandia. El Derecho de la competencia reprime los acuerdos restrictivos de desarrollo tecnológico que produzcan lo siguiente:

Se reprimen aquellas conductas encaminadas a bloquear para un mercado la entrada de aquellos avances que permitan mayores eficiencias, lo cual se refleja en una mayor competitividad, pues a medida que un comerciante implemente determinada tecnología el resultado directo será su mayor competitividad frente a otros comerciantes del mismo mercado.

(Velandia, 2008, p. 121-122).

De igual manera es anticompetitivo el acuerdo restrictivo que promueva la no investigación y la implementación de tecnología, porque ocasiona como consecuencia inmediata la reducción de los costos en los productos, En este caso estaríamos frente a vulneraciones y afectaciones a los derechos de los consumidores; quienes no contarían con productos con costos más reducidos y de nuevas tecnologías.

3.2.1.1.6 Acuerdos restrictivos colusorios en cuanto a licitaciones

Las licitaciones son parte sustancial e importante del Derecho Público Administrativo, se trata de adjudicaciones específicas de contratación pública a una empresa o persona jurídica que tenga la mejor propuesta para tal adjudicación, es decir menor costo, mejores propuestas y mejores beneficios para el sector público o el Estado.

En este acuerdo la concertación o el convenio entre diversas empresas se basa en la unidad de igualdad de propuestas presentadas hacia el sector público, con salvedad de una, la que obviamente va mantener una mejoría marcada que le permita ser adjudicada, quien comete esta práctica ciertamente es la empresa o compañía que sugiere a las demás a participaren el concurso licitatorio, las compañías en la mayoría de los casos más pequeñas presentan igualdad de propuestas a cambio de beneficios en común que puedan lograr de la más grande. Lo que podría buscarse por parte de la empresa impulsadora y promotora es el poder de mercado y fijación de precios para obtener un mayor crédito económico o utilidad.

3.2.1.1.7 Discriminación e imposición de precios de reventa

La imposición de precios resulta ser una de las más probables consecuencias fácticas de quien ostenta el poder de mercado dentro de una zona geográfica, en este tipo de práctica anticompetitiva el consumidor final realmente no resulta ser el más perjudicado, aunque siempre los costos de los acuerdos y prácticas anticompetitivas principalmente las que fijan precios, afectan y trasgreden

derechos a los consumidores finales, pero en contraposición en esta, el distribuidor o intermediario de productos para la reventa es el resultante de una afectación más significativa, porque la imposición de precios va dirigida hacia estos agentes económicos. En este sentido García Machmar cita a Jorge Witker (2010, p.74) y dice: “Gracias a la imposición de precios de reventa, el productor se encuentra en una situación de ejercer un cierto control sobre las utilidades de los minoristas y mayoristas”.

3.2.1.1.8 Acuerdos restrictivos de ventas atadas y condicionadas

Antes de referirnos a lo que resultan ser los acuerdos de ventas atadas y condicionadas en sentido estricto es válido para la posterior comprensión primero detallar lo que son las *ventas atadas* y lo que constituyen. García. W. (2010, pp. 71,72) reseña una definición simple y entendible de venta atada y sus implicaciones.

Consiste en aquella situación en que la venta de un producto se encuentra sujeta a la venta de otro producto. Por ejemplo existen “ventas forzadas”, donde debe adquirirse una gama completa de productos para así adquirir tan sólo uno de sus elementos. El comprador que sólo busca un producto específico, para adquirirlo, debe comprar el conjunto del que forma parte.

Estas ventas sí generan un perjuicio directo al consumidor final, ya que la obligación para adquirir un producto necesario para satisfacer una necesidad está vinculada con otra adquisición que resulta innecesaria de otro producto diferente del primero. Por lo que el primero está atado al segundo, como se relataba en anterioridad la libertad de elección del consumidor debe ser protegida por el Derecho de la Competencia, y obviamente esta práctica vulnera tal libertad es decir, la de elección dentro del mercado, además de la capacidad adquisitiva del consumidor, el mismo que se ve obligado a comprar el producto que se deriva del acuerdo en vez de poder comprar otros que en realidad necesite.

Velandia otorga ciertas directrices que nos permiten el entendimiento necesario en relación a lo que el acuerdo significa, por lo tanto clasifica a los acuerdos estudiados en: Acuerdos de ventas atadas entre empresas de un mismo mercado y en acuerdos de ventas atadas entre empresas de un diferente mercado.

En el primero las empresas actuantes son las pertenecientes a un mercado donde las empresas cumplen objetos sociales y comerciales iguales, por lo que el acuerdo se da en concertación con las empresas que deciden realizar la venta de bienes o servicios subordinados a la adquisición de otro u otros diferentes. Velandia cita al Artículo 16 del Decreto 3466 de 1982 (2008, p.115, 116): y precisa:

Por ejemplo, cuando todas las empresas oferentes deciden vender un producto, subordinando su venta a la adquisición de los repuestos del producto, sin ser posible adquirir por separado los repuestos o el producto. Sobre este punto es necesario diferenciar la venta subordinada de la promoción de productos, en donde es permitido regalar un servicio o un bien por la compra de otro producto. Pero nótese que es un regalo. Si el regalo (promoción) es cobrado y señala oferta estaríamos en un caso de publicidad engañosa.

Pero este acuerdo es posible entre empresas o personas jurídicas que pertenecen a mercados distintos, es decir que no están en la misma línea de comercialización de productos, por lo que unen sus productos para tal comercialización, realizando una venta de carácter atada, para la explicación resulta vital el momento de la adquisición, cuando el consumidor se ve obligado a comprar los productos producidos por las dos o más empresas generadoras del acuerdo.

3.2.1.1.9 Acuerdos restrictivos de concertación de reducción de oferta

Este acuerdo tiene diversas mutaciones que pueden producirse a todo nivel de la escala de producción y por distintos agentes económicos, lo que hay que reconocer es que su afectación se produce por el acuerdo entre dos o más empresas que llegan a concertar la reducción de la producción de un bien o servicio en niveles que afecten la competencia, porque resulta ser determinante la reducción de la producción de un bien o servicio en los niveles de oferta que esa empresa lo hacía, una de las consecuencias sería eminentemente el incremento de los precios finales. Velandia dice al respecto:

Como se observa estos comportamientos restrictivos están ligados a precios, pues la cantidad de bienes que se encuentra en la oferta es una de las determinantes para que el precio de los productos suba o baje, puesto que en un mercado donde exista gran cantidad de bienes en un número mayor que la demanda el precio bajará, y por el contrario, en mercados donde exista una demanda superior a la oferta el precio inevitablemente subirá. (Velandia, 2008, p. 111)

Como decíamos en el acápite anterior existen diferentes situaciones que pueden hacer que los niveles de producción sean infringidos o atentados, en toda la cadena de producción y por diferentes agentes económicos. Un ejemplo claro es la aplicación de una barrera de entrada a un competidor que por dicha aplicación ya no puede competir y *no puede producir*, esa barrera de entrada puede ser la restricción de la adquisición de materia prima que se torna en resultante para no permitirle producir.

Otro ejemplo de esta naturaleza se produce cuando distribuidores de un producto cualquiera que este sea, concierten en no distribuir ese producto en su totalidad, el efecto inmediato es que al no poder los fabricantes de tal producto expender lo dejarían de producir, eminentemente aquí los que cometen una práctica restrictiva afectando niveles de producción son los distribuidores afectando a los que en primera instancia son los más propensos

a realizar este tipo de conductas, los productores y a través de ellos a los consumidores. (Velandia, 2008, p. 110,111).

3.2.1.1.10 Boicot dirigido a limitar el acceso al mercado o ejercicio de la competencia de empresas

Este acuerdo tiene como fin la perpetuación de empresas que ya tienen un control importante en el mercado. Es decir que controlan su parte en él y no desean el ingreso de nuevos competidores que podrían poner en riesgo su permanencia y ese control que ya poseen, por lo que ostentan un poder de mercado, supuesto restrictivo que les permite tener rangos de utilidades marcadas, por lo que el nuevo competidor podría amenazar el ingreso de esas utilidades, entonces este tipo de boicot se produce en mercados oligopólicos donde efectivamente las empresas tienen su ingreso determinado controlando un segmento diferenciado del mercado, este acuerdo impide la presencia de nuevos competidores, y disminuye el interés de nuevos potenciales que tenían un interés en ingresar. El perjuicio tiene dirección también a consumidores que se ven privados de tener un mercado dinámico con más opciones de adquisición de productos. (Velandia, 2008, p. 122,123).

3.2.1.1.11 Acuerdos de exclusividad

Consiste en una transacción impuesta por el productor de un bien o servicio para que sólo exista un distribuidor de sus productos de manera privilegiada, por lo tanto el único distribuidor está prohibido de realizar operaciones comerciales con un competidor excluyéndolo. Los acuerdos de exclusividad eliminan la competencia entre distribuidores de los mismos productos que produce una compañía y que ahora en virtud de tal acuerdo solo le corresponde a un distribuidor, este acuerdo limita la libertad de elección de los distribuidores de los productos ya que para mantener esa relación comercial y por lo tanto su subsistencia en el mercado deben acceder a este tipo de concertaciones que limitan la competencia, además de perjudicar a otros

productores que ya no pueden vender a ese distribuidor; que por ejemplo sería el único proveedor de ese producto en una zona geográfica determinada.

3.2.2 El Poder de Mercado y su Abuso

El poder de mercado en la mayoría de legislaciones alrededor del mundo se encuentra determinado, señalado y conceptualizado. En el Ecuador no es la excepción, su conceptualización es necesaria para que la autoridad de competencia a través de preceptos, normas, métodos y procedimientos económicos lógicos logre el cometido de saber que empresas ostentan tal poder en el mercado, y a través de esta previa verificación aplicando tales conceptos, en lo posterior precisar si se está cometiendo una infracción a la competencia, es decir abusando, pues lo sancionable o lo criticable no es el poder en sí mismo sino el abuso que se haga de este.

Está claro que el simple hecho de ostentación del poder de mercado no resulta ser una infracción a los distintos bienes jurídicos que tutela el Derecho de la competencia, cuando no limite, restrinja o falsee dicha competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios tal como menciona el artículo 7 de la “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”. Más bien por el “Abuso de poder de mercado”, o “Abuso de posición dominante” por medio de prácticas reconocidas; se incurre en tal violación y quebrantamiento al Derecho de la competencia y las leyes que lo tutelan, como de igual manera se afirma en la propia ley. Entonces el poder de mercado en principio no resulta sancionable, siempre y cuando produzca una afectación. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Ecuador, 2011, Artículo 7)

Debemos dar un concepto claro de lo que significa sólo el poder de mercado. Remitirnos a la legislación ecuatoriana sería el camino más eficaz, porque este trabajo metodológico se fundamenta en el estudio de prácticas anticompetitivas que afectan derechos individuales y colectivos dentro del mercado ecuatoriano, por lo respectivo señalar la definición de la “Ley Orgánica de Regulación y

Control del Poder de Mercado”, en primera instancia sería lo más razonable, para a su vez compararla con conceptos de legislaciones comparadas. El artículo 7 de la referida ley dice:

Art. 7.- Poder de mercado.- Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado. La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Ecuador, 2011, Artículo 7)

De lo citado por la Ley ecuatoriana no se distingue claramente lo que constituye el poder de mercado y la posición de dominio, para la ley ecuatoriana la diferenciación de los dos no tiene una importancia radical, y más bien la unidad de concepto se basa en la actuación sin dependencia de otros agentes económicos, para el parecer de la doctrina internacional el poder de mercado resulta ser una derivación o una actuación posterior a la posición de dominio. El poder de mercado es básicamente la capacidad que tienen las empresas que ofertan productos en un mercado de fijar el precio de venta al público, con el fin de la obtención de un lucro más significativo, al contrario de la posición dominante, que según la sentencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la causa STJCE de 13 de febrero de 1979, as. Hoffmann La Roche (85/76), haciendo referencia al agente económico

empresa, citada por Donato Fernández (2007, p. 80) es: "Situación de poder económico de la que disfruta pudiendo actuar dentro de un margen importante con independencia de sus competidores, de sus clientes y, en último término, de los consumidores". Por lo dicho, cuando exista independencia según la doctrina internacional de la empresa productora de un bien o servicio de los otros agentes económicos puede incurrir en el poder de mercado que se fundamenta en la fijación de precios.

La posición dominante puede llegar a establecerse dependiendo de algunos factores que la permiten, y hacen que la empresa actúe. Según (Dromi, 1999, pp. 104,105):

Esta situación puede darse por su grado de participación en el mercado, la disponibilidad de conocimientos técnicos, materias primas o capitales, que le permite determinar los precios o controlar la producción o la distribución de una parte significativa de los productos en cuestión.

La independencia para la actuación de la empresa que ostenta la posición de dominio es un criterio trascendente, porque permite que sus actuaciones no dependan de los consumidores y competidores. Velandia cita un ejemplo combinado dado por Stanton, Etzel y Walker junto con Nicholson, para entender lo afirmado.

Si un comerciante aumenta el precio de sus productos lo usual es que él adelante una proyección y determine si los consumidores estarán dispuestos a pagar ese precio por el producto, así como la proyección de si los competidores también subirían el precio o lo deja estable, definiendo así las consecuencias comerciales de su actuar. Pero cuando un agente económico no cuenta con competencia efectiva, ese análisis sobra, ya que su comportamiento depende de él, pues el mercado lo requiere, y el actuar del consumidor y de los competidores pasa a segundo plano debido al gran poder y dependencia del mercado hacia esa empresa con poder de mercado.

(Velandia, 2008, p. 126)

La Independencia de otros agentes económicos por parte de una empresa, a más de algunos componentes específicos desarrollados como la materia prima o la tecnología, generan pautas que pueden ser determinantes a la hora del estudio aplicado por parte de la autoridad de competencia con miras a saber si un agente económico empresa productora tiene posición dominante, estos criterios se unen con procedimientos establecidos en la ley ecuatoriana, específicamente en el artículo 8 para que la determinación sea efectiva, estos son entre otros: Participación en el mercado, existencia de barreras de entrada (Maneras de excluir total o parcialmente el ingreso de nuevos competidores al mercado), facultad de fijación de precios unilaterales, impedimento de abastecimiento de productos en el mercado relevante, etc. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Ecuador, 2011, Artículo 8)

Cómo habíamos dicho el “Abuso de posición dominante”, o también denominado “*Abuso de poder de mercado*”, por la normativa ecuatoriana expresa en materia de competencia es en realidad la conducta tipificada como anticompetitiva e ilegal, al respecto (Dromi, 1999, p. 105):

Ahora bien, no toda posición dominante constituye una infracción al régimen de libre competencia. El ilícito se plantea sólo en el caso en que existe una explotación abusiva de la misma.

Es decir que la figura se tipifica con el abuso, cuando se exceden razonables límites de ejercicio de las potencialidades favorables, provocando algún tipo de afectación a la competencia (actual o potencial).

En realidad hay que señalar nuevamente la importancia de dividir los criterios de la simple ostentación del poder de mercado o posición de dominio, del abuso. La primera no genera un resultado perjudicial a la libre competencia y a otros bienes jurídicos, se necesita para ello que exista el abuso basado o soportado en dicha posición dominante para que se configure la conducta

anticompetitiva, pero previamente se requiere de que exista la posición de dominio o poder de mercado, por lo tanto los procedimientos utilizados para la determinación de aquellos, resultan preponderantes para que se derive una actuación de abuso, ya que simplemente si no hay posición de dominio o poder de mercado no se puede abusar de este. Velandia cita a Teresita Dutrenit (2008, p.135):

“Abusar de la posición de dominio significa obtener provecho de la posición de dominio, es decir obtener ganancia injustificada basado en la falta de competencia efectiva”.

La legislación ecuatoriana es expresa en cuanto al señalamiento de conductas que simbolizan el abuso de poder de mercado, ya que efectivamente este es el nombre de la conducta acogida, más no abuso de posición dominante, entonces las conductas de abuso de poder de mercado se encuentran tipificadas como anticompetitivas en el artículo 9 de la Ley materia del presente análisis, el que estipula:

Art. 9.- Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Ecuador, 2011, Artículo 9)

La ley de lo acotado en el párrafo anterior es clara al señalar quienes son los que incurren en esta conducta y cuando la ocasionan. En el mismo artículo a continuación de lo señalado se deducen los comportamientos abusivos, es decir se detallan de manera ejemplificativa, más no taxativa. Este es el cómo se abusa del poder de mercado, aquellas son las que constituyen anticompetitivas o ilegales.

Consecuentemente el abuso de poder de mercado tiene un efecto discriminatorio en la competencia, así pues la calidad que ostenta la empresa o el operador con poder de mercado permite realizar esas conductas unilaterales definidas en la ley que tienden a eliminar la competencia de manera progresiva, por ejemplo a través de la implementación de precios predatorios, que son ínfimos en relación con los de su competencia, baja de los costos de producción, precisamente la calidad de operador con posición dominante faculta a este a implementarlos, y su efecto mediato será la eliminación poco a poco de sus competidores al no poder competir bajo esas premisas.

3.2.3 Concentraciones económicas

Las concentraciones económicas son en sí agrupaciones de empresas o unidades productivas por medio de actos jurídicos, con el fin primordial de buscar una mayor presencia en cuanto a volumen de ventas de bienes o servicios producidos por los participantes en el mercado relevante. García. W. (2010, p. 75).

De esta afirmación se concluye en primera instancia que las concentraciones económicas efectuadas a través de los distintos actos jurídicos que las crean, buscan una mayor eficacia y eficiencia dentro del mercado, donde no son lo suficientemente competitivos. Exactamente no todas las concentraciones económicas buscan como objetivo vulnerar la libre competencia, sino más bien un conjunto de innovaciones entre las que se unen para lograr competir de manera eficiente como se ha dicho, sin llegar a vulnerar la competencia en sí, pero depende mucho del tipo de concentración o de los partícipes en ella para que al contrario su consolidación produzca efectos perjudiciales a la libre competencia y a otros bienes jurídicos que protege su Derecho, ciertamente con las concentraciones económicas los operadores pueden llegar al poder de mercado, ya sea este su fin exclusivo desde un principio o un efecto que se genera por la propia concentración, por lo tanto la autoridad de competencia actúa de manera preventiva analizando la concentración previa autorización.

Procedimiento que se tratará. Acotando los objetivos que puede tener una concentración, (Dromi, 1999, pp. 114,115) señala acertadamente:

La concentración o fusión de empresas puede tener como objetivo la obtención de un mayor poder de mercado o el mejoramiento del nivel de eficiencia al actuar en conjunto.

Debido a la necesidad de competir en los grandes mercados internacionales del mundo global, las empresas han tendido a reagruparse en fusiones y concentraciones cada vez mayores para mantenerse en condiciones ventajosas en la libre competencia.

Los actos que generan concentraciones económicas están descritos en el artículo 14 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Ley a la cual debemos hacer referencia por la delimitación de este trabajo metodológico al mercado ecuatoriano. El artículo señala actos que se constituyen en concentraciones económicas los siguientes:

Art. 14.- Operaciones de concentración económica.-

A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos tales como:

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

decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Ecuador, 2011, Artículo 14)

Estos actos deben ser clarificados para la debida comprensión, García. W. (2010, p 75) puntualiza:

Una fusión es un acto jurídico por medio del cual dos o más personas jurídicas deciden unir sus patrimonios para crear una tercera persona jurídica, diferente a las fusionadas.

Una adquisición consiste en la compra de una persona jurídica por otra, la cual desaparece, pasando a formar parte de la adquirente.

La ley es clara también al señalar actos que al no ser jurídicos producen efectos de concentración, como la simple administración a través de actos ejecutados por un administrador designado previamente que a su voluntad controla las decisiones en conjunto de los operadores agrupados. Además que se deja abierta la posibilidad en el literal e), a otros actos de hecho o de derecho que otorguen la transferencia de activos a otro operador, grupo económico o persona o la facultad de inmiscuirse de forma determinante a cualquier sujeto en las adopciones de un operador económico, de tal manera que sus pretensiones sean las mismas como unidad producto efectivamente de una concentración o agrupación económica. A más de señalar posibles actos u operaciones de concentración, la ley en el artículo 16 elimina la posibilidad de algunos que no constituyen por su poca influencia en el mercado relevante, ciertamente las acciones que no dan derecho a voto, es decir las acciones preferidas que poseen derechos económicos y no políticos, y la adquisición de empresas liquidadas y las que no hayan realizado operaciones económicas o de cumplimiento de su objeto social en los últimos tres años, su razón es la de la imposibilidad de toma de decisiones y la poca relevancia de una adquisición que no va crear o reforzar el poder de mercado. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, Ecuador, 2011, Artículos 14, 16)

La mayoría de legislaciones de competencia en el mundo tienen dentro de su articulado un procedimiento de notificación de carácter preventivo, el que ayuda a determinar por medio del análisis de la concentración por parte de la autoridad de competencia, los posibles efectos negativos en este ámbito que podrían suscitarse en el caso de que llegase la concentración a efectuarse mediante su consumación, en el caso ecuatoriano, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado como ente ejecutante y regulador de las políticas de competencia, según el artículo 15 de la Ley en esta materia, su estudio se basa en determinar la creación, modificación o reforzamiento del poder de mercado en una concentración, siempre que este sea significativa para el mercado relevante donde opera, pudiendo denegar la operación o impedir mediante medidas que se produzca. Cuando la concentración sin previa notificación se produce la Superintendencia podrá ordenar que el operador termine con el control que ejerce sobre otro u otros operadores, o a su vez medidas de desconcentración. Sin perjuicio de las sanciones que incurran de conformidad con el artículo 78 y 79 de la Ley. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, Ecuador, 2011, Artículos 15, 78-79)

No obstante no todas las concentraciones según la Ley referida deben pasar por este filtro, necesitando de autorización previa. Únicamente las que incrementen en una medida significativa su volumen de ventas según la Junta de Regulación perteneciente a la Superintendencia, y en el caso del aumento del control en el mercado relevante ya sea mercado producto o mercado geográfico, en un porcentaje igual o mayor al 30%.

En cuanto al procedimiento hace referencia la Ley, el tiempo en el cual deberán presentar tal notificación a la Superintendencia es de 8 días plazo, contados desde la fecha de efectuada la concentración por medio de un acto jurídico, la notificación para la verificación y estudio de la autoridad de competencia será presentada por el absorbente en el caso de una fusión o de quien pretenda mantener el control de la concentración.

Finalmente la Superintendencia en un término de 60 días, pudiendo prorrogarse por 60 más si el caso lo amerita, resolverá autorizar la concentración, denegarla, o fijar condiciones de obligatorio cumplimiento por parte de los operadores analizados, subordinando el acto a su criterio. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Ecuador, 2011, Artículos 15, 16, 21).

La legislación comparada como se había señalado contiene esta medida preventiva de notificar a la autoridad de competencia para el análisis de las concentraciones, al respecto (Dromi, 1999, p. 116) refiere:

Ahora bien, estas operaciones, habituales en el comercio, no son por sí mismas censurables. Por ello, se las somete a un control previo y, en su caso a un proceso de autorización en el que se verifica si de su ejecución no resulta una afectación a la competencia.

Se trataría de una acción preventiva de defensa de la competencia. Es decir que más que un efecto disuasor y sancionador, en este caso el propósito es preventivo.

Por último es trascendente hacer referencia al concepto de ayudas públicas, ya que forman parte del Derecho de la competencia, las ayudas públicas son en sí concesiones o subvenciones de exclusión, dirigidas hacia un operador económico por motivos de interés público.

3.2.4 Competencia Desleal

La competencia Desleal no es un ilícito anticompetitivo y es diferente al de Defensa de la competencia. Solo cuando el acto de competencia desleal llega hasta los umbrales de la afectación al interés público se produce un ilícito desleal agravado, dándose una afectación o posible afectación de intereses públicos y privados conceptualmente derivados del modelo social, entonces cuando los actos de Competencia desleal afectan intereses públicos el

Derecho de la competencia y la autoridad administrativa de competencia son los que deben actuar.

Según Patricia Márquez Lobillo en su artículo Falseamiento de la Libre competencia por actos desleales dentro de la obra Estudios de Derecho de la competencia, los actos desleales para que sean agravados generan:

El acto de competencia desleal debe provocar además, una grave distorsión del mercado, en el sentido de que ha de tener la entidad suficiente para causar una grave perturbación de los mecanismos reguladores del mismo, sea porque el acto supone una grave restricción de la competencia, alterando la estructura del mercado, sea porque afecta negativamente a la eficiencia en el funcionamiento del mercado, o sea porque concurren ambas circunstancias al mismo tiempo.

(Font, Pino, 2005, pp. 223,224)

Se concluye y complementa que en España cuando las actuaciones desleales afectan intereses públicos, el particular también puede iniciar las acciones de índole garantista y de resarcimiento, abriendo la posibilidad facultativa de iniciar la investigación si no actúa la autoridad administrativa de competencia de oficio. (Alvear, 2012, p.31)

La referida autora Patricia Márquez Lobillo hace mención de las actuaciones complementarias de la Ley de defensa de la competencia española y la de competencia desleal, al respecto nos ilustra:

La realización de una conducta contemplada en el art. 7 LDC, por la entidad de la misma, podrá ser merecedora, como veremos, de un doble reproche: *antitrust*, vía sanciones administrativas (arts. 9,10 y 11 LDC): y desleal, vía declaración del acto de competencia desleal, cesación o prohibición de realización del mismo, remoción de sus efectos, rectificación de la información facilitada y/o resarcimiento de los daños y perjuicios causados (art. 18 LDC).

(Font, Pino, 2005, p. 222)

En el caso de nuestra Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, los actos agravados de competencia desleal son los únicos que se sancionan de acuerdo a la regla del *minimis* del artículo 26 de la Ley, dejando de lado la protección particular también definida en el modelo social de Competencia desleal y que es recogida por las legislaciones europeas como la española, donde existe una ley específica de Competencia desleal que protege preponderantemente intereses privados.

El caso ecuatoriano tiene otro matiz diferente, si bien se incluye dentro del texto de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado una cláusula general prohibitiva, con actos ejemplificativos desleales posibilitando la sanción de otros que afecten gravemente a la competencia, sistema competitivo de mercado o intereses de los consumidores, se crea una desprotección en el ámbito privado de aquellas actuaciones que no lleguen a los umbrales del interés público según la regla de *minimis*.

Coincido con el criterio de que los actos desleales que nacen de la violación de derechos de propiedad intelectual, no poseen un sustento legal claro en la actualidad en el Ecuador, su protección es vaga e ineficaz, por la previa determinación de la Superintendencia de Regulación y Control del Poder del Mercado quien decide vinculantemente si la actuación entra en su competencia o si le corresponde a la autoridad de propiedad intelectual, desprotegiendo totalmente al sujeto pasivo de la infracción de competencia desleal, cuando la propiedad intelectual debe actuar directa e inmediatamente. Además este procedimiento es contradictorio a la normativa comunitaria de la Decisión 486 de la CAN, la que se supone debe ser de cumplimiento irrestricto en los asuntos de competencia desleal que vulneren derechos de propiedad intelectual, y que por el procedimiento existente en el Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado no permite su ejecución, la cual está subsumida a la decisión de la autoridad de competencia.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento, en la práctica desactivan el derecho de protección preventiva de los derechos de particulares frente al acto desleal que nace de la violación de los derechos de propiedad intelectual, al establecer en el artículo 30 un trámite diferente al de medidas preventivas que consta en la Ley de Propiedad Intelectual. (Alvear, 2012, p.98)

Por lo mismo los actos desleales que vulneran derechos de propiedad intelectual tienen una limitada protección, caso contrario a lo que sucede con otras actuaciones desleales que vulneran otro tipo de derechos o que afectan a intereses de particulares que no son regulados en ningún cuerpo normativo en el Ecuador.

Dromi señala acertadamente:

En la competencia desleal, lógicamente lo que primordialmente se tiene en mira es la competencia, pero desde el punto de vista individual en la lucha concreta entre dos o más operadores económicos. Cuando la magnitud de las consecuencias anticompetitivas afectan globalmente al mercado, adquiere preponderancia el interés económico general.

Es decir que la configuración de este ilícito, inicialmente previsto para la protección de los derechos subjetivos individuales, puede hacer aplicables las normas de defensa de la competencia si adquiere proporciones tales que excedan el conflicto entre dos operadores y alcanza al orden público económico. (Dromi, 1999, p. 113)

Es importante citar el artículo 25 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado para conocer su ámbito de regulación.

Art. 25.- Definición.- Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o

a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras.

Para la definición de usos honestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante, cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional.

La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley.

Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos. Se aplicará las sanciones previstas en esta ley, siempre que la práctica no esté tipificada como infracción administrativa con una sanción mayor en otra norma legal, sin perjuicio de otras medidas que se puedan tomar para prevenir o impedir que las prácticas afecten a la competencia.

(Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Ecuador, 2011, Artículo 25)

De lo referido se deben tomar en consideración algunos puntos que deben ser aclarados, en primer lugar el concepto de usos o costumbres honestos, según el artículo de David Echeverría con el aval de la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado, presente en la página web de la Universidad Andina Simón Bolívar, este concepto es y hace mención a lo siguiente:

Son aquellas prácticas en el ejercicio de la actividad comercial, industrial o profesional, que son percibidas y entendidas por el conjunto de los operadores económicos como el comportamiento normal de un competidor basado en los méritos, en sus relaciones con otros operadores y con los consumidores y usuarios.

Se trata de un concepto ligado al principio de buena fe, por ser entendido como aquello que un operador económico realiza o puede realizar, y espera que el resto de sus competidores realice. (Echeverría, 2013).

Como se había nominado los usos y costumbres honestos entran dentro de la esfera de lo comercial y los negocios, realizando actos conducentes a cumplir con el objeto social determinado por el operador o su actividad económica, siempre actuando con la lealtad que la buena fe dota.

Según el artículo 25 antes referido la Ley sanciona la competencia desleal cuando exista un daño potencial a intereses públicos, sin ser necesaria la existencia de conciencia ni voluntad en el acto, la ley lo toma como un cuasidelito civil.

(Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Ecuador, 2011, Artículo 26)

Para darle el entendimiento requerido es imperioso recurrir a la misma legislación ecuatoriana, lo que hay que dejar en claro es que la competencia desleal no es un cuasidelito civil por no estar dentro de esta materia y no ser la que lo regula, sino que el acto de competencia desleal genera el daño producto de un ilícito que requiere ser indemnizado, ese daño crea un cuasidelito, que es una fuente de obligaciones, el cuasidelito según el Código Civil ecuatoriano en su artículo 2184 es cometido sin intención de causar daño pero el hecho aun así es culpable, acotando el concepto el artículo 2214 del mismo cuerpo de ley dice:

“Art.2214 Efectos del hecho ilícito: El que ha cometido un delito o un cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”. (Código Civil, Ecuador, Actualización agosto 2011, Artículo 2214).

La doctrina en materia civil con conexión a estos conceptos es universal y unificada, sobretodo de las legislaciones derivadas del Derecho Civil Francés y el Código Napoleónico, legislación nuestra que constituye parte de esta derivación, aludiendo a ésta convergencia de conceptos:

Cuasidelito.- Acción dañosa para otro, ejecutada por uno sin ánimo de hacer mal, o de la que, siendo ajena, por algún motivo uno debe responder.

Cuasidelito o delito culposo o imprudente es un término legal referente a una acción u omisión no intencional que provoca que provoca un daño a una persona; o sea, es un hecho dañoso realizado con culpa, sin tener una intención maliciosa de cometer un perjuicio a otro. El término “cuasidelito” es más usado en el ámbito del Derecho civil; el “delito culposo o imprudente” lo es dentro del Derecho Penal. (Bustamante, 2012, p. 109)

3.2.4.1 Tipos de actos de Competencia desleal

De acuerdo a los actos de competencia desleal, es propicio y congruente indagar lo necesario en ellos, los más importantes que se encuentran detallados en la ley, para tener el conocimiento suficiente sobre lo que versan y sus características.

3.2.4.1.1 Actos de confusión

Los actos de confusión son desleales por una simple razón, crean ambigüedad o maraña en relación a los productos o servicios que ofertan los operadores económicos dentro de una misma línea de producción, lo cual produce e incita

al error del consumidor intermedio o final, con el objetivo real de buscar por medio de la imitación de características que posee un producto imitado la adquisición por parte del usuario o consumidor final, y así obtener el tan ansiado lucro que las empresas buscan, por lo visto la confusión tiene una relación muy diáfana con otros tipos de actos desleales, la imitación y el engaño. (Velandia, 2008, p. 301) señala al respecto:

El acto de deslealtad por confusión se presenta cuando existe error acerca de la procedencia empresarial de los productos puestos a disposición en el mercado”.

Entonces, la confusión se presenta cuando existe error por acción o por omisión acerca de la procedencia empresarial.

3.2.4.1.2 Actos de engaño

En el acto de engaño el descrédito resulta trascendente para su configuración produciendo un error sobre el producto al consumidor, o una imagen falsa al emplear tal descrédito, por parte de un tercero o terceros, competidores sin duda. (Velandia, 2008, p. 302) acertadamente deduce:

Bajo el engaño se castiga el error sobre el objeto, es decir sobre los productos, sean bienes o servicios. La verdadera afectación del engaño es crear una imagen irreal o inexistente acerca de los productos en un mercado. De tal manera que lo que se pretende es diezmar una marca, causando daño o amenaza a la competitividad de una empresa.

El medio más utilizado por sus efectos dañinos es precisamente la publicidad engañosa, ahora el descrédito no siempre está presente y tampoco resulta necesario para la configuración del acto desleal de engaño. (Velandia, 2011, p. 302):

Sin embargo resulta necesario aclarar que dentro del supuesto fáctico de engaño se puede presentar sin que esté presente el descrédito, como cuando alguien menciona que el producto ajeno se encuentra agotado, sin que esto sea cierto, lo cual no desacredita la marca, pero engaña al mercado.

3.2.4.1.3 Actos de imitación

Los actos de imitación suponen la réplica de algunas de las características presentes en un bien o servicio, en términos comunes imitar es copiar, pero resulta contrario al principio de la imitación en general la prohibición de su realización cuando existe un derecho que protege tales creaciones o invenciones, la Propiedad Intelectual entra a regular las creaciones o invenciones que poseen derechos industriales que se derivan de una patente, explícitamente la prohibición de la reproducción total o parcial. El Derecho de la competencia actúa cuando de la imitación el imitador obtiene una ventaja competitiva, y a su vez tal imitación genera otros caracteres de lo desleal como la confusión y el error derivado de aquella, además del aprovechamiento del beneficio o reputación del otro competidor. Por lo tanto la imitación como tal no resulta ser el ilícito mientras no entre en la esfera de lo desleal (Velandia, 2008, pp. 309-310).

Para la normativa ecuatoriana dentro del artículo 27 numeral 3 de los actos de imitación, el simple hecho de que esta genere la infracción o lesión del derecho de propiedad intelectual basta para considerarlo desleal, por lo que no son indispensables los caracteres de lo desleal mencionados en el párrafo anterior, por lo expuesto la normativa ecuatoriana considera desleal la imitación de la invención protegida por el Derecho de Propiedad Intelectual, por lo que otorga un mayor proteccionismo cumpliendo con lo dispuesto en la propia ley en razón de la prevención.

Caso contrario a lo que sucede con las iniciativas empresariales que necesitan que la imitación genere una confusión a los consumidores en lo que respecta a

la procedencia empresarial o a su vez un aprovechamiento de su reputación, al imitar el texto, eslogan, música, de una iniciativa que pretende entrar en el mercado, o el impedimento de su afirmación en él. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, Ecuador, 2011, Artículo 27 numeral 3)

3.2.4.1.4 Actos de comparación

Sobre los actos de comparación se debe partir del punto que la Ley otorga una prohibición expresa cuando se trata de comparar a la actividad, las prestaciones, los productos, o el establecimiento propio o ajeno y la publicidad comparativa (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Ecuador, 2011, Artículo 27 numeral 5).

La publicidad comparativa resultará de un análisis aparte, entrando en lo que significa comparar a los productos que es una práctica más común, como dijimos su prohibición es total, la ley no hace una diferenciación. Obviamente los consumidores están en su derecho de ser informados acerca de lo que implica el uso de un producto o sus beneficios, sin llegar a una comparación que toma el producto para confundir al propio consumidor, precisamente esta vulneración al consumidor y no sólo a él sino también al operador que ve como un producto ajeno a su línea de fabricación está siendo comparado para obtener una imagen que no le corresponde, siendo su competidor, constituye una práctica desleal; es su razón de ser. (Velandia, 2008, p. 306) apropiadamente acota:

Especial atención debe ponerse sobre la comparación de productos para igualar sus bondades, es decir, donde la comparación emitida no encuentra diferencias entre los productos sino igualdades, pues en este caso es clara la competencia parasitaria que se emprendió para igualarse con la marca reconocida, donde el autor del comportamiento, aprovechando el derecho a la comparación, traspasa lo permitido en la ley, se ahorra costos de posicionamiento a costa de lo recorrido por otro.

La publicidad comparativa es un supuesto desleal aparte, porque la propia ley le entrega una distinción mayor al mencionar distintos criterios de comparación, que en este caso específicamente no debe contener la publicidad comparativa para que constituya deslealtad, la no analogía, la no relevancia y la comprobación son necesarios para esta deslealtad.

De estos criterios la subjetividad prima y su claridad no es la más rígida, María Cristina Guerra en el blog de una reconocida firma de abogados indica con exactitud:

Finalmente, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, dedica un apartado para tratar sobre la Publicidad Comparativa, pero curiosamente lo hace dentro del acápite de las “Prácticas Desleales”. Señala que la comparación es ilícita únicamente cuando se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables, sin embargo, no brinda ningún parámetro en base al cual se determine qué se puede entender como una referencia análoga o relevante, siendo éstos criterios muy subjetivos y que dependen de la naturaleza de lo ofertado. Su determinación probablemente quedará a discrecionalidad de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, sobre la cual tiene injerencia directa el ejecutivo. (Guerra, 2012).

De la subjetividad que recae para la determinación de la publicidad comparativa como un acto de competencia desleal, al existir un vacío de ley limitante, a partir de esta afirmación lo dicho por la autora del artículo toma un matiz substancial, la autoridad de competencia es la encargada de velar por la adecuada determinación y sanción que merecen este tipo de actos, sus criterios priman para la determinación y al ser el ente regulador sus actuaciones resultan ser las más especializadas y confiables.

3.2.4.1.5 Actos de explotación de la reputación ajena

La reputación o fama es a las empresas lo que la honra es a las personas naturales, el quebrantamiento en caso de las personas naturales se deriva en acciones concretas que puede iniciar el ofendido, ya sean estas dentro del ámbito penal cuando se incurre en una injuria, o por medio de la acción civil de daño moral. Pues bien las empresas también cuentan con el nombre y el prestigio ganados en el mercado a través de su largo camino, que es traducido en años de producción de un determinado bien o servicio.

En consecuencia resulta provechoso utilizar la fama, reputación o prestigio ganados por parte de una empresa, el objetivo es sencillo, obtener beneficios consecuentes de la reputación de mi competidor sin realizar un mayor esfuerzo, generando un lucro que no me pertenece a expensas del trabajo de años realizado por una unidad económica de producción.

Para Velandía la explotación de la reputación ajena causa enriquecimiento sin causa justa, además de otros actos desleales presentes en la propia ley, la confusión, la desviación de clientela, etc. Además una circunstancia substancial para que se cometa e incurra dentro de lo desleal es la necesidad de una reputación real, es decir que exista y que haya reconocimiento por parte de los consumidores para que haya un aprovechamiento de ella y genere un perjuicio. (Velandía, 2008, p. 311)

3.2.4.1.6 Actos desleales por violación de secretos empresariales

Para entender este tipo de acto desleal se debe partir de la premisa de manera general que no toda la información es pública, y por consecuencia y excepción existe información privilegiada o reservada debido a la importancia que acarrea, esta información resulta ser privada y su acceso es sólo por medio de una autorización de su propietario, además de poseer esa importancia efectiva o potencial que impida su divulgación dentro de la materia comercial y empresarial, incluyendo un cierto amparo y conservación otorgado por el titular

mediante cualquier tipo de medidas que protejan tal información o secreto, para que entre precisamente dentro de la otorgada por la propia ley ecuatoriana. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Ecuador, 2011, Artículo 27 numeral 7)

Velandia cita un ejemplo de lo que no constituye información reservada para una mejor comprensión:

Si la órbita de control del supuesto titular la información no puede ser calificada como reservada y resulta ser pública, ya que no está bajo el control del que alega titularidad.

Un ejemplo es la lista de clientes de una compañía. Si la lista contiene tan solo direcciones y teléfonos que reposan en el directorio telefónico, resulta inconducente alegar reserva sobre ella. (Velandia, 2008, p. 313).

La ley ecuatoriana clarifica dos tipos de actos desleales por divulgación de secretos, en el primer tipo lo que se sanciona es la divulgación o explotación haciendo su uso de la información o el secreto del que tenía el deber de guardarlo, cuando su acceso haya sido legal o ilegal, la legalidad se cristaliza cuando el propietario de la información permite el acceso de un tercero, y el que obtuvo autorización simplemente divulgo la información o la explotó, la obtención es ilegal cuando se violentó mediante cualquier forma las medidas de seguridad que tiene la información o el secreto, ya sea de su propietario o del que cuenta con la legalidad para su acceso, cabe mencionar que este último requiere tomar el recaudo debido para mantener protegido al secreto o la información, para no permitir su acceso, si no lo hace puede ser culpable o cómplice.

En el siguiente tipo la ley califica de ilegítimo y desleal a los actos por los que se obtuvo de manera ilegal la información reservada o secreto empresarial, entre los que están: el espionaje, el incumplimiento contractual, el abuso de confianza que también es un delito, la inducción a cometerlos, y la adquisición de un tercero que sabía que la información reservada se obtuvo mediante los

medios antes descritos. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Ecuador, 2011, Artículo 27 numeral 7)

3.2.4.1.7 Actos desleales por inducción a la infracción contractual

En la legislación ecuatoriana existe el precepto del cumplimiento de los contratos que se suscriben, este precepto lo civil lo encontramos dentro del Código que norma esta materia, especialmente en el artículo 1561 que dice lo siguiente:

“Art 1561.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.(Código Civil, Ecuador, Actualización agosto 2011, Artículo 1561).

Por lo tanto las mismas partes pueden darlo por terminado de mutuo consentimiento (Rescisión), si lo hace una de ellas sino se encuentra determinada un método consensuado a utilizarse (Resolución), legalmente expreso en el contrato debe asumir los respectivos efectos legales que tal terminación puede acarrear, inclusive indemnizaciones, las que se generan por tal rompimiento o el afrontamiento de acciones legales que la parte infractora debe afrontar, por ejemplo la que contiene una cláusula penal que es netamente contractual.

Pero dentro de la materia de competencia y sobretodo de las prácticas desleales existen intereses de terceros no vinculantes que no constituyen parte dentro de los contratos, estos intereses van dirigidos a la inducción del término del vínculo contractual, para que el operador económico sufra un quebrantamiento comercial y aprovecharse del mismo, es decir la trasgresión sufrida por la inducción a la infracción contractual es un punto esencial en la práctica. Esa trasgresión se fundamenta con actos conducentes que la provocan, algunos son señalados dentro de la Ley de competencia ecuatoriana como: El engaño, la difusión o explotación de un secreto comercial conocido

mediante la infracción contractual o el extremo la eliminación de un competidor, estas son solamente referenciales de otras a las que la Ley abre la posibilidad. Por ejemplo para lograr el quebrantamiento empresarial que desboque en la eliminación de la empresa, el tercero interesado podría inducir a la terminación de contratos laborales con los trabajadores de la empresa como sujeto pasivo de la infracción, o la terminación de un contrato con un proveedor de materia prima para la elaboración de su producto final, ejemplos que transmiten deslealtad comercial y gran afectación.(Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Ecuador, 2011, Artículo 27 numeral 8).

3.2.4.1.8 Violación de normas

La violación de normas para aquel que las incumple produce un efecto económico beneficioso, en relación a los costos que produce el acatamiento de la ley, y por lo tanto una ventaja competitiva en relación a otros operadores económicos que se encuentran funcionando en un mismo mercado. Entonces la deslealtad radica en tal ventaja competitiva que se produjo por la violación a la ley, no en sí por un daño real o directo al operador económico, sino que sus efectos son cíclicos en el tiempo, Velandia ante lo pronunciado deduce:

Para la procedencia de este supuesto fáctico se requiere que como consecuencia de la vulneración al ordenamiento especial se obtenga una **ventaja competitiva significativa** (daño indirecto). Esa ventaja competitiva significativa debe ser de una dimensión importante, que permita al infractor ser más competitivo o amenazar la competitividad de otros. (Velandia, 2008, p. 307)

Lo dicho es congruente con lo expreso en la Ley, que concuerda en que la ventaja competitiva debe ser significativa, pero ¿Cómo se logra probar tal ventaja?, ya que la misma debe hacerse para que se comprenda como desleal, Velandia apunta dando solución a la referida pregunta:

Dicho ingrediente resulta ser muy subjetivo, pero no por ello no demostrable. Para tal efecto debe adelantarse una valoración en un horizonte de tiempo que permita observar la consecuencia de la realización del ilícito sobre la competencia; por tanto, no sería requerida la demostración del daño efectivo, pero sí la demostración del impacto de la conducta en caso de permitirse su continuidad. (Velandia, 2008, p. 307)

La ventaja significativa puede deducirse en un hecho común que puede suscitarse por el incumplimiento de una ley que asuma un costo, ese costo es el aumento de precios que puede reflejarse en una pérdida de utilidades y pérdida de potenciales consumidores o de los ya consolidados. (Velandia, 2008, p. 307)

Como sabemos ese cumplimiento de la ley requiere la utilización de recursos por ejemplo para el pago de permisos, impuestos, seguridad social, etc., de lo cual la ventaja competitiva es clara para el competidor que no lo hace.

Un último punto a tratar es el de la ventaja competitiva que un competidor pueda alcanzar por el abuso de procesos judiciales o administrativos, nadie niega el derecho de accionar por parte de quien piensa estar perjudicado, pero esta afirmación es vaga y subjetiva. Aunque podría darse un caso en el que cualquier empresa con el fin de sacar del mercado a su competidor utilice a los órganos jurisdiccionales para debilitar a su contrincante en el mercado, pero tal abuso puede ser perjudicial para la propia compañía abusadora, que necesita de recursos además del desgaste, pudiendo ser ella posteriormente la accionada, por no contar con los suficientes elementos fácticos y de derecho para demostrar lo dicho en el libelo de la pretensión. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Ecuador, 2011, Artículo 27 numeral 9)

CAPÍTULO IV

4. Determinación de los Derechos Individuales y Colectivos dentro de la normativa ecuatoriana

4.1 Marco Introductorio, nociones básicas

Este capítulo versa en una estipulación e identificación de derechos constitucionales económicos, tanto individuales y colectivos que pueden verse afectados con el cometimiento de una práctica anticompetitiva o desleal agravada, ilícitos tipificados dentro de la norma que regula a la competencia y particularmente al mercado ecuatoriano (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado), por lo tanto la ley se constituye en parte trascendental para el análisis y la citada estipulación e identificación de perjuicios.

En lo que respecta específicamente a la normativa ecuatoriana de competencia, que es la base para la determinación de los derechos constitucionales económicos individuales y colectivos que pueden verse vulnerados, se necesita de una afectación a intereses públicos, entre los que están el correcto funcionamiento del mercado y el modelo económico, que se basa en la libre competencia o que la promueve como en nuestro país, además de intereses colectivos de los consumidores y bienes jurídicos como el interés económico general.

4.2 Derechos Constitucionales

Resulta ser diáfana la jerarquía de la Constitución frente a otras normas de derecho público y privado, su aplicación es por consecuencia directa e irrestricta por la connotación jurídica y social que conlleva, por lo mismo, los derechos que están dentro de la Constitución de la República adquieren un carácter predominante sobre el resto, ya que no todos los derechos obtienen tal jerarquía constitucional por la necesidad de su protección y reconocimiento.

La Constitución tiene supremacía total en relación a las demás normas, incluso a los Tratados e Instrumentos Internacionales suscritos por el Ecuador y ratificados por el poder Legislativo, sólo equiparándose los de Derechos Humanos, la norma constitucional que desprende tal “Jerarquización de normas” se encuentra en los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República. En referencia a lo manifestado (Arévalo, 1997, p. 55) tenemos que:

Las normas constitucionales son las de mayor jerarquía y a ellas deben ajustarse todas las demás. Esta clase de normas regulan la organización del Estado, las funciones y atribuciones de los poderes públicos y los derechos fundamentales de los seres humanos frente al poder estatal.

Con la consagración de los Derechos de libre empresa, propiedad, consumidor entre otros a nivel constitucional, se genera riqueza y ayudan a mantener la economía de un país, el dinamismo económico, además del bienestar general, por lo tanto el Derecho de corrección económica a través del de la competencia evita las distorsiones en el mercado y busca la corrección del tráfico económico para la promoción de la libre competencia y la libre empresa.

Antes de entrar a la determinación e identificación de los derechos constitucionales económicos que pueden verse afectados por el cometimiento de una práctica anticompetitiva o desleal agravada, es vital para los fines y objetivos que perseguimos, contar en primer término con la definición de lo que es un derecho individual y colectivo. Pues bien una diferenciación clara consiste en que toda persona por su calidad de ser humano, en concordancia con el mandato de la ley adquiere sus derechos individuales, y su tutela y garantismo son deber primordial del Estado, el derecho colectivo es otorgado por el mismo Estado a una comunidad o conglomerado en específico, ya que son derechos concedidos por la calidad de pueblo, organización o comunidad, por ejemplo los derechos de los consumidores, es decir hacia un segmento diferenciado de la población que necesita de una tutela específica.

Para la determinación mencionada dentro del presente párrafo, se tomará en consideración la descripción de los derechos constitucionales económicos individuales y colectivos descritos en la Constitución de acuerdo a su numeración.

4.2.1 Derecho a alimentos sanos; soberanía alimentaria

Se encuentra recogido dentro de la norma constitucional en el artículo 13, su relación con los derechos constitucionales económicos de los consumidores es estrecha, ya que los alimentos son de consumo masivo al ser necesarios para la supervivencia humana. Precisamente en este artículo la Constitución garantiza el derecho de las personas al acceso seguro y permanente de alimentos sanos y nutritivos, cometido que se trata de implementar con la vigencia de la Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria para su promoción, al respecto se ilustra:

Artículo 1. Finalidad.- Esta Ley tiene por objeto establecer los mecanismos mediante los cuales el Estado cumpla con su obligación y objetivo estratégico de garantizar a las personas, comunidades y pueblos la autosuficiencia de alimentos sanos, nutritivos y culturalmente apropiados de forma permanente.

(Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria, Ecuador, 2009, Art. 1)

Sobre la Soberanía alimentaria se puntualiza:

En la concepción de la soberanía alimentaria de la Constitución del Ecuador, bajo el modelo económico predominante, incluye el factor de autodeterminación, que supone la posibilidad de que el país defina sus estrategias y políticas de producción , distribución y consumo de alimentos, priorizando la producción local como factor fundamental del abastecimiento de alimentos, una distribución directa que rompa con la

intermediación y explotación y un consumo de alimentos correspondientes a la cultura e identidad nacional.

De acuerdo a lo expuesto se observa que la soberanía alimentaria concebida por la sociedad ecuatoriana es en esencia la Seguridad Alimentaria con sus pilares fundamentales: Disponibilidad, Acceso y Uso de los alimentos; y, su eje transversal la estabilidad, poniendo énfasis en diversas características de cada uno de estos conceptos.

El acceso a los alimentos sanos e inocuos y de manera permanente, es la dimensión que hace la diferencia entre seguridad y soberanía, en el sentido que el acceso a los alimentos se concibe como un derecho. Adicionalmente, en concordancia con la siguiente dimensión referida a disponibilidad

(siise, s.f.)

El derecho al acceso seguro para el consumo de alimentos sanos se puede ver trasgredido por el cometimiento de una práctica anticompetitiva o desleal agravada, su vulneración está más apegada al abuso de posición dominante cuando se reduce la calidad del producto, por una consecuencia lógica y común de los operadores económicos que abusan de su posición dominante en el mercado.

4.2.3 Derecho a la salud

El artículo 32 de la Constitución de la República garantiza el derecho a la salud, cabe decir que la salud como tal es política de Estado, equiparándose con el derecho a la educación por ejemplo. Lo cierto es que en el texto de la *“Norma Suprema”* se relaciona al derecho de la salud con el ejercicio de otros como el derecho al agua, la alimentación, el trabajo, etc. (Constitución de la República, Ecuador, 2008)

La salud según Juan Miguel Echaide y Rafael Lara es:

Por salud entendemos tanto la ausencia de enfermedad- alteración fisiológica o psíquica de carácter patológico- como el mantenimiento de la integridad física y psíquica. La salud así entendida, posibilita el normal funcionamiento de la persona como tal y su participación en la vida social.

(Echaide, Lara, 2006, p. 56)

La salud como todos sabemos es indispensable para el desempeño óptimo del ser humano, tanto físico como mental, y su tutela y garantismo es parte de la mayoría de Instituciones de Derecho Internacional y Estados alrededor del mundo. Sin embargo el alcance de la protección del Estado al derecho la salud tiene límites:

El Estado no puede garantizar la buena salud ni brindar la protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano, el derecho debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. Para lograr esto el Estado, debe desarrollar un sistema de protección a la salud que brinde a las personas la igualdad de oportunidades para su disfrute.

(Pérez, 210, p. 15)

De lo referido se puede deducir que el Estado debe otorgar las condiciones necesarias para que su población esté sana, esto incluye el acceso a medicinas, ambiente y alimentos sanos, servicios públicos, etc.

Así que este derecho puede verse fácilmente vulnerado o limitado por el cometimiento de una práctica anticompetitiva, sobretodo en referencia al acceso de medicamentos como producto destinado al consumo final, para que efectivamente ese consumidor con la adquisición de ese medicamento pueda lograr restablecer su salud o mantenerla, he ahí la importancia.

Prácticas como los acuerdos concertados de control de la distribución, de repartición de mercados y zonas geográficas a más de vulnerar la competencia impiden el acceso del que vive en esa zona geográfica a los fármacos que son producidos por operadores económicos.

Otras prácticas que vulneran el derecho a la salud por el impedimento de la adquisición de fármacos o medicamentos son: Los acuerdos concertados de precios y sobretodo el abuso de posición dominante, específicamente cuando está dirigida a la fijación de precios excesivos que no permiten o limita el acceso de los mismos, además del abuso de los derechos de propiedad intelectual relacionado con las patentes, ya que no permiten la elaboración de medicamentos genéricos que tienen costos más accesibles.

4.2.4 Derecho al Trabajo

Los cuerpos normativos a nivel mundial tratan de proteger con más rigurosidad al derecho al trabajo, prácticamente este derecho es pilar fundamental de la sociedad y esencial para el mantenimiento económico de una nación, por lo que también es un deber social como lo identifica la Constitución ecuatoriana. Lo cierto es que el trabajo es básico para el sostenimiento personal y familiar, los seres humanos necesitan trabajar para obtener recursos y satisfacer necesidades, por lo tanto las normas tienen una dedicación especial hacia aquella protección de la que hablamos, desde la Constitución como norma primordial y jerárquica, hasta los instrumentos de derechos humanos reconocen el derecho al trabajo y buscan garantizar y proteger su ejercicio. (Constitución de la República, Ecuador, 2008)

El derecho al trabajo puede efectivamente ser trasgredido, limitado y afectado cuando una conducta anticompetitiva es concretada, cuando esta trasgresión es dirigida hacia la competencia del operador económico para expulsarlo del mercado y que deje de ser parte de él.

En principio los acuerdos restrictivos de la competencia de manera general pueden tener la pretensión de la eliminación de un competidor sea este persona natural o jurídica (empresa), si se llega a efectivizar tal eliminación del mercado las empresas optarán por dejar de contar con la prestación de servicios lícitos y personales de los trabajadores que los prestan, porque simplemente no pueden seguir produciendo, en este caso el derecho al trabajo se ve afectado totalmente.

Esencialmente los acuerdos restrictivos sobre repartición y restricción de fuentes de abastecimiento y los de restricción de desarrollo tecnológico pueden lograr este cometido, los operadores económicos para su subsistencia necesitan de materia prima para producir y vender, sin esta su estancia en el mercado sería de corto tiempo, lo que nos lleva a la liquidación de trabajadores. En el caso de la restricción de desarrollo tecnológico, tal tecnología ayuda a la reducción de costos de producción, sin aquella probablemente no se podría seguir con el número de trabajadores de planta pudiendo llegar a la terminación laboral anticipada.

Las barreras de entrada y el Boicot dirigido a limitar el acceso al mercado de competidores, en cuanto al impedimento de nuevos incentivos productivos el derecho más afectado sería el de la libertad de empresa, y no el derecho al trabajo como tal, ya que no existe plenamente una relación laboral establecida, las empresas aún no entran a la vida jurídica y por lo tanto no puede haber contratación laboral. Pero cuando esta práctica se realiza contra un competidor que está participando (compitiendo) en el mercado relevante correspondiente y como fruto de la misma sale del mercado, los afectados también son los trabajadores y empleados de ese operador económico, pero no solo ellos, pues debemos entender que la afectación se extiende a toda la cadena, producción, distribución y comercialización de los bienes y servicios que dejaron de estar presente en el mercado por haber sido expulsados ilegalmente por el o los competidores que usaron dichas prácticas anticompetitivas de carácter exclusorios.

Por último, un acto desleal se constituye en agravado, por la inducción a la infracción contractual, la que puede ser muy dañina para la tutela del derecho al trabajo. La búsqueda de un quebrantamiento comercial del competidor mediante la inducción a la terminación de contratos laborales, por parte de un tercero ajeno a la relación contractual con los trabajadores, puede ocasionar mucha afectación, sin fuerza productiva la empresa quedaría muy vulnerable, aparte de la seria limitación a los derechos laborales de los trabajadores que se quedaron obviamente sin relación laboral con la empresa inducida, un caso similar de acto desleal que puede ser agravado, es el de la violación de normas para la obtención de una ventaja competitiva, pudiendo ser la norma violada algún derecho del trabajador previamente establecido por el Código del Trabajo.

4.2.5 Derechos de los consumidores (Elección, información y calidad de bienes y servicios)

El Derecho de la competencia, tiene entre sus objetivos lograr el bienestar de los operadores económicos y consumidores que participan en el mercado. Los consumidores son parte de las transacciones comerciales de adquisición de productos que dinamizan el mercado, mediante la circulación libre de bienes y servicios, pilar del modelo económico. La afirmación de la existencia de una normativa de protección al consumidor, no le quita peso jurídico y responsabilidad social para la actuación del Derecho de la competencia, en su papel de protector general de los derechos de los participantes del mercado, por medio del control y vigilancia de la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado, actuación que no afecta la independencia de la norma de defensa del consumidor al ser de carácter individual. Como se había referido antes el Derecho de la competencia se activa cuando existe una afectación al bienestar general de los consumidores, un hecho no justifica la intervención del Estado, caso contrario a la activación del de Defensa del consumidor, que tiene como fin otorgar tutela al consumidor y a sus derechos cuando existe una trasgresión individual.

La tutela de los Derechos del consumidor es solo uno de los fines que persigue en Derecho de la competencia, Cabanellas en relación a la protección de los derechos del consumidor como uno de los variados objetivos del Derecho de la competencia señala:

Desde el punto de vista de la aplicación del Derecho de la competencia, es reiterada la utilización explícita de metas de política económica y social que van más allá de la mera defensa del consumidor.

La utilización de la tutela de los consumidores como objetivo del Derecho de la competencia es una metodología correcta, en tanto no se pretenda con ello excluir a otras metas que también han orientado a esa rama jurídica.

El Derecho de la competencia está dirigido a proteger un cierto modelo de comportamiento económico, y ese modelo tiene metas que van significativamente más allá de la mera protección de los consumidores. Ignorar esta amplitud de metas lleva a desconocer el origen y el propósito de estas normas.

(Cabanellas, 2005, p.68)

En la Constitución de la República existe un apartado que versa sobre la protección y goce de los derechos de los consumidores. Visiblemente el consumo es una acción que puede darse de manera individual y colectiva al mismo tiempo, que confluye en la satisfacción de necesidades previo a un acto jurídico, que es la compra y venta de bienes y servicios. Los derechos de los consumidores son colectivos eminentemente, porque su reconocimiento está direccionado hacia un conglomerado o grupo de personas, los consumidores precisamente.

El Derecho del Consumidor como rama de la ciencia jurídica, es aplicado en la mayoría de legislaciones sin importar su sistema jurídico, como soporte protector de los derechos colectivos como se trató anteriormente. El Ecuador no es la excepción, por lo que se encuentra en vigencia la denominada "Ley

Orgánica de Defensa del Consumidor”, que rige las relaciones de consumo, la protección de derechos, los órganos de control, los procedimientos establecidos por la Ley para ejercer una acción en este sentido y la reparación e indemnización por los perjuicios ocasionados.

A pesar de existir una Ley en el Ecuador que trata todo lo relacionado con el consumo, algunos de los derechos debido a su magnitud y consideración además de una posible mayor vulnerabilidad son elevados a jerarquía constitucional, específicamente los del artículo 52 de la Constitución de la República, que reconoce: La libertad de elección de bienes y servicios, óptima calidad e información veraz sobre su contenido y propiedades, artículo que se complementa con el numeral 25 del artículo 66, el que hace de igual manera mención a la calidad que deben tener los bienes y servicios, tanto públicos como privados. Además de buen trato, eficiencia y eficacia en los servicios prestados e información cierta de lo que se ofrece.

Dentro de un mercado las fuerzas competitivas que en sí constituyen empresas u operadores económicos, que tienen a su haber procesos productivos para la elaboración de bienes o ideas e innovaciones para prestar servicios en general, buscan la eficiencia con miras a una mejor utilidad, porque en sí el mercado requiere de un mejoramiento de calidad y precio para que los operadores económicos puedan atraer cada vez más a los consumidores.

Por lo tanto quienes ofertan bienes y servicios, realmente deben hacer que los mismos sean competitivos y atractivos para el consumidor si esperan subsistir, pero no siempre ocurre que los operadores económicos en el mercado logren ser competitivos, precisamente por diversas circunstancias previstas por el ofertante y más aún con su decisión premeditada de cometer prácticas anticompetitivas o desleales para su permanencia total y ejercer el control que le permita obtener utilidades desmesuradas e ilegítimas.

Complementando lo afirmado, el Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en su artículo 3, adjudica una certeza en lo correspondiente al

requisito para la denominación de óptima calidad que deben tener los productos ofertados, en concordancia y razón a los derechos que se encuentran en el numeral 2 del artículo 4.

Art. 3.- Bienes y servicios de óptima calidad.-

Para la aplicación de los numerales 2 y 3 del Art. 4 de la ley, se entenderá por bienes y servicios de óptima calidad aquellos que cumplan con las normas de calidad establecidas por el INEN o por el organismo público competente o, en su defecto, por las normas mínimas de calidad internacionales. A falta de las normas indicadas, el bien o servicio deberá cumplir con el objeto para el cual fue fabricado u ofertado. (Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Ecuador, 2000, Artículo 3, 4 numeral 2)

El texto de la Constitución de la República en el artículo 52 fehacientemente deja en claro el Derecho que tienen los consumidores a una información veraz acerca de las propiedades y características del bien o servicio que se está ofertando, lo cierto y oportuno es que de forma indiscutible un consumidor tiene que saber lo que está adquiriendo para después consumirlo, o a su vez debe estar informado acerca del servicio que se le ofrece para su satisfacción. En virtud la información debe ser clara y sobretodo cierta, y el desconocimiento producido por la falta de información o por ser falsa, podría incluso acarrear la violación y el quebrantamiento a otro derecho presente en este mismo cuerpo normativo y que ya se lo trató oportunamente, el Derecho a la seguridad de lo que se está consumiendo, pero con más ahínco el Derecho a la salud y a la vida como bienes jurídicos reconocidos ampliamente no sólo por esta Constitución de derechos y justicia, sino por instrumentos de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos. (Constitución de la República, Ecuador, 2008, Artículo 52)

La información debe ser la suficiente para que el consumidor pueda tomar una decisión y deliberación ajustada a lo que requiere dentro de la etapa

precontractual, y su relación debe guardar conformidad con lo señalado dentro de la etiqueta, envase, envoltura del producto. (Cevallos, 2001, p. 145)

A más de lo señalado, Cevallos de acuerdo a lo señalado replica: (Cevallos, 2001, p. 145)

La información debe ser proporcionada a los consumidores y usuarios libre de errores o defectos, esto es en forma veraz, clara, oportuna y completa de suerte que los consumidores para efectuar la labor intelectual de comparación y selección lo hagan en forma crítica en primera instancia en la época precontractual y contractual, con datos suficientes sobre los precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes, y en las etapas post contractuales mediante folletos sobre la forma de utilización de los productos, incluyendo los riesgos que pudieren prestar.

La misma Ley Orgánica de Defensa del Consumidor para efectivizar la protección del Derecho constitucional de información precisa los de bienes y servicios ofertados, obliga al fabricante u ofertante de bienes y servicios, a cumplir con los requisitos de información necesarios para que el consumidor pueda elegir con el conocimiento fundamental, particularmente en los artículos 9 acerca de los precios, peso y medidas del producto, en el artículo 11 en lo referente a las garantías de productos que tienen un funcionamiento eléctrico mecánico con permanencia en el tiempo y que pueden venir con fallas de fabricación, con la indicación precisa de cómo cubre tal garantía al producto y la forma para hacerla efectiva, y por último el artículo 14 con el detalle informativo preciso que debe tener cada bien en oferta. (Cevallos, 2001, pp. 147,148) (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Ecuador, 2000, Artículos 9, 11, 14)

A más de lo citado reconoce que la Ley materia de consumo debe establecer formas de control de calidad, procedimientos que pueden ser adoptados por los

consumidores en defensa de sus derechos y sanciones. (Constitución de la República, Ecuador, 2008, Artículo 52)

En cuanto a los derechos constitucionales señalados en este artículo, en primer lugar sobre la elección, las prácticas anticompetitivas podrían resultar muy perjudiciales para estos derechos. En primera instancia los acuerdos restrictivos a la libre competencia, entre los que están los de comercialización y los de repartición de mercados y zonas geográficas, por el discrimen a consumidores; por ejemplo por el difícil acceso donde se encuentran en el primer caso y la reducción de la oferta en el segundo, que al efectivizarse no habrá la suficiente para una elección sin ataduras del consumidor.

Siguiendo con los acuerdos, los de repartición y restricción de fuentes de abastecimiento que impiden el ingreso de nuevas empresas que querían formar parte del mercado, y que lógicamente sin el acceso a materia prima que resulta necesaria deciden no intervenir, por lo tanto el consumidor se ve negado a mayor gama de variedad para su elección.

La restricción de desarrollo tecnológico caso contrario no permite la elaboración de productos de calidad, o de calidad óptima tal como menciona la Constitución, por lo tanto se vulnera tal derecho.

Concluyendo, el acuerdo de ventas atadas y condicionadas crea una falsa imagen de lo que constituye el producto adquirido, tal como sus características y propiedades. Con estos acuerdos los operadores económicos utilizan a la venta atada como mecanismo para la adquisición de productos que no encuentran ser tan atractivos en el mercado, y que son producidos por ellos mismos, es una especie de venta forzada, el consumidor se ve prácticamente obligado a comprar un producto superfluo para satisfacer una necesidad intrínseca del otro producto que forma parte de la oferta.

Por lo tanto la libertad de elección se ve limitada, ya que el consumidor se ve obligado a comprar un producto que no desea en realidad, aparte de la

información falaz e ilusoria de una venta atada sobre el contenido de lo que ofertan al consumidor final.

No sólo los acuerdos anticompetitivos son prácticas que afectan los derechos consistentes en el artículo 52, el abuso de posición dominante genera también un atentado a los derechos consagrados de este artículo. Aquel concibe y forja un espectro de actuación sin limitación alguna, de un grado de dependencia que otros sujetos económicos (consumidores, competidores) podrían controlar. La eliminación de dependencia en el mercado puede desbocar en el control de la distribución de productos, pudiendo rechazar, marginar y discriminar a un sector de consumo, por ejemplo que no cuente con gran cantidad de demanda al existir poca población.

Haciendo mención, al finalizar los actos de competencia desleal de comparación pueden ser agravados cuando confunden al consumidor final en gran medida, y su deliberación puede verse influenciada erróneamente limitando y falseando su libertad de elección, asimismo vulnerando su derecho a una información real y oportuna, estos actos pueden constituirse en agravados dependiendo de la magnitud de sus efectos, criterio sujeto a la decisión de la Autoridad de Competencia.

En referencia al Derecho Constitucional de información precisa que deben tener los bienes y servicios ofertados, las prácticas anticompetitivas como los acuerdos de ventas atadas y condicionadas, efectivizan y crean una infracción de éste derecho, por lo ya explicado en ese numeral. Podrían señalarse propiedades y características de funcionamiento con el producto atado sin necesitarlo, por ejemplo, constituyendo esa imagen falaz y falsa además de poco diáfana que impide al consumidor final deliberar y tomar una decisión; en contraposición a lo que protege el derecho señalado en este acápite.

El Estado reconoce en los siguientes artículos la ejecución y la aplicación de métodos eficaces para que el consumidor pueda calificar los servicios prestados dentro del sector público. Incluso la responsabilidad civil de daños y

perjuicios, y penal que puede acarrear una mala prestación del servicio, defectuosa calidad del producto o publicidad engañosa por parte de las personas naturales o instituciones del sector público que comercialicen u ofrezcan bienes y servicios al consumidor final. (Constitución de la República, Ecuador, 2008 Artículo 52, 53).

4.2.6 Derecho de libertad de desarrollo de actividades económicas

Se dice que la libertad es el bien máspreciado que tiene el ser humano, la Constitución de la República avala y legitima los derechos de libertad en un solo capítulo, del que se desprenden derechos que se ejercen de diferente manera.

La libertad de desarrollar actividades económicas tiene su sustento constitucional en el derecho a la libertad de empresa, rango dado por el constituyente en razón de la importancia que la economía tiene en una sociedad, al mismo tiempo el ejercicio de este derecho requiere de otros instrumentos jurídicos normas secundarias para poder ser efectivos, dentro de estos está la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

La libertad de empresa en correlación con la libre competencia, son derechos constitucionales necesarios para garantizar la libre entrada al mercado de nuevos competidores, y así obtener como resultado una competencia efectiva que minimice y evite al máximo las imperfecciones del mercado, como monopolios, acuerdos colusorios, el abuso de poder de mercado y los actos agravados de competencia desleal, todos estas fallas o distorsiones del mercado afectan severamente el interés económico general y el bienestar social.

La conexión, entre la libre empresa o libertad económica con la libre competencia, se plasma con la intervención del Derecho de defensa de la libre competencia, quien actúa como un corrector económico, que busca el normal funcionamiento del mercado y la libre circulación de bienes y servicios, y así

producir un ámbito de libre competencia en igualdad de condiciones, y de esta forma promover y permitir el ejercicio del derecho a la libre empresa sin limitaciones.

Al respecto Morales Alzate refiere:

Hay quienes consideran que la libertad económica tiene un doble contenido: la libertad de empresa y la libertad de competencia.

En cuanto a la libertad de empresa, se encuentra que ella se manifiesta y desdobra, en la libertad de establecerse y en la de ejercer una profesión u oficio.

La libre competencia supone ausencia de obstáculos entre competidores en el ejercicio de una actividad lícita.

(Morales, 2000, pp.98, 99)

Javier Guillén complementa:

En la realidad socio-económica actual, la efectiva libertad de empresa precisa de una intervención del Estado que garantice el libre acceso al mercado de todos aquellos agentes que reuniendo unos requisitos objetivos mínimos pretendan acceder al mismo. De este modo, la libertad de empresa sancionada por nuestra CE es aquella que requiere o se hace posible gracias a una legislación de defensa de la competencia que prohíbe los abusos y las prácticas restrictivas que los sujetos, privados y públicos pueden hacer de esa libertad. La libertad de empresa demanda, por tanto, de una actuación del Estado que restablezca las condiciones de igualdad entre sujetos eminentemente desiguales.

(Guillén, 2005, pp. 57,58)

Por lo tanto la garantía de la libertad de empresa en primer lugar, y el ingreso de nuevos competidores u operadores económicos al mercado, conlleva una

dinámica competitiva en favor de ese interés económico que es el bien jurídico tutelado, esto es lo que se defiende o pretende defender con esta normativa, previniendo la formación de estas prácticas anticompetitivas, eliminándolas en muchos de los casos y sancionándolos en otros, con la finalidad de buscar un entorno competitivo y también el goce de otros derechos como el derecho a la libertad de elección de los consumidores, se concluye sin lugar a duda que mientras más empresas haya en el mercado compitiendo; más variedad de productos y servicios habrá para que el consumidor final pueda escogerlos libremente, pero también como parte de este proceso competitivo, se mejora la calidad, la variedad y el bienestar de los consumidores y usuarios, es decir, se beneficia a la sociedad toda.

Entre las prácticas que mayormente limitan el campo del incentivo productivo, específicamente la libertad de empresa se encuentra los acuerdos restrictivos (carteles) a la libre competencia, por lo tanto los más significativos en este aspecto son:

Los acuerdos restrictivos de repartición de mercados y los acuerdos de exclusividad, los que no permiten implementar el derecho de libertad de empresa y de libertad de desarrollo de actividades económicas que es el derecho tutelado por la Constitución dentro de una zona geográfica o un mercado determinado.

El control de la competencia ejercido hace poco atractivo el deseo de entrar a tales mercados o zonas geográficas a un nuevo competidor. En la repartición de mercados puede suceder el caso donde una porción de delimitación geográfica donde una empresa controla totalmente la competencia, sea cedida aquella que resultaba ser su principal competidora, en contraprestación de que la segunda deje de competir en otra zona geográfica donde es predominante y que la primera tiene presencia.

El acuerdo de exclusividad, cuando es entre una empresa y un distribuidor que lo convierte en exclusivo por la relación comercial o las prestaciones que

recibe, restringe la libertad de empresa y el desarrollo mismo de esa u otras actividades comerciales al no poder contar con una distribución efectiva para un lugar o un producto determinado.

Nuevamente los acuerdos restrictivos sobre repartición y restricción de fuentes de abastecimiento y de restricción de desarrollo tecnológico se constituyen en herramientas auténticas de vulneración a la competencia y a los derechos constitucionales citados y desarrollados en este trabajo. La fundamentación es básica y sencilla, sin materia prima y tecnología como elementos imperiosos e inevitables para producir es poco probable atraer a nuevos operadores económicos y su incursión en ese mercado por lo poco atractivo que resulta.

El acuerdo con mayor directriz suscrito para el impedimento y la restricción de la entrada de nuevos competidores, aquellos que no podrían ejercer sus derechos de libertad de empresa y de desarrollo de actividades económicas, es el de Boicot dirigido a limitar el acceso al mercado o ejercicio de la competencia de empresas.

Por medio de este, hacen que la entrada no sea factible, o como sucede en la mayoría de los casos sea poco llamativa; ocurre cuando en el mercado los oligopolios mandan, quienes al tener un control de mercado ya fijado con una ganancia estable no desean poner en riesgo su permanencia o la disminución de sus utilidades, caso opuesto al del monopolio que posee poder de mercado, quienes no necesitan de un acuerdo, mucho menos de otro operador económico, sus actuaciones son liberales y no supeditadas.

4.2.7 Derecho de Propiedad

Jhon Jairo Morales Alzate sobre la definición de propiedad y Derecho de propiedad establece:

La palabra “propiedad” procede del latín *propietas*, derivada de *propium*, perteneciente a una persona. Es decir la propiedad es una relación persona-cosa.

La propiedad se refiere a un derecho que una persona tiene sobre las cosas, bien sean éstas materiales o inmateriales, mueble o inmueble.

(Morales, 2000, p. 52)

El Derecho de propiedad, es un derecho constitucional económico. Es relativo, y encuentra algunas limitantes para su ejercicio. Morales complementa:

La propiedad privada es un derecho económico y social, el cual toda persona posee y por tal razón ejerce atribuciones tales como uso, goce y disponibilidad con las limitaciones que el legislador le establezca toda vez que su carácter es de ser un derecho relativo y no absoluto, es así como este derecho real encuentra sus limitaciones de índole constitucional tales como: Función social, Función ecológica e Interés general, público o social.

(Morales, 2000, p. 51)

Este Derecho se interrelaciona con otros como la libre empresa, viabiliza su desarrollo, por lo referido se expresa: “La libre empresa tiene su fundamento en la propiedad privada. Ella es la piedra angular de la economía”.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-006 de 18 de enero de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz citado por Morales Alzate (2000, p. 50)

La libertad de empresa consolida el ejercicio del derecho de la propiedad, la creación de una persona jurídica es una expresión del derecho de la propiedad, ya que permite el reconocimiento mediante este derecho de quienes pueden usar, gozar y libre disponer de un bien ante la ley.

Gherzi sobre las personas jurídicas y el respeto a la propiedad acota:

El derecho, además de reconocer a esa persona jurídica, le otorga la facultad de adquirir bienes sobre los cuales le concede un poder de disposición. Al propio tiempo deposita sobre el resto de la comunidad la carga del respeto hacia esa situación jurídica, carga que la persona en cuestión como integrante de la comunidad, también comparte respecto de cada uno de sus miembros en particular.

(Gherzi, 2003, p.29)

Por la interrelación existente entre el Derecho de la propiedad con el de libertad de empresa, la mayoría de prácticas que vulneran este derecho también lo hacen al de la propiedad.

Los actos anticompetitivos vulneran el ejercicio de la libertad de empresa y de la propiedad, al no permitir el ejercicio del desarrollo de actividades económicas y su apropiación en perjuicio de terceros.

CONCLUSIONES

De la lectura de lo desarrollado en este trabajo, se puede concluir sin lugar a duda que es fundamental contar con una Ley de defensa de la competencia como parte estructural de las legislaciones contemporáneas garantistas y proteccionistas de derechos. La significativa trascendencia de la regulación y control del mercado por medio de un instrumento llamado cuerpo normativo no entra en discusión, por lo tanto hoy una nación debe tener una regulación para proteger a la sociedad en su relación dentro del consumo. Y por ello también Ecuador.

Con la aprobación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado en octubre el 2011, se logró indiscutiblemente un gran avance del Derecho Garantista Ecuatoriano, cumpliendo el mandato constitucional acerca del resguardo de los diferentes tipos de derechos reconocidos por la legislación de nuestro país. Lo expuesto es una crítica abierta contra la lentitud del sistema legislativo ecuatoriano, ya que el nacimiento del Derecho de la Competencia tiene sus orígenes a finales del siglo XIX, es decir el Ecuador se tardó más de cien años en implementarlo, situación que hizo de esta irresponsabilidad una suerte de patente de corso por parte de los operadores del mercado para con los consumidores que sufren a diario dichas vulneraciones, pero como hemos visto no solo son los consumidores, sino el propio sistema económico, en donde se encuentran los operadores económicos y el propio Estado.

La mal llamada “Ley Antimonopolio” de acuerdo a varios tratadistas del Derecho Económico y de la competencia es equivocada, a nuestro modo de ver también se constituye en errónea, ya que se ha demostrado fehacientemente que el monopolio no siempre es un fenómeno económico trasgresor con efectos nocivos para el mercado y todos sus agentes, por lo que no resulta ser el término más adecuado. En cuanto a lo que tiene que ver con la denominación ecuatoriana de “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado” si bien es correcta la afirmación de que el poder de mercado puede desbocarse permitiendo a quien ostente abusar y cometer otro

tipo de conductas anticompetitivas igual de lesivas, no es la única, pero por ser la que facultaría al operador económico el cometimiento de otras, puede ser más nociva, logrando que se clarifique una especie de mayor vulneración contra los operadores económicos y los consumidores. Aunque el proceso administrativo sancionatorio tiene la misma especie y el mismo tratamiento con todas las prácticas, el vacío existente se halla en el derecho de acción indemnizatorio de daños y perjuicios por la no presencia de un rango, el que es cimiento y sostén de los objetivos labrados con la ejecución del trabajo investigativo, consiguientemente la reforma a la ley se detallará dentro de lo siguiente.

El estudio presentando, también denota la falta de protección que contiene nuestra Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, en lo referente a los actos de competencia desleal, ya que sólo cuando estos son agravados y llegan hasta los umbrales de la regla del minimis de acuerdo con el artículo 26 de la Ley, son sancionados. Es decir cuando se afecte gravemente a la competencia, sistema competitivo de mercado o intereses de los consumidores; por lo que la protección particular esencia de la competencia desleal en el modelo social es relegada.

Para finalizar, la principal conclusión configurada de acuerdo a lo investigado y plasmado en los cuatro capítulos antes descritos, es la denotación del nivel atentatorio que contienen las prácticas anticompetitivas y las desleales cuando son agravadas para con los derechos constitucionales económicos, la trasgresión y la vulneración fue demostrada, el estudio presenta variantes de afectación en la determinación de los derechos de acuerdo a la práctica, lo que significa que no se puede deducir una escala de importancia de las prácticas detalladas dentro de la Ley.

Por lo tanto con el tratamiento aplicativo de la Ley, en lo que concierne especialmente a la regulación mediante los procesos establecidos para con el ente de control, la Superintendencia de Regulación y Control del Poder del Mercado, se puede establecer un régimen preventivo y sancionador

excluyente, dadas las circunstancias de la lesión de derechos de gran jerarquía y envergadura como los constitucionales, el Derecho de la competencia se vuelve indispensable para mantener un equilibrio no sólo económico sino de protección social.

RECOMENDACIONES

Dejo expresa constancia que a mi criterio, es trascendente para este trabajo en su fundamentación y objetivos la reforma a la Ley vigente actual. Ciertamente el procedimiento administrativo que desprende ésta Ley de competencia ecuatoriana es el establecido en su texto, por lo cual su aplicación tiene el carácter de fatal, ahora bien el vacío existente no está presente dentro del procedimiento investigativo y sancionatorio previsto en la ley, sino en la vía resarcitoria, que si bien consta en la propia ley específicamente en el artículo 71 como un derecho de acción que se desprende de una especie de prejudicialidad, el que no otorga al Juez de lo Civil a posteriori una herramienta eficiente para poder ser utilizada post proceso administrativo. Por lo cual a nuestro entender debe existir un rango indemnizatorio que permita al Juez de lo Civil como titular de su judicatura poder remitirse directamente a La Ley de Regulación y Control del Poder del Mercado y de acuerdo al valor pecuniario del daño condenar en sentencia. Esencialmente en referencia a los procedimientos probatorios empleados por peritos o por cualquier otro medio reconocido por la ley para el cálculo del lucro cesante y daño emergente que se derivan y constituyen los daños y perjuicios, el rango indemnizatorio se desprende del perjuicio por el cometimiento de la práctica o conducta anticompetitiva que es sin duda alguna la razón de la condena, tal como lo menciona la norma. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Ecuador, 2011, Artículo 71)

Para dilucidar el concepto de daño y su relación con la vulneración de derechos constitucionales económicos Ghersi señala:

Señalamos como importante que un daño tradicionalmente resarcible debe ser cierto, personal del accionante y que de él resulte una lesión a un derecho subjetivo.

(Ghersi, 2003,p.41)

Relacionando a los daños y perjuicios como acción resarcitoria conjuntamente con el accionante, deducimos que de acuerdo con el posible daño perteneciente a la acción, se aplica el rango indemnizatorio por parte de un Juez Civil y entra en la esfera del consumidor dándole la facultad de demandar por el perjuicio, ya que se produce daño emergente y no lucro cesante, por lo que el Juez efectivamente debe aplicar el rango para la indemnización en daño emergente. Pero, ¿Por qué daño emergente?, la razón es obvia, el menoscabo patrimonial o disminución del patrimonio efectivo realizado por el operador económico cuando comete una práctica anticompetitiva y/o desleal agravada, siempre y cuando la práctica sea previamente determinada por el ente de control, y su afectación real constituya vulneración al interés económico general o a otros bienes jurídicos, además en el caso de los Derechos constitucionales del consumidor como derechos colectivos en masa, la trasgresión por el cometimiento de una práctica anticompetitiva o desleal agravada produce efectos dañosos en un conglomerado, por ser de efecto expansivo. Innegablemente no existe lucro cesante porque el consumidor no cuenta con un giro de negocio que produzca utilidad esperada, la que dejó de percibir por la realización de una práctica anticompetitiva.

Las relaciones de carácter mercantil tienen efectos generales, y la responsabilidad por estas es colectiva, razón de ser de uno de los objetivos proteccionistas del Derecho de la Competencia, el bienestar del consumidor.

Gherzi señala:

En las relaciones jurídicas de carácter comercial generalmente se ven afectados intereses de la comunidad, en tanto y en cuanto el actuar mercantil siempre tiene mayor proyección para bien o mal sobre la sociedad en general.

Esto nos permite advertir que en las relaciones jurídicas de corte mercantil se ve involucrado en mayor medida el interés social.

(Gherzi, 2003, pp.442,443)

En el caso concreto del daño a un competidor, el rango indemnizatorio puede darse para el cálculo de daños y perjuicios tanto en daño emergente como en lucro cesante dependiendo de los hechos, de lo que afectó el cometimiento de la práctica, por ejemplo al eliminar al competidor totalmente del mercado por un acuerdo o cártel anticompetitivo. Razonablemente tendrá un detrimento en su patrimonio al incurrir en gastos no imputables a él para el cierre total de su establecimiento productivo comercial (liquidaciones de trabajadores, venta de mercadería en remate, etc) lo que le da derecho a demandar daño emergente, y en el caso del lucro cesante las ganancias futuras esperadas frustradas por el hecho ilícito que impiden el crecimiento de su patrimonio de forma esperada son irrefutables. (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 1998, p.35).

Gherzi acota:

El daño ocasionado reduce la capacidad laborativa en sí misma; ello implica, por un lado, dejar de percibir lo necesario para la supervivencia actual, y por otro la posibilidad de dejar de obtener una determinada ganancia o beneficio.

(Guersi, 2003,p.78)

Haciendo un paréntesis, respecto a la Competencia Desleal de acuerdo a lo mencionado anteriormente en el último párrafo de conclusiones, es necesaria su regulación en otro cuerpo normativo, la falta de tutela actual de nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado es evidente, ya que sólo se sancionan los actos de competencia desleal agravados, es decir cuando estos llegan hasta los umbrales de la regla del minimis, dejando de lado la protección de intereses privados, parte fundamental de la regulación contra la Competencia Desleal derivada del modelo social.

Retomando lo dicho, sobre el vacío resarcitorio existente dentro del artículo 71 y expuesto en lo anterior, la solución planteada cuenta con una Reforma de Ley con el fin de crear un rango indemnizatorio de 2 a 3 veces el daño pecuniario ocasionado, herramienta a ser utilizada por el Juez de lo Civil post proceso administrativo por parte de la Superintendencia de Regulación y Control del Poder del Mercado, con el fin de otorgar una indemnización adecuada por el daño generado por parte de un operador económico, cuando comete una práctica anticompetitiva o desleal agravada.

Propuesta de Reforma:

Considerando

Que, el artículo 1 de la Constitución de la República denomina al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, lo que denota la manifiesta pretensión de tutela y reconocimiento de los derechos consagrados por la propia constitución, y los demás recogidos por las normas jurídicas de la legislación ecuatoriana y de los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el Ecuador, lo que concreta la atención prioritaria del Estado y de los organismos del poder público en cuanto al respeto y resguardo de los derechos y garantías presentes en los cuerpos normativos antes mencionados.

Que, el artículo 11 numeral 9 de la Constitución reconoce como deber primordial del Estado “El respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

Que, el artículo 52 de la Constitución protege a los consumidores reconociendo y garantizándoles el derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad; además de que el propio Estado salvaguarda el consumo y la salud de las personas, al incluir dentro del artículo 13 el Derecho alimentos sanos y la implementación de la soberanía alimentaria como sistema social de amparo a la industria nacional.

Que, el artículo 66 numeral 15 de la Constitución de la República garantiza el derecho de desarrollo de actividades económicas con libertad, para así lograr la realización personal y colectiva, el dinamismo económico necesario en el mercado, y la suficiente oferta para que el consumidor pueda elegir bienes y servicios sin supeditación alguna.

Que, el artículo 169 de la Constitución de la República conceptualiza al sistema procesal ecuatoriano como un medio para la realización de la justicia, sin que pueda sacrificarse por la sola omisión de formalidades.

En virtud de lo manifestado, y de acuerdo a las necesidades presentes para la consecución de un sistema de justicia probo y eficiente, en concordancia a los principios normativos procesales que emanan del artículo 169 de la Constitución que son: simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal. Resuelve:

Incorporar al texto del **artículo 71** de la “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado” Sección 4: De la Prescripción y la Responsabilidad Civil y Penal, lo siguiente:

Art. 1.- Al final del inciso del artículo 71, después de la frase “de conformidad con las reglas generales”, agréguese el presente texto: “El juez de lo civil deberá aplicar un sistema de resarcimiento óptimo, con un rango indemnizatorio de 2 a 3 veces el daño pecuniario sufrido dependiendo de la afectación real, por el cometimiento de las conductas y prácticas establecidas en la presente Ley. Para el cálculo correcto del daño generado y para la posterior aplicación del rango de acuerdo a los criterios de probidad se emplearán los medios probatorios del artículo 120 del Código de Procedimiento Civil, en especial en lo referente a los dictámenes de peritos o interpretes”.

Art. 2.- Al último del inciso del artículo 71 suprímase “y prescribirá en cinco años contados desde la ejecutoria de la resolución que impuso la respectiva sanción”, y añádase después de la frase “en especial en lo referente a los dictámenes de peritos o intérpretes” lo siguiente: “la acción prescribirá en cinco

años contados desde la ejecutoria de la resolución administrativa que impuso la respectiva sanción”.

REFERENCIAS

- Acción ecológica. (s.f.). *Soberanía Alimentaria*. Recuperado el 20 de marzo de 2014 de <http://www.accionecologica.org/soberania-alimentaria>
- Alessandri, A., Somarriva, M. y Vodanovic, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*. Recuperado el 8 de junio de 2014 de http://books.google.com.ec/books?id=CCiY2mxu7EEC&pg=PA35&dq=da%C3%B1o+emergente&hl=es&sa=X&ei=O0WTU_7gOoKtyASW8oCYBw&ved=0CD4Q6AEwBA#v=onepage&q=da%C3%B1o%20emergente&f=false
- Arévalo, L. (1997). *El concepto jurídico y la génesis de los derechos humanos*. Recuperado el 10 de junio de 2014 de http://books.google.com.ec/books?id=wVO7A6NQ0R8C&pg=PA55&dq=jerarquia+de+los+derechos+constitucionales&hl=es&sa=X&ei=I6mPU_OFMliKqgaT1oLoAQ&ved=0CC0Q6AEwA#v=onepage&q=jerarquia%20de%20los%20derechos%20constitucionales&f=false
- Alvear, P. y Gómez, B. (2012). *Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal*. (1.ª ed.). Quito, Ecuador: Universidad Internacional SEK.
- Ariño, G. (2003). *Principios de Derecho Público Económico*. (1.ª ed.). Bogotá, Colombia: Fundación de Estudios de Regulación, Universidad Externado de Colombia.
- Berenguer, L., Giner, C. y Robles, A. (2010). *La nueva Legislación Española ante la evolución del Derecho de la competencia*. Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Bercovitz, R. (2000). *Apuntes de Derecho Mercantil*. (1.ª ed.). Madrid, España: Aranzadi.
- Bustamante, N. (2012). *Locuciones Latinas en Materia Jurídica*. Recuperado el 25 de mayo de 2014 de <http://books.google.com.ec/books?id=qBPRrIE9Sd4C&pg=PA109&dq=cuasilidito+es&hl=es&sa=X&ei=8V96U7aeJZWksQTC54DABg&ved=0CEkQ6AEwBQ#v=onepage&q=cuasilidito%20es&f=false>

- Cabanellas, G. (2005). *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Cabanellas, G. (2005). *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia Tomo II*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Cevallos, V. (2001). *Libre competencia, Derecho de Consumo*. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Cifuentes, E. (1993). *Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-006*
En Morales, J. (2000). *Manual de Derecho Constitucional Económico*. (3.ª ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Cionfrini, E. (2002). *La protección de los mercados y la competencia en la Constitución Nacional*. En G. Cabanellas. (2005). *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia Tomo I*. (p. 43). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, versión de Estocolmo. (1967). En Dromi, R. (1999). *Competencia y Monopolio Argentina, Mercosur y OMC*. (p.111). Buenos Aires, Argentina: Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos y Editorial de Ciencia y Cultura.
- Código de Comercio y Leyes complementarias de España. (1994). (p. 658). En Cevallos, V. (2001). *Libre competencia, Derecho de Consumo*. (pp. 23,24). Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Código Civil (Codificación 2005-010. R.O. N°: 46 de 24 de Junio del 2005). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Penal (R.O. N° 147 de 22 de Enero de 1971). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código de Comercio y Leyes complementarias de España. (1994). (p. 658). En Cevallos, V. (2001). *Libre competencia, Derecho de Consumo*. (p. 24). Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, DOC 372. (1997). (p.5). En Ortiz, L., Maíllo,

- J., Ibáñez, P. y Lamadrid, A. (2008). *Manual de Derecho de la competencia*. Madrid., España: Tecnos.
- Constitución de la República del Ecuador, concordancias, índice analítico, fuentes legales. (R.O. N° 449 de 20 de Octubre del 2008). Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Constitución Política del Estado de Querétaro Arteaga, (Promulgada el 22 de Septiembre de 1919).
- Constitución de la República Española, (Promulgada el 9 de Diciembre de 1931).
- Constitución Alemana de Weimar, (Promulgada el 11 de Agosto de 1919).
- Corragio, J. (2008). *La Economía social y solidaria como estrategia de desarrollo en el contexto de la integración regional latinoamericana*. Recuperado el 25 de octubre de 2014 de http://www.coraggioeconomia.org/jlc_publicaciones_ep.htm
- Corragio, J. (2009). *La economía popular solidaria en el Ecuador*. Recuperado el 25 de octubre de 2014 de http://coraggioeconomia.org/jlc/archivos%20para%20descargar/La_economia_popular_solidaria_en_el_Ecuador.pdf
- De León, I. (2003). *Una nueva perspectiva jurídica y económica de los carteles de precios*. En M. Velandia. (2008). *Derecho de la competencia y del consumo*. (1.ª ed.). (p. 91). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Decisión 20/94 y la 21/94 del Mercosur. (1994). En San Martino, L. (Directora). (2000). *Derecho de la Competencia*. (pp.54, 55, 56). Buenos Aires, Argentina: Ciudad Argentina, Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos.
- Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas en el asunto IV/M.190 Nestlé/Perrier, DOL 356. (1992). (p. 1). En Ortiz, L., Maíllo, J., Ibáñez, P. y Lamadrid, A. (2008). *Manual de Derecho de la competencia*. Madrid., España: Tecnos.
- Decisión 608 de la Can (Comunidad Andina de Naciones). (2005).
- Decisión 616 de la Can (Comunidad Andina de Naciones). (2005).
- Decisión 486 de la Can (Comunidad Andina de Naciones). (2000).

Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas en el asunto IV/M.794, Coca-Cola/ Amalgamated Beverages GB, DO L 218. (1997). (p.15) .En Ortiz, L., Maíllo, J., Ibáñez, P. y Lamadrid, A. (2008). *Manual de Derecho de la competencia*. Madrid., España: Tecnos.

De León. I. (2002). *Manual para la formación y aplicación de las leyes de competencia, conferencia de las Naciones Unidas para el comercio y el Desarrollo (UNCTAD)*. (pp. 17,18). En Miranda, A y Gutiérrez, J. (2006). (p.332). *Fundamentos económicos del Derecho de la competencia: Los beneficios del monopolio vs. Los beneficios de la competencia*. Recuperado el 5 de marzo de 2014 de http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/8Fundamentos.pdf

Decreto Ejecutivo 1614; Ecuador, “*Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN*”. (Suscrito el 14 de Marzo del 2009).

Decreto Ley 211; Chile; “*Ley de Competencia*”. (Diario Oficial de Chile de 7 de Marzo del 2005).

Dromi, R. (1999). *Competencia y Monopolio Argentina, Mercosur y OMC*. Buenos Aires, Argentina: Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos y Editorial de Ciencia y Cultura.

Dutrenit, T. (2003). *Abuso de posición dominante*. En M. Velandia. (2008). *Derecho de la competencia y del consumo*. (1.ª ed.). (p. 135). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Echaide, J. y Lara, R. (2006). *Consumo y Derecho*. Recuperado el 7 de noviembre del 2014 de <http://books.google.com.ec/books?id=PjCgssqv8EUC&pg=PA55&dq=derecho+a+la+salud+que+es&hl=es-419&sa=X&ei=BHZZVPn-CMOBnqudgvAH&ved=0CB0Q6AEwATgK#v=onepage&q=derecho%20a%20la%20salud%20que%20es&f=false>

Echeverría, D. (2013). *Procedimiento de denuncia de Prácticas Desleales*. Recuperado el 23 de mayo de 2014 de <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/10/2.3.-Procedimiento-de-Denuncia-de-Pr%C3%A1cticas-desleales.pdf>

- Flint, P. (2002). *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701*. Recuperado el 5 de abril de 2014 de <http://books.google.com.ec/books?id=v3ckqiVcH4AC&pg=PA224&dq=barreras+de+entrada&hl=es-419&sa=X&ei=cSuaU-7sDYGcyATbkILYCA&ved=0CCIQ6AEwAA#v=onepage&q=barreras%20de%20entrada&f=false>
- Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú. (2003). *Derecho Comunitario Andino*. Recuperado el 5 de noviembre de 2014 de http://books.google.com.ec/books?id=6dMq934-cpsC&printsec=frontcover&dq=fondo+editorial+del+peru+can&hl=es-419&sa=X&ei=mZliVOjEOIKfgwS_2YCgDA&ved=0CEIQ6AEwBw#v=onepage&q=fondo%20editorial%20del%20peru%20can&f=false
- Font, J. y Pino, M. (Coordinadores). (2005). *Estudios de Derecho de la Competencia*. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba.
- García, S. (2004). *Competencia Desleal, Actos de Desorganización del Competidor*. En P. Alvear, y B. Gómez. (2012). *Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal*. (1.ª ed.). (p.81). Quito, Ecuador: Universidad Internacional SEK.
- García, W. (2010). *Manual de la Libre competencia Tomo 1*. Chile: RIL Editores.
- Guerra, M. (2012). *Publicidad comparativa ¿sin competencia desleal?* Recuperado el 27 de mayo de 2014 de <http://www.falconipuig.com/cyberlex/publicidad-comparativa-sin-competencia-desleal/>
- Gherzi, C. (2003). *Teoría general de la reparación de daños*. (3.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Gómez Leyva. En Flint, P. (2002). *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701*. Recuperado el 5 de abril de 2014 de <http://books.google.com.ec/books?id=v3ckqiVcH4AC&pg=PA224&dq=barreras+de+entrada&hl=es-419&sa=X&ei=cSuaU->

7sDYGcyATbkILYCA&ved=0CCIQ6AEwAA#v=onepage&q=barreras%20de%20entrada&f=false

Guillén, J. (2005). *Libre Competencia y Estado Autonómico*. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales y Universidad Rey Juan Carlos.

Ihering. En Nader, J. (2008). *La responsabilidad penal del juzgador*. Recuperado el 2 de abril de 2014 de <http://books.google.com.ec/books?id=-YFneFr1jTMC&pg=PA45&dq=que+es+el+bien+juridico&hl=es&sa=X&ei=Eb5BU6r4MYaK0AHlilCABQ&ved=0CD8Q6AEwBA#v=onepage&q=que%20es%20el%20bien%20juridico&f=false>

Leguizamón, W. (2000). *Derecho Constitucional Económico*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda.

Ley Orgánica del artículo 28 Constitucional en materia de Monopolios; México. (Diario Oficial de la Federación de 31 de Agosto de 1934).

Ley Orgánica del artículo 28 Constitucional en materia de Monopolios; México. (Diario Oficial de la Federación de 31 de Agosto de 1934).

Ley Nº 25.156; Argentina; "*Defensa de la Competencia*". (Promulgación Boletín Oficial de 25 de Agosto de 1999).

Ley 155; Colombia; "*Política de Competencia*". (Diario Oficial de Colombia de 24 de Diciembre de 1959).

Ley Nº 13.305; Chile; "*Comisión Antimonopolios*". (Diario Oficial de Chile de 6 de Abril de 1959).

Ley Nº 24.430; Constitución de la Nación Argentina (Promulgada el 3 de Enero de 1995).

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado (R.O-S Nº: 555 de 13 de Octubre del 2011).

Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (Ley 2000-21, R.O-S Nº: 116 de 10 de Julio del 2000).

Ley de Propiedad Intelectual (R.O. Nº: 320 de 19 de Mayo de 1998).

Ley de Compañías, legislación conexas, concordancias (Cod. s/n. R.O. Nº 312 de 5 de Enero de 1999). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria (R.O. Nº 349 de 27 de Diciembre de 2010).

- Manzanedo, J. (1970). *Defensa de la competencia, en Curso de Derecho Administrativo Económico*. En J. Guillén. (2005). *Libre Competencia y Estado Autonomico*. (pp. 36,37). Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales y Universidad Rey Juan Carlos.
- Miranda, A y Gutiérrez, J. (2006). *Fundamentos económicos del Derecho de la competencia: Los beneficios del monopolio vs. Los beneficios de la competencia*. Recuperado el 5 de marzo de 2014 de http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/8Fundamentos.pdf
- Morales, J. (2000) *Manual de Derecho Constitucional Económico*. (3.ª ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Nicholson. *Microeconomía intermedia y sus aplicaciones*. En M. Velandia. (2008). *Derecho de la competencia y del consumo*. (1.ª ed.). (p. 126). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Ortiz, L., Maíllo, J., Ibáñez, P. y Lamadrid, A. (2008). *Manual de Derecho de la competencia*. Madrid., España: Tecnos.
- Ospina, G. (1998). *Teoría general del contrato*. En M. Velandia. (2008). *Derecho de la competencia y del consumo*. (1.ª ed.). (pp.77, 78). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Pérez, M. (Coordinadora). (2010). *Cinco miradas sobre el derecho a la salud*. Recuperado el 10 de noviembre de 2014 de <http://books.google.com.ec/books?id=22HcTG37YekC&pg=PA13&dq=derecho+a+la+salud+que+es&hl=es-419&sa=X&ei=xnVZVKbSKsGigwTd0IMo&ved=0CB8Q6AEwAQ#v=onepage&q=derecho%20a%20la%20salud%20que%20es&f=false>
- Pindyck. *Microeconomía*. En M. Velandia. (2008). *Derecho de la competencia y del consumo*. (1.ª ed.). (pp. 121, 122). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (R.O. N°: 287 de 19 de Marzo del 2001).
- Resolución n.º MIPRO-001.2011, Proceso de Investigación n.º I-C-17885-2009-SCs que acumula el proceso de investigación n.º SCC-DC-0012-2010, publicada en Edición Especial del Registro Oficial n.º 199. (2011). p.13.

- En Alvear, P. y Gómez, B. (2012). *Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal*. (1.ª ed.). (p.42). Quito, Ecuador: Universidad Internacional SEK.
- San Martino, L. (Directora). (2000). *Derecho de la Competencia*. Buenos Aires, Argentina: Ciudad Argentina, Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos.
- Stanton, Etzel y Walker. *Fundamentos de marketing*. En M. Velandia. (2008). *Derecho de la competencia y del consumo*. (1.ª ed.). (p. 126). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto 28/77, *TepeaBVC. Comisión*, Rec. (1978). (p. 1391). En Ortiz, L., Maíllo, J., Ibáñez, P. y Lamadrid, A. (2008). *Manual de Derecho de la competencia*. Madrid., España: Tecnos.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-41/69, *ACF Chemiefarma NV c.. Comisión*, Rec. (1970). (p.661). En Ortiz, L., Maíllo, J., Ibáñez, P. y Lamadrid, A. (2008). *Manual de Derecho de la competencia*. Madrid., España: Tecnos.
- Sentencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la causa as. Hoffmann La Roche (85/76). (1979). En Fernández, D. (2008). *Derecho de la competencia y del consumo*. Recuperado el 28 de Sherman Antitrust Act; EEUU. (Registro Federal de 2 de Julio de 1890).
- Siise. (s.f.). Los ecuatorianos: la Seguridad y Soberanía Alimentaria. Recuperado el 5 de noviembre de 2014 de http://www.siise.gob.ec/siiseweb/PageWebs/SISSAN/macsan_ecussa.htm
- TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte). (Capítulo 15. Política en Materia de Competencia, Monopolios y Empresas del Estado. Vigente desde el 1 de Enero de 1994).
- Tratado de Roma; Unión Europea (Suscrito el 25 de Marzo de 1957).
- Troya, J. (Editor). (1998). *Estudios de Derecho Económico*. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Vásquez, A. (1997). En Flint, P. (2002). *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701*. Recuperado el 5 de abril de 2014 de

<http://books.google.com.ec/books?id=v3ckqiVcH4AC&pg=PA224&dq=barreras+de+entrada&hl=es-419&sa=X&ei=cSuaU-7sDYGcyATbkILYCA&ved=0CCIQ6AEwAA#v=onepage&q=barreras%20de%20entrada&f=false>

- Valdés, D. (2006). *Libre Competencia y monopolio*. En W. García. (2010). *Manual de la Libre competencia Tomo 1*. (pp. 24,25). Chile: RIL Editores.
- Velandia, M. (2001). *Fusiones y concentraciones empresariales en la ley antimonopolio*. En M. Velandia. (2011). *Derecho de la competencia y del consumo*. (2.ª ed.). (pp. 98,99). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Velandia, M. (2008). *Derecho de la competencia y del consumo*. (1.ª ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Velandia, M. (2011). *Derecho de la competencia y del consumo*. (2.ª ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Von Litz, F. *Tratado de Derecho Penal* (1999). En Nader, J. (2008). *La responsabilidad penal del juzgador*. Recuperado el 2 de abril de 2014 de <http://books.google.com.ec/books?id=-YFneFr1jTMC&pg=PA45&dq=que+es+el+bien+juridico&hl=es&sa=X&ei=Eb5BU6r4MYaK0AHlilCABQ&ved=0CD8Q6AEwBA#v=onepage&q=que%20es%20el%20bien%20juridico&f=false>
- Witker, J. (2000). *Derecho de la Competencia en América*. En W. García. (2010). *Manual de la Libre competencia Tomo 1*. (p. 57). Chile: RIL Editores.
- Witker, J. (2000). *Derecho de la Competencia en América*. En W. García. (2010). *Manual de la Libre competencia Tomo 1*. (p. 74). Chile: RIL Editores.