



FACULTAD DE DERECHO

LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA EN EL ECUADOR

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos
establecidos para optar por el título de:

Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía
Dr. Álvaro Pólit García

Autor
Mauricio Proaño Miño

Año
2011

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

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

Abg. Álvaro Pólit García

C.I. 1707782486

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”

Mauricio Proaño Miño

C.I. 171189812-0

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mis padres,
Quienes han sido parte
fundamental para la
consecución de esta
meta.

DEDICATORIA

A mi familia y amigos.

RESUMEN

Este trabajo se trata sobre la regulación de la competencia económica en el Ecuador. Para poder entender esta materia es necesario conocer, en principio, los conceptos básicos del Derecho de la Competencia, así como qué tipo de conductas que se llevan a cabo en los mercados, son consideradas como restrictivas de la competencia. Se comprenderá como se ha regulado esta materia dentro del país, a través de principios constitucionales y leyes especiales. Se analizarán las formas de regulación que se utilizan para disuadir las conductas anticompetitivas y las acciones que asisten a los actores económicos, de acuerdo a las Decisiones 608 y 616 de la Comunidad Andina de Naciones; y el Decreto Ejecutivo 1614, para demandar una libre competencia. Mediante un análisis de las conductas restrictivas de la competencia en algunos mercados del Ecuador se establecerá una comparación entre las operaciones que se llevan a cabo actualmente y como éstas podrían cambiar al momento de implantar un marco normativo que regula la libre competencia. Constarán las disposiciones aplicadas en materia de libre competencia dentro de ciertos sectores económicos del Ecuador. Se analizará la importancia de contar con un marco normativo que proteja y promueva la libre competencia en los mercados del país; y se determinará cuáles llegarían a ser los beneficios para los agentes económicos y los consumidores, así como el desarrollo económico que se alcanzará al implementar una ley de competencia.

ABSTRACT

This work focuses on the regulation of economic competition in Ecuador. In order to understand this matter it is necessary to know first the basics of the Competition Law, as well as what kind of behaviors carried out in the markets are considered to be restrictive of competition. We will be able to understand how this matter has been regulated within the country through constitutional principles and special laws. The forms of regulation that are used to deter anticompetitive behavior and actions that assist economic actors, according to Decisions 608 and 616 of the Andean Community of Nations and Executive Order 1614 that will be analyzed so as to demand a fair competition. By means of an analysis of competition's restrictive behaviors in some markets of Ecuador, there will be established a comparison between the operations that are currently being conducted and how these might change when implementing a regulatory framework for free competition and it will also contain the most outstanding features on the forms of regulation applied in Ecuador. The importance of a regulatory framework that protects and promotes free competition in the markets of the country will be analyzed; and thus determine what would be the benefits to traders and consumers as well as the economic development to be achieved by implementing a competition law.

INDICE

Introducción	1
1. Conceptos básicos del derecho de competencia económica	3
1.1. Competencia	3
1.2. Libre Competencia	3
1.3. Competencia Perfecta	8
1.4. Derecho de la Competencia	10
1.4.1. Equilibrio	11
1.5. Conductas Anticompetitivas	12
1.5.1. Acuerdos Verticales	14
1.5.2. Acuerdos Horizontales	15
1.5.3. Abuso de Posición de Dominio	16
1.5.3.1. Posición de Dominio	16
1.5.3.2. Abuso de Posición de Dominio	17
1.5.4. Monopolio	19
2. Regulación actual de la libre competencia en el Ecuador	20
2.1. Principios Constitucionales	20
2.2. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor	23
2.3. Normas de competencia dispersas en la legislación ecuatoriana	25
2.3.1. Telecomunicaciones	26
2.3.2. Hidrocarburos	32
2.3.2.1. Gas	33
2.3.3. Actividades portuarias	34
2.3.4. Servicio postal	35
2.3.5. Producción, comercio e inversiones	36
2.4. Normas de competencia en vigencia para el estado ecuatoriano	37
2.4.1. Decisión 608 y 616 de la CAN; y Decreto Ejecutivo	37
2.4.1.1. Decisión 608 de la CAN	38
2.4.1.2. Decisión 616 de la CAN	40
2.4.1.3. Decreto Ejecutivo 1614	41
2.5. Acciones de libre competencia y autoridad competente	41

3. La competencia entre los agentes económicos en el Ecuador	44
3.1. Ejemplos prácticos de conductas anticompetitivas en mercados ecuatorianos	44
3.1.1. Comercialización y distribución de llantas	44
3.1.2. Comercialización de rosas	49
3.2. Alternativas de competencia en los mercados analizados	51
3.3. Análisis sobre las ventajas de contar con una Ley de competencia económica	53
3.3.1. Beneficios para agentes económicos	53
3.3.2. Beneficios para consumidores	54
3.3.3. Desarrollo económico	56
Conclusiones y Recomendaciones	58

INTRODUCCIÓN:

El Derecho de la Competencia es la rama de Derecho que regula un mercado mediante la prohibición de restricciones ilegales, tales como: acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas; la fijación de precios y monopolios, que tienden a “impedir, restringir, eliminar o falsear la competencia en un segmento o en la totalidad de un mercado y se encuentran prohibidas en los países que tienen una Ley de Defensa de la Competencia, por ser valoradas como colusorias y anticompetitivas.”¹ El Derecho de la Competencia busca promover la competencia entre los operadores económicos dentro de un mercado y fomenta la calidad de bienes y servicios al menor precio posible, para de esta forma garantizar una estructura de mercado eficiente. El Doctor Víctor Cevallos Vásquez, en su obra “Libre Competencia, Derecho de Consumo y Contratos”, afirma que: “Competencia, en general, significa coincidencia o concurrencia en el deseo de conseguir una misma cosa: el uno aspira a alcanzar lo mismo que el otro y al mismo tiempo que éste”². De acuerdo a la doctrina, el Derecho de la Competencia busca proteger el derecho subjetivo público de libertad de empresa y ligado a este derecho se encuentra el de libertad de competencia, que tiene que ver con las instituciones y acciones públicas que tengan como finalidad lograr una competencia real. Lo que se trata con el Derecho de la Competencia es regular la participación de operadores económicos en donde con amplia libertad puedan disputar, de una forma legal, un mercado o un segmento de dicho mercado.

Al Derecho de la Competencia también se le denomina “Antitrust”, y tiene su origen en el Derecho de los Estados Unidos; lo llamaban así porque esta rama del Derecho fue creada para combatir los “trust” de comercio. “Posteriormente, otros países adoptaron el “Antitrust” en su ordenamiento jurídico utilizando otros términos como “leyes de competencia”, “de libre competencia” o

^{1,2} Cevallos Vásquez, Víctor (2001). *Libre Competencia, Derecho de Consumo y Contratos*. Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador

"antimonopolios"³. "Actualmente, gran parte de los países industrializados y pocos países en desarrollo tienen leyes "Antitrust"⁴.

El Derecho de la competencia tiene como objeto promover la "competencia justa" entre operadores económicos. Tiene un efecto importante en las prácticas empresariales y en la reestructuración del sector industrial en los países. Todo esto se puede llevar a cabo en los países donde se ha adoptado el derecho de la competencia. Un mercado libre beneficia a consumidores, operadores económicos y a la economía misma, por lo que el Derecho de Competencia busca prohibir que se lleve a cabo cualquier tipo de restricción en dicho mercado y de abuso de posición dominante o de poder de mercado.

El Derecho de la Competencia tiene un impacto considerable en la actividad cotidiana de los operadores económicos; sean éstos, productores o distribuidores, personas naturales o jurídicas. A pesar de esto, el Derecho de la Competencia Económica es una materia poco conocida por los propios agentes económicos y por muchos profesionales del derecho. "En ocasiones, es incluso mal comprendida, ya que no siempre se reconoce que su aplicación tiene como su objetivo fundamental velar por que el comportamiento de las empresas no incida de forma negativa sobre los consumidores y sobre la economía en general"⁵.

^{3,4} Maturana Vásquez, Pía (2003). *Apuntes de Derecho de la Competencia*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

⁵ Cevallos Vásquez, Víctor (2001). *Libre Competencia, Derecho de Consumo y Contratos*. Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador

CAPITULO I

I. CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO DE COMPETENCIA ECONOMICA

1.1. COMPETENCIA

Para poder explicar de qué se trata el Derecho de Competencia Económica, así como sus conceptos básicos, primero hay que entender qué es la competencia. El concepto de competencia ha permanecido en constante evolución. Para los autores clásicos, competir significaba: “estar en el mercado”⁶. Los neoclásicos, por otro lado, obtuvieron un nuevo concepto: “competir consistía en la lucha por el cliente en precio y calidad”⁷.

“Estos autores construían sus afirmaciones a partir del óptimo competencia perfecta, a la cual llamaban también libre competencia”⁸. Actualmente, como se verá más adelante, los conceptos de competencia perfecta y libre competencia han adquirido diferentes connotaciones; y debido a los cambios que han surgido se define a la competencia como: “la permanente creación y destrucción de ventajas monopolísticas por la variación del precio o calidad del producto”⁹.

1.2. LIBRE COMPETENCIA

El concepto de la Libre Competencia se relaciona con el desarrollo de la economía de mercado, el autor Flint Pinkas, en su obra: “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, señala que “el Derecho de la Libre Competencia surge de la imperiosa necesidad de proporcionar al Estado normas que le

^{6, 7, 8}Maturana Vásquez, Pía (2003). *Apuntes de Derecho de la Competencia*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

⁹Guerrero, José Luis; Bofill, Álvaro (1995). *Acerca del Concepto Constitucional y Legal de Competencia*. Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso N° XVI.

permitan controlar los excesos de los ofertantes, en materia de producción, así como reprimir y castigar dichos excesos sentando las bases para un buen funcionamiento de la concurrencia en el mercado”¹⁰. Un mercado se entiende que es: "un grupo de compradores y vendedores de un determinado bien o servicio. Los compradores determinan conjuntamente la demanda del producto, y los vendedores, la oferta”¹¹. Las economías de mercado tienen uno de sus fundamentos principales en la libre competencia, que se da como resultado de la coexistencia libre en el mercado de ofertantes que producen bienes o servicios similares y, a su vez, consumidores que toman decisiones libres sobre sus compras en el mercado con información suficiente sobre las características de precio y calidad de los productos; sin que en estas decisiones intervengan otras fuerzas que no sean las del mercado mismo.

El concepto de libre competencia que se aplica normalmente en un país, toma en cuenta tanto a bienes nacionales como a extranjeros. Las políticas de libre competencia y de libre comercio se encuentran estrechamente ligadas. La competencia económica se basa en la libertad de decisión de los que participan en un mercado. También se basa en la libertad de elección, tanto del consumidor, como del productor. La libertad de elección del consumidor y la del productor son inseparables y de ellas depende que se logre una asignación eficiente de recursos en la sociedad. A través de estos principios, el mecanismo del mercado asegura que los recursos productivos se dirijan a aquellos usos más productivos; siendo éstos los bienes y servicios que los consumidores prefieren en mayor medida.

La Libre Competencia se basa en la libertad de decisión de quienes participan en los mercados, "...en un contexto en el que las reglas del juego son claras y se cumplen efectivamente”¹². La Libre Competencia se basa fundamentalmente en el principio de libertad de elección, ya sea éste para el consumidor, o para el

¹⁰Pinkas, Flint Blanck (2002). *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. Perú: Pontificia Universidad Católica, Fondo Editorial.

¹¹Mankiv, Gregory N. (2002). *Principios de Economía*. España: McGraw-Hill. Segunda Edición.

¹²Pinkas, Flint Blanck (2002). *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. Perú: Pontificia Universidad Católica, Fondo Editorial.

productor. Debe existir competencia entre los productores y los consumidores para que los mercados funcionen de una manera apropiada.

Así los mercados sean competitivos, hay posibilidades de que éstos puedan fracasar por efectos secundarios que los economistas denominan externalidades. “Las externalidades son costos o beneficios que recaen sobre algunas personas, más que a los consumidores y productores de un bien o servicio”¹³, a lo que se en Derecho de la Competencia se conoce como fallas de mercado y/o barreras de entrada y salida.

La libertad de elección del consumidor y del productor son inseparables y de esto depende que se logre una apropiada asignación de recursos en la economía. A través de la Libre Competencia se genera incentivos para que las empresas obtengan una ventaja competitiva sobre las demás mediante la reducción de costos y la innovación técnica. El principio de libertad de elección de consumidores y productores se debe dar simultáneamente con otros principios básicos del buen funcionamiento de los mercados, siendo éstos, según Flint Pinkas, los siguientes: “libre información de los mercados, la definición precisa sobre los derechos de cada quien respecto de los bienes y servicios que se transan en el mercado, las garantías de ejecutabilidad de los pactos y resarcimiento de los pactos que se ocasionen a terceros”¹⁴. Al generar incentivos, las empresas obtendrán una ventaja competitiva sobre otras y con esto se puede llegar a un aumento de la eficiencia de las empresas en sus procesos de producción. Esto da como resultado un incremento de la calidad del producto que se ofrece, a un menor precio; que permita que una mayor cantidad de consumidores tengan acceso al mercado.

“La libre competencia se caracteriza por el esfuerzo de las empresas de desempeñarse mejor que sus competidores y obtener mayores beneficios económicos. Esta materia plantea retos y oportunidades para los empresarios o

¹³ Tucker, Irving B. (2001). *Fundamentos de Economía*. (México): International Thomson

¹⁴ Pinkas, Flint Blanck (2002). *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. Perú: Pontificia Universidad Católica, Fondo Editorial

agentes económicos”¹⁵. Para las empresas, la libre competencia promueve la competitividad no sólo en mercados locales, sino también en mercados externos. La libre competencia exige de las empresas una identificación de lo que el consumidor necesita y desea, así como una revisión de los estándares de calidad, costos y precios bajo los cuales sus productos son ofertados en el mercado, además de su organización y estrategias empresariales. Las empresas mantienen la presión por captar las preferencias del consumidor y competir libremente en el mercado, esto obliga a las empresas a invertir y revisar estrategias que contribuyan para lograr altos niveles de competitividad. Una libre competencia es la mejor garantía para que tanto los empresarios, así como los consumidores intermedios y finales, accedan a insumos y servicios que sus productos necesitan, así como productos de buena calidad, en condiciones competitivas.

“Si se cumplen las reglas de la libre competencia, cualquier desequilibrio entre la oferta y la demanda de un bien o servicio, o alguna otra ineficiencia en la asignación de recursos será transitoria y se podrá resolver por las fuerzas del mercado”¹⁶. Los mercados nunca funcionan de manera perfecta y esto obliga a que el Estado intervenga, ya sea mediante regulación o políticas de libre competencia, sin irse en contra de los principios del libre mercado, para producir mejores resultados. “Existen tres fenómenos que se dan como resultado de las imperfecciones de los mercados:

1. Altos costos de transacción
2. Posiciones monopólicas
3. Prácticas restrictivas de la libre competencia”¹⁷.

Cuando los agentes económicos no cuentan con información suficiente para tomar decisiones o cuando existen externalidades en el consumo y producción

¹⁵ Tucker, Irving B. (2001). *Fundamentos de Economía*. (México): International Thomson

^{16,17} Maturana Vásquez, Pía (2003). *Apuntes de Derecho de la Competencia*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

de bienes y servicios, las imperfecciones de los mercados pueden necesitar que se establezca un rol para que actúe el Estado; a través de la protección al consumidor o el control de prácticas restrictivas de la libre competencia. En los países que tienen, como parte de su ordenamiento jurídico, leyes que promueven la libre competencia, el Estado busca intervenir y evitar el desequilibrio de los mercados. El Economista Irving B. Tucker, en su obra “Fundamentos de Economía” nos dice: “en algunos mercados el objetivo del gobierno es intervenir y evitar que los precios se eleven hasta el precio de equilibrio. En otros mercados, la meta del gobierno es intervenir y mantener un precio más alto que el de equilibrio”¹⁸.

Existe un rol que el Estado debe cumplir para “garantizar que la competencia además de libre, sea justa. Por esto debe concentrarse en evitar que se produzcan estas situaciones cuando el mercado no es capaz de resolverlas por sí mismo en un periodo de tiempo no muy largo y sin consecuencias importantes”¹⁹. Por esta razón, en algunas ocasiones, el Estado opta por establecer precios máximos y precios mínimos. El precio máximo es: “... el límite legal que un vendedor puede cobrar.”²⁰, por un producto. En este caso el gobierno, mediante regulación económica, al establecer un precio máximo de venta sobre un determinado producto busca la promoción de dichos productos a precios justos y sobre todo a precios razonables que la mayoría de consumidores puedan pagar por ese tipo de productos. También, al adoptar esta política se intenta que los proveedores de productos no establezcan precios abusivos sobre los productos, ya que en caso de que no exista un bien sustituto para dicho productos, los consumidores no tendrán otra opción para elegir y simplemente optarán por pagar el precio abusivo impuesto por los proveedores. Por otro lado, existe otra política del Estado, que es la fijación de precios mínimos, “...es un precio mínimo fijado por el gobierno por temor a que el mercado establezca un precio -demasiado bajo-”²¹.

¹⁸Tucker, Irving B. (2001). *Fundamentos de Economía*. (México): International Thomson

¹⁹Tucker, Irving B. (2001). *Fundamentos de Economía*. (México): International Thomson

^{20,21} Tucker, Irving B. (2001). *Fundamentos de Economía*. (México): International Thomson

La regulación de las prácticas comerciales y productivas debe ser aplicada cuando de modo natural no existan condiciones suficientes para que se produzca la libre competencia. La tarea fundamental de las políticas de libre competencia debe ser asegurar que sus principios se hagan efectivos. Como un factor regulador de la economía, la libre competencia necesita un marco legal efectivo y organismos que puedan hacer que se cumpla.

1.3. COMPETENCIA PERFECTA

“La competencia perfecta es un término utilizado en economía para referirse a los mercados en los que las empresas carecen de poder para manipular el precio en el mercado, y se da una maximización del bienestar, resultando una situación ideal de los mercados de bienes y servicios en los que la interacción de oferta y demanda determina el precio. En un mercado de competencia perfecta existe gran cantidad de compradores y de vendedores, de manera tal que ningún comprador o vendedor individual ejerce influencia decisiva sobre él”²².

“Las empresas venden bienes y servicios en diferentes condiciones de mercado, las cuales se denominan estructuras de mercado”²³. Según el economista, Irving B. Tucker, una estructura de mercado: “describe las principales características de un mercado, incluyendo el número de empresas, la similitud entre los productos que venden y la facilidad para entrar y salir del mercado”²⁴. La competencia perfecta es una estructura de mercado que se caracteriza, de manera teórica, por tener: gran número de empresas; producto homogéneo; entrada y salida fácil en el mercado; información completa para consumidores y empresas; movilidad perfecta de bienes y factores de producción; e inexistencia de costos de transacción, por ejemplo aranceles. Dichas características se detallan a continuación.

²²Maturana Vásquez, Pía (2003). *Apuntes de Derecho de la Competencia*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

^{23,24} Tucker, Irving B. (2001). *Fundamentos de Economía*. (México): International Thomson

- **“Gran número de empresas pequeñas:**

Esta condición se satisface cuando las empresas no tienen una participación significativa en la producción total. Por esta razón las empresas no tienen la capacidad de afectar el precio del producto.

- **Producto homogéneo:**

En un mercado con competencia perfecta, todas las empresas elaboran un producto homogéneo o estandarizado, lo que significa que el bien o servicio que ofrecen las empresas son idénticos.

- **Facilidad de entrada y salida:**

La fácil entrada a un mercado significa que no existen barreras de acceso para nuevas empresas. Los obstáculos de entrada para nuevas empresas pueden ser factores financieros, técnicos o aquellos establecidos por el gobierno.

- **Las empresas y los consumidores tengan información completa:**

La transparencia del mercado requiere que todos los participantes tengan pleno conocimiento de las condiciones generales en que opera el mismo. Los compradores aceptan los precios como exógenos y toman sus decisiones comparando precios, porque todos los consumidores dispondrían de la misma información sobre los precios y las cantidades ofertadas de los bienes.

- **Movilidad perfecta de bienes y factores de producción.**

Se refiere a la posibilidad de moverse libremente en el mercado. Adquirir y acceder fácilmente a los factores de producción (tierra, trabajo, capital, organización). Las empresas se comportan como verdaderos competidores.

- **Sin costos de transacción:**

Esto quiere decir, que ni los compradores ni las empresas incurren en costos para la transacción de dichos bienes. Esto es importante porque significa que no habría diferencias en la elección de una u otra empresa basada en un costo adicional por adquirir un bien²⁵.

Cuando se cumplen, de manera simultánea, las condiciones que se mencionaron anteriormente, se considera que dentro de un mercado existe competencia perfecta. **Ningún mercado del mundo se ajusta a los supuestos de la competencia perfecta ya que es un modelo teórico o ideal.**

En condiciones reales, sin menospreciar la importancia del modelo teórico de la competencia perfecta, en los mercados, las empresas que pretenden obtener mayores beneficios deben aprovechar al máximo la tecnología, e incorporar los últimos avances en técnicas productivas. En una situación de libre competencia la búsqueda de mayores beneficios va asociada a la combinación más eficiente y rentable de los factores productivos y a la modernización tecnológica.

1.4. DERECHO DE LA COMPETENCIA

El derecho de la competencia no es una rama nueva del derecho, ya que las primeras normas dictadas en contra de una conducta restrictiva de la competencia fueron las promulgadas en la Loi de Chapellier en el año 1791, en

²⁵Maturana Vásquez, Pía (2003). *Apuntes de Derecho de la Competencia*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Francia. Sin embargo, el verdadero nacimiento del derecho de la competencia como estructura normativa se dio con la Sherman Act en el año 1890, que fue la ley antimonopolios de Estados Unidos. El derecho de la competencia nació como resultado del momento que vivía Estados Unidos económicamente, a fines del siglo XIX. En virtud de que en Estados Unidos se dieron grandes emprendimientos económicos, surgieron grandes industrias y este hecho amenazaba con la desaparición de competidores.

El derecho de la competencia “es la rama del derecho cuyo objetivo es el mantenimiento de un mercado competitivo en el que los productos y servicios sean intercambiados libremente”²⁶. Lo que busca esta rama del derecho es promover la competencia entre las empresas existentes en un mercado y fomentar la buena calidad de bienes y servicios al menor precio posible, garantizando una estructura de mercado eficiente. Esta disciplina jurídica tiene como objeto, en las palabras del Doctor Víctor Cevallos Vásquez: “asegurar la vigencia de una competencia suficiente y una vez que ésta existe procurar su perdurabilidad, eliminando de acuerdo con la ley, interferencias o ataques a la misma, o sancionando actos restrictivos a la competencia que afecten el interés general, pues la competencia autentica favorece dentro del mercado a los usuarios y consumidores”²⁷.

1.4.1. EQUILIBRIO

“En un mercado de competencia perfecta se alcanza el equilibrio por el encuentro entre la demanda del mercado (suma o agregación de la demanda de cada uno de los consumidores) y oferta de la industria (suma o agregación de la oferta de cada una de las empresas que trabajan en ese mercado)”²⁸.

²⁶ Noticias Jurídicas (2011). Bases de Derecho de la Competencia. En Noticias Jurídicas (En Línea). (Derecho de la Competencia). Recuperado el 5 de abril de 2011, de <http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho%20Mercantil/200909-69387423734382.html>

²⁷ Cevallos Vásquez, Víctor (2001). *Libre Competencia, Derecho de Consumo y Contratos*. Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador

²⁸ Maturana Vásquez, Pía (2003). *Apuntes de Derecho de la Competencia*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

El Equilibrio de mercado en competencia perfecta, se entiende que es el precio que iguala la cantidad demandada con la ofertada, es decir el punto donde la oferta y la demanda son exactamente iguales. “Se entiende que el equilibrio es un punto en donde la oferta y la demanda están balanceadas y que no existe una razón para que el precio y la cantidad cambien”²⁹. El precio puede estar tanto, sobre el punto de equilibrio, como debajo del mismo, “pero las fuerzas del mercado de excedente y escasez garantizan que cualquier precio distinto del precio de equilibrio sea temporal. Los precios bajan hasta llegar a un punto en que se vacía el mercado; es decir, al existir menores precios existe una mayor demanda de productos y se reduce el exceso de la oferta.

1.5. CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

De acuerdo al autor Flint Pinkas, “[t]odos los actos o prácticas que restrinjan la competencia son dañinos porque atacan al mercado y su regulación”³⁰. Las restricciones de la competencia tienen siempre que ver con la eficiencia de los mercados. Por esto, es necesario aplicar una pena cuando dichos actos o prácticas, que restringen la competencia, han alcanzado un grado en el que se pueda constatar una distorsión en los mercados. Existen prácticas o conductas restrictivas de la libre competencia, que son los acuerdos verticales y horizontales y el abuso de posición de dominio. Estas conductas llevan a que se rompa el mecanismo por el cual los consumidores, puedan expresar sus preferencias libremente en el mercado. Las conductas anticompetitivas que se dan entre agentes económicos con el objeto de restringir la **libre competencia**; son una violación de los principios de la **libre competencia**. Estas prácticas se consideran ilegales, ya que son conductas que pueden generar daños a un mercado determinado.

Hay que diferenciar lo que separa a la defensa de la competencia de la competencia desleal. “La leyes de competencia desleal se ocupan de resolver

²⁹ Tucker, Irving B. (2001). *Fundamentos de Economía*. (México): International Thomson

³⁰ Pinkas, Flint Blanck (2002). *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. Perú: Pontificia Universidad Católica, Fondo Editorial.

un conflicto privado entre dos agentes económicos, y la defensa de la competencia se ocupa de resolver el conflicto público que se configura cuando la actuación de los agentes económicos constituye en un atentado contra los mercados como tal”³¹. De esta manera: “...se da una conducta restrictiva de la competencia cuando existe un perjuicio por parte de productores y consumidores de materias primas y existe competencia desleal cuando hay un perjuicio por parte de un competidor en el mercado”³².

Las prácticas restrictivas de la competencia son unilaterales cuando interviene una sola parte en su perpetración, como en el caso de los abusos de posición dominante y son plurilaterales cuando en su formación participan dos o más agentes económicos, como los acuerdos verticales y horizontales.

Las prácticas comerciales restrictivas plurilaterales son los acuerdos que celebran, entre sí, los agentes económicos. Estos acuerdos son cualquier tipo de contrato, convenio, concertación, practica concertada o conscientemente paralela entre dos o más agentes económicos. Existen algunos requisitos para determinar la existencia de un acuerdo o practica concertada:

- Que exista un contacto efectivo entre las partes, que frecuentemente consiste en reuniones, discusiones, intercambios de información, ya sea de manera oral o escrita. Existen casos en que sin existir acuerdos, según la estructura del mercado, se producen conductas anticompetitivas de modo natural, esto se conoce como conductas conscientemente paralelas.
- Que dicho contacto tenga como objetivo influenciar la conducta en el mercado, y en particular suprimir por adelantado la incertidumbre respecto de la conducta futura de una empresa, o tenga el efecto de

³¹ Alarcón C., Margarita (2002). *Implementación de la Ley de Competencia (Presentación)*, Guayaquil

³² Maturana Vásquez, Pía (2003). *Apuntes de Derecho de la Competencia*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

mantener o alterar la actuación comercial de las empresas, en un aspecto que estaba regulado por la libre competencia.

Los acuerdos se pueden definir como “toda concurrencia de voluntad expresa o tácita cuyo objeto sea el de producir en el mercado condiciones diferentes de las que se darían en situación de competencia eficiente”³³. Existen tres tipos de acuerdos anticompetitivos:

- Los que se celebran entre empresas, con el fin de no competir o competir menos.
- Decisiones de asociación de empresas, que son acuerdos celebrados dentro de una asociación empresarial, que tiene como objetivo restringir la competencia entre las empresas que conforman la asociación o entre las mismas empresas y otras.
- Prácticas Concertadas: No se trata de una conducta, sino de “una pauta que permite imputar determinada conducta a determinada empresa a partir de hechos o indicios que permitan presumir la existencia de un acuerdo”³⁴.

Los acuerdos se clasifican de acuerdo a la posición que ocupan sus partícipes dentro del proceso de producción, de esta manera, los acuerdos se clasifican en verticales y horizontales.

1.5.1. ACUERDOS VERTICALES

Los acuerdos verticales son aquellos que se llevan a cabo en forma bilateral o concertada, y dirigidas contra agentes económicos o personas que se encuentran en un nivel diferente del proceso productivo, como por ejemplo, la fijación de precios mínimos y máximos de reventa o acuerdos de exclusividad.

³³Maturana Vásquez, Pía (2003). *Apuntes de Derecho de la Competencia*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

³⁴Maturana Vásquez, Pía (2003). *Apuntes de Derecho de la Competencia*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Es necesario que se lleve a cabo un acuerdo, no necesariamente escrito, sino de voluntades. Se trata de acuerdos entre un productor y un distribuidor, o en general entre dos empresas que operan en una misma cadena de producción y distribución de un bien.

Dentro de los acuerdos verticales se encuentran, entre los más comunes: “los acuerdos de distribución exclusiva, suministro en exclusiva, franquicia, distribución selectiva, determinados tipos de subcontratación, restricciones que afectan a las importaciones o exportaciones, restricciones en licencias de derechos de propiedad intelectual”³⁵.

1.5.2. ACUERDOS HORIZONTALES

Los acuerdos horizontales se dan cuando dos agentes económicos que compiten en el mismo nivel del proceso productivo acuerdan en forma directa o indirecta repartirse el mercado o cualquier otra condición de transacción de sus productos, como por ejemplo los cárteles, es decir una agrupación de agentes económicos que tiene por finalidad limitar la competencia y aumentar los beneficios de quienes lo integran.

Dentro de los acuerdos horizontales se encuentran: “...los acuerdos relativos a los precios y condiciones de venta, de información; para limitar la producción; sobre estándares técnicos; para limitar o controlar los mercados; reparto geográfico del mercado; discriminación colectiva o boicot; acuerdos de investigación y desarrollo; empresas comunes; venta atada; publicidad en común; restricción en la publicidad; limitar las actividades promocionales; acuerdos para especializarse en la fabricación de determinados productos”³⁶.

^{35, 36} Maturana Vásquez, Pía (2003). *Apuntes de Derecho de la Competencia*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

1.5.3. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO:

1.5.3.1. POSICION DE DOMINIO

Para poder entender lo que es abuso de posición de dominio, primero es necesario comprender lo que es tener una posición de dominio. Se entiende que un agente económico goza de una posición de dominio en el mercado cuando: “puede actuar de modo independiente prescindiendo de sus competidores, compradores, clientes o proveedores debido a factores tales como la participación de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución”³⁷. Por otro lado, de acuerdo a lo que menciona el Doctor Víctor Cevallos Vásquez, “[h]ay posición de dominio en el mercado cuando una empresa o agente económico es el único en el mercado; o cuando sin ser la única empresa por cualquier circunstancia como la que deviene del duopolio no está expuesta al mercado dentro de la competencia o concurrencia; o cuando sus decisiones prevalecen sobre las de las demás empresas en el mercado, ya sea porque controla más del 50% del mismo o porque tiene la llave maestra de la tecnología”³⁸.

Para determinar si una empresa se encuentra en una posición de dominio se debe delimitar el mercado en que actúa la empresa. La posición de dominio es un concepto que significa la independencia de una empresa para fijar precios, condiciones de venta o prácticas comerciales, en la que su capacidad de negociación en el mercado se ve favorecida. Una participación alta en el mercado no necesariamente indica una posición de dominio en el mismo. Para ello tienen que surgir otros factores, como barreras de entrada al mercado, de manera significativa. Una empresa puede tener una posición de dominio en el

³⁷ Maturana Vásquez, Pía (2003). *Apuntes de Derecho de la Competencia*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

³⁸ Cevallos Vásquez, Víctor (2001). *Libre Competencia, Derecho de Consumo y Contratos*. Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador

mercado, sin que constituya una violación de los principios de libre competencia. La empresa dominante debe tener en principio la libertad de actuar en el mercado bajo su propia responsabilidad. Las políticas de libre competencia deben entrar en acción y aplicar correcciones sólo cuando ocurren casos de abuso y obligar a una empresa a actuar de una manera que vaya de acuerdo a los principios de la libre competencia.

1.5.3.2. ABUSO DE POSICION DE DOMINIO

El abuso de posición de dominio consiste en una conducta, “se trata de la explotación abusiva, por parte de una o varias empresas, de su posición dominante dentro de todo un mercado nacional o en parte del mismo”³⁹. Mónica Salamanca define al abuso de posición de dominio como: “la situación en que una empresa está en condiciones de controlar el mercado pertinente de bienes o servicios o de determinado grupo de bienes o servicios. Bajo esta denominación se engloban prácticas comerciales restrictivas de la competencia en las que una empresa que tiene poder de mercado desarrolla acciones destinadas a impedir o restringir la competencia”⁴⁰. Para determinar la existencia de abuso de posición dominante se requiere de dos requisitos:

- La existencia de una empresa con alto poder dentro del mercado.
- Que la empresa ejerza un abuso para su propio beneficio.

No es ilícito el tener una posición privilegiada de acuerdo a la cuota de mercado que representa un agente económico, sino en el hecho de aprovechar tal situación para cometer arbitrariedades que vulneren el principio de libre competencia. Es difícil reconocer la existencia de una posición dominante respecto de una empresa; para Eduardo Elgueta, “primero hay que determinar

³⁹Maturana Vásquez, Pía (2003). *Apuntes de Derecho de la Competencia*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

⁴⁰Salamanca, Mónica. *El Abuso de Posición Dominante y Practicas Verticales*, Chile. Documento de la Fiscalía Nacional Económica.

de qué mercado se trata y cuál es el mercado relevante en el cual actúa la empresa⁴¹. Los parámetros para definir el mercado relevante son:

- a) Espacio Geográfico: Lugar, ciudad, región o país donde compiten los agentes.
- b) Tipo de producto: Producto o servicio de que se trata.
- c) Criterio Temporal: La observación se realiza dentro de un periodo de tiempo determinado.

En segundo lugar se debe observar otros elementos que configuran la posición de dominio, “que son:

- Estructura de Mercado:
- Comportamiento de los integrantes del mercado, y
- Resultados de la empresa⁴².

Entre las acciones típicas del abuso de posición de dominio que se encuentran prohibidas, están ...”la imposición de precios u otras condiciones comerciales no equitativas, la limitación de la producción o distribución que supongan un perjuicio injustificado para los terceros, la negativa injustificada de venta de productos o servicios, la aplicación de condiciones comerciales desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, y la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de tales contratos⁴³.

⁴¹Elgueta Eduardo (2001). *Abuso de Posición Dominante en el DL 211*. Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar.

⁴²Maturana Vásquez, Pía (2003). *Apuntes de Derecho de la Competencia*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

⁴³Maturana Vásquez, Pía (2003). *Apuntes de Derecho de la Competencia*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

1.5.4. MONOPOLIO

Al monopolio se le considera como: “el modelo en el extremo opuesto de la competencia perfecta...”⁴⁴. El monopolio es la máxima expresión de imperfección de un mercado, se caracteriza por tener un solo vendedor, un solo producto y es imposible entrar al mercado. No existen sustitutos cercanos para el producto que ofrece el monopolista. Un monopolio tiene suficiente poder de mercado para fijar precios y no preocuparse por competidores.

El monopolio hace que existan precios de mercado más altos y un menor nivel de producción, es decir, precios altos y escasez. “Para ejercer un poder monopolista se tienen que dar una de estas condiciones:

- 1) Control de un recurso indispensable para obtener el producto.

- 2) Disponer de una tecnología específica que permita a la empresa o compañía producir, a precios razonables, toda la cantidad necesaria para abastecer el mercado; esta situación a veces se denomina monopolio ‘natural’.

- 3) Disponer del derecho a desarrollar una patente sobre un producto o un proceso productivo.

- 4) Disfrutar de una franquicia gubernativa que otorga a la empresa el derecho en exclusiva para producir un bien o servicio en determinada área”⁴⁵.

⁴⁴Tucker, Irving B. (2001). *Fundamentos de Economía*. (México): International Thomson

⁴⁵ El Prisma (2011). (Monopolio). En El Prisma (En Línea). (Definición de Monopolio). Recuperado el 11 de abril de 2011, de <http://www.elprisma.com/apuntes/economia/monopolio/>

CAPITULO II

II. REGULACION ACTUAL DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL ECUADOR

2.1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

En el Ecuador no existe una Ley de Competencia Económica; sin embargo, el Título VI Régimen de Desarrollo, Capítulo Sexto Trabajo y Producción, Sección Quinta Intercambios Económicos y Comercio Justo, artículos 335 y 336, de la Constitución de la República del Ecuador, establece los principios por los que se debe regir la competencia económica dentro del país:

Determinan que el Estado intervendrá, cuando lo considere necesario, en las actividades económicas y podrá sancionar la explotación, acaparamiento o intermediación especulativa de bienes y servicios. Adicionalmente, establece que el Estado definirá una política de precios que esté orientada a proteger la producción nacional, y de la misma forma establecerá los mecanismos de sanción para evitar prácticas restrictivas de la competencia. El Estado impulsará el comercio justo como medio de acceso a bienes de calidad y fomentará la competencia en igualdad de condiciones. Es imposible hacer valer nuestras garantías constitucionales que se mencionan en estos dos artículos si no se ha creado el cuerpo legal correspondiente que la misma Constitución menciona. No se puede dejar de lado una parte fundamental del desarrollo económico como es la competencia y funcionamiento de los mercados.

Además de los artículos antes mencionados, el artículo 304 de la Carta Fundamental, establece en su numeral 6, como un objetivo de la política comercial, que se evitará las prácticas monopólicas y oligopólicas, especialmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados. Claro está que se evitará que se den este tipo de distorsiones en los mercados, pero si se habla de que se evitarán, particularmente en el sector

privado, se está dejando de lado los posibles monopolios estatales. Sin perjuicio de lo cual, lo que este artículo trata de transmitir es que el Estado velará por el bienestar común de los agentes económicos y que no tolerará la existencia de este tipo de restricciones a la libre competencia.

Por otro lado, el artículo 288 de la Constitución establece: *“Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas”*⁴⁶.

Claramente, la Constitución establece la forma en que se promoverá la libre competencia y el comercio justo; sin embargo, el artículo antes citado crea una contradicción con los principios constitucionales que promueven la libre competencia. No puede existir libre competencia si se prioriza productos y servicios nacionales, que provengan de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas. ¿De qué tipo de competencia se puede hablar si se pone prioridad a ciertos productos dependiendo de donde vienen o del tipo de economía del que fueron producidos? Este tipo de normas, si bien favorecen a los agentes económicos a quienes van dirigidas, no benefician a los consumidores, más aún siendo el Estado quien propone esta norma para las compras públicas de las propias instituciones del sector público, así como para realizar obras públicas, los mismos deben ser productos y servicios de calidad. Es muy claro que un agente económico capaz de proveer un producto de calidad, con una participación de mercado amplia no podrá competir en lo que se refiere a compras públicas con comerciantes nacionales o que manejen unidades productivas más pequeñas, debido a que el mismo Estado pone una barrera de entrada a este mercado.

⁴⁶ SILEC (2011). Constitución de la República del Ecuador 2008. En SILEC (En Línea). (Constitución 2008). Recuperado el 23 de mayo de 2011, de <http://www.lexis.com.ec>

De acuerdo al artículo 313, el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Define a los sectores estratégicos como aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Estos sectores estratégicos son: la energía en todas sus formas; las telecomunicaciones; los recursos naturales no renovables; el transporte; la refinación de hidrocarburos; la biodiversidad y el patrimonio genético; el espectro radioeléctrico; el agua y demás sectores que determine la Ley. Una vez más la Constitución se encuentra en contradicción ya que si el Estado administra lo que se denomina como sectores estratégicos, no se respeta el principio de libre competencia consagrado en el artículo 336 para esos mercados, ya que los agentes privados no podrán participar en éstos.

De las normas constitucionales revisadas anteriormente, se puede ver que se garantiza la competencia en igualdad de condiciones y así mismo, se evitará las conductas restrictivas de la competencia, los monopolios u oligopolios. Por otro lado hay normas contradictorias que atentan contra el principio de libre competencia. Al priorizar la adquisición de bienes nacionales que provengan de las pequeñas y medianas empresas no se habla de una competencia en igualdad de condiciones. Sucede de la misma forma cuando el Estado se reserva el derecho de administrar los sectores que denomina "estratégicos". Algo muy importante que menciona la constitución es que la competencia económica se regulará mediante ley, una ley que aún no ha sido expedida, y es fundamental para poder hacer valer este principio tan importante para el desarrollo económico del país.

2.2. LEY ORGANICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Uno de los cuerpos legales que norma relaciones entre proveedores y consumidores, que tiene una estrecha relación con el Derecho de Competencia, es la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. El Derecho de Competencia y el Derecho de Defensa del Consumidor buscan el bienestar del consumidor, pero no se los debe confundir. “Cada uno tiene su misión específica, y llegan a su objetivo mediante vehículos y objetivos diferentes”⁴⁷. Entre las disposiciones acerca de la protección a la libre competencia, contenidas en La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, se encuentran las siguientes:

La Ley de Defensa del Consumidor establece que sus normas son de orden público de interés social, en caso de duda en la interpretación de esta normativa se la aplicara en el sentido más favorable al consumidor. Esta ley norma las relaciones entre proveedores y consumidores, su objetivo primordial es proteger los derechos de los consumidores. El artículo cuatro del mencionado cuerpo legal establece los derechos fundamentales del consumidor, donde se garantiza el derecho a que proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios de óptima calidad, y a elegirlos con libertad.

Esta ley regula la publicidad, así como su contenido. Se encuentra prohibida cualquier forma de publicidad engañosa o abusiva que induzcan a error en la elección de un bien o servicio. Adicionalmente se consideran infracciones a esta ley cuando los proveedores a través de cualquier tipo de mensaje inducen a error o engaño a los consumidores, en lo que se refiere a: país de origen, beneficios y consecuencias del uso del bien o servicio, características básicas de bien o servicio y reconocimientos o distinciones oficiales. Establece como obligaciones del proveedor entregar al consumidor información veraz, clara y completa de los bienes o servicios que ofrezca, de esta manera el consumidor puede realizar una elección a adecuada y razonable.

⁴⁷ Alarcón C., Margarita (2002). *Implementación de la Ley de Competencia (Presentación)*, Guayaquil

Otro aspecto que se norma en la Ley de Defensa del Consumidor es el control de la especulación, ya que mediante este cuerpo normativo se encuentra prohibido, así como cualquier práctica que cause el alza indiscriminada de los precios de bienes y servicios. Se considera prácticas abusivas de mercado, de acuerdo a esta ley, condicionar la venta de un bien a la compra de otro o a la contratación de un servicio.

La norma jurídica busca proteger a los consumidores de bienes y servicios con el fin de acceder libremente a los productos. Se garantiza el acceso a productos de calidad y el derecho a que el consumidor pueda elegir libremente los productos en el mercado.

El momento en que los consumidores deciden adquirir cierto producto lo hacen al realizar una elección adecuada y razonable, como dice la norma jurídica mencionada anteriormente, y si el proveedor oculta información al consumidor, éste no puede realizar un juicio de valor que es necesario para la elección de un producto en particular. Además, si oculta información no es solo perjudicial para los consumidores, sino para el resto de proveedores ya que no se estaría compitiendo en las mismas condiciones.

Se puede ver que la norma jurídica prohíbe todo tipo de práctica anticompetitiva que pueda causar un alza indiscriminada de precios. Faculta al Estado a intervenir para que no se desabastezcan los mercados internos, para que de esta manera no exista un desequilibrio en los mismos. Se trata de evitar las ventas atadas, que no se imponga la compra de un producto innecesario por parte del consumidor; siempre se garantiza la libertad de elección del consumidor.

Si bien la Ley de Defensa del Consumidor dicta ciertas normas acerca de la competencia económica, esta ley pretende primordialmente “proteger al consumidor como tal; lo que se conoce como el bien jurídico protegido”⁴⁸. Éste

⁴⁸ Alarcón C., Margarita (2002). *Implementación de la Ley de Competencia (Presentación)*, Guayaquil

es el derecho del consumidor para acceder a bienes y servicios de calidad. No se busca proteger a la competencia económica. Podemos ver que sus normas van dirigidas a que no se cometan prácticas que alteren las decisiones de los consumidores, o que no se vulneren sus derechos, ésta es su razón de ser, pero no tenemos normas específicas que determinen que conductas pueden ser consideradas restrictivas de la competencia.

En esta ley no existe ninguna norma que defienda específicamente la competencia entre los agentes económicos, no se establecen los tipos de acuerdos que se pueden llevar a cabo entre agentes económicos, ni cómo evitar el abuso de posición dominante o los monopolios, así como sanciones para este tipo de conductas restrictivas de la competencia.

La autoridad competente para conocer las acciones donde se demanden el reconocimiento de los derechos del consumidor, según el artículo 81, es la Defensoría del Pueblo. Las infracciones a lo dispuesto en dicho cuerpo legal serán sancionadas con una multa que puede variar entre cien y mil dólares y si es del caso, el decomiso de los bienes, o la suspensión del derecho a ejercer actividades en la prestación del servicio de la publicidad. Es necesario recalcar que esta ley no concede acciones a los competidores de los infractores para demandar violaciones de esta ley; sino que únicamente quien demuestre su calidad de consumidor de bienes y servicios está legitimado activamente para iniciar las acciones que le franquea la ley.

2.3. NORMAS DE COMPETENCIA DISPERSAS EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

Como se explicó anteriormente, en el Ecuador no existe una Ley de Competencia Económica o una Ley de Protección de la Libre Competencia, sin embargo existen normas de competencia económica que se encuentran dispersas dentro de la legislación ecuatoriana para varios sectores proveedores de bienes y servicios. A continuación se detallan algunas de estas normas:

2.3.1. TELECOMUNICACIONES

La Ley Especial de Telecomunicaciones, Ley número 184, publicada en el Registro Oficial número 996 del 10 de agosto de 1992, contempla algunos aspectos acerca de la libre competencia:

Entre ellos, en su artículo 35, establece ciertas funciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones, como son: controlar que el mercado de las telecomunicaciones se lleve bajo un régimen de libre competencia, y por otro lado juzgar a las personas naturales y jurídicas que no cumplan lo contenido en la Ley de Telecomunicaciones. La Ley menciona en su artículo 38 lo que es un Régimen de Libre Competencia: “**Art. 38.- Régimen de libre competencia.-** *Todos los servicios de telecomunicaciones se brindarán en régimen de libre competencia, evitando los monopolios prácticas restrictivas o de abuso de posición dominante, y la competencia desleal, garantizando la seguridad nacional, y promoviendo la eficiencia, universalidad, accesibilidad, continuidad y la calidad del servicio...*”⁴⁹.

En base a lo que se mencionó en el capítulo anterior acerca de los conceptos básicos del derecho de la competencia económica, podemos ver que esta ley busca impulsar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones mediante la prohibición de conductas restrictivas de la competencia. En el artículo citado anteriormente de la Ley de Telecomunicaciones, se menciona algunas de este tipo de conductas restrictivas de la competencia. Esta Ley, sin embargo, no establece sanciones ni procedimientos para poder demandar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones. Sus conceptos son muy generales, no menciona qué tipos de conductas serán consideradas restrictivas a la libre competencia; por lo que no será fácil aplicar esta ley si no se tiene una idea de qué tipo de actos o acciones por parte de los agentes económicos causan una distorsión en el mercado. Más adelante se verá que el

⁴⁹ SILEC (2011). Ley Especial de Telecomunicaciones. En SILEC (En Línea). (Libre Competencia). Recuperado el 19 de abril de 2011, de <http://www.lexis.com.ec>

Reglamento a esta Ley da ciertas pautas para demandar la libre competencia y a través de qué órgano estatal se tramitará.

El Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones, establece las atribuciones del Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), que es el ente encargado de controlar las telecomunicaciones en el país, para garantizar la libre competencia:

Establece en su artículo 17 que todos los servicios de telecomunicaciones se prestarán en el régimen de libre competencia. El CONATEL podrá intervenir para evitar la competencia desleal; estimular el acceso de nuevos prestadores de servicios; es decir, impedir que se creen barreras de entrada; prevenir o corregir tratos discriminatorios y evitar que se den actos o prácticas restrictivas de la competencia.

De acuerdo al artículo 19 del Reglamento, el CONATEL podrá dictar regulaciones para proteger y promover la libre competencia, así como para poner fin a los actos contrarios a la libre competencia. Incluso, se le da la facultad de establecer reglas especiales para los prestadores de servicios que tengan una posición dominante en el mercado. Cabe recalcar que, de acuerdo a lo analizado en el primer capítulo, tener una posición dominante no constituye una conducta restrictiva de la competencia, sino el abuso de esta posición de dominio en el mercado; por lo que la imposición de estas reglas a los agentes económicos en estas circunstancias es para prevenir, precisamente, el abuso de esta posición privilegiada. El artículo 20 establece que el CONATEL puede fijar o ajustar precios en caso de que los prestadores de servicios hayan acordado entre sí los precios de los servicios con fines contrarios a la libre competencia; es decir, que se celebren acuerdos horizontales, ya que se estaría hablando de agentes económicos que pertenezcan a un mismo nivel en la cadena de distribución. También podrá fijar precios cuando un agente económico ofrezca servicios por debajo de los costos, siempre que sea con motivos o efectos anticompetitivos (conducta que en doctrina se conoce como

precios predatorios); y por último cuando un prestador de servicios se niegue a otorgar la conexión o interconexión injustificadamente.

Para asegurar que el servicio de las telecomunicaciones se dé bajo un régimen de libre competencia, el artículo 21 del reglamento obliga a los prestadores de servicios a establecer los precios de sus servicios considerando costos de prestación eficientes, operabilidad razonable y rentabilidad de capital invertido, sin incluir el precio de los equipos terminales necesarios para recibirlos; a proporcionar a cualquier prestador del servicio de telecomunicaciones el acceso puntual a la información técnica necesaria, que permita y facilite la conexión o interconexión a sus redes; y a no imponer unilateralmente como condición a la prestación de sus servicios la compra de equipos terminales suministrados por ellos mismos o por un determinado proveedor.

En lo que se refiere a los precios dentro del mercado de las telecomunicaciones, el artículo 83 del reglamento establece que en virtud de que los servicios de telecomunicaciones serán prestados bajo el régimen de libre competencia, los distribuidores de servicios de telecomunicaciones podrán fijar sus precios libremente, lo que se contradice con el artículo 21 del reglamento que se mencionó anteriormente, bajo el cual existen ciertos parámetros para fijar el precio de los servicios de telecomunicaciones. Por lo tanto el precio no se lo fija libremente por las fuerzas de oferta y demanda del mercado, sino que el mismo debe ser, por regulación, lo más cercano al costo marginal del prestador del servicio.

Claramente podemos ver que al obligar a los prestadores a establecer sus precios en razón de costos de prestación eficientes, operabilidad razonable, etc., todos los agentes económicos tendrán que ajustar un precio conveniente para la prestación de sus servicios, que sea accesible. De esta manera se intenta que todos los agentes económicos estén en igual posición en el mercado, y que la gente pueda escoger qué servicio adquirir. Al proporcionar información técnica, se refiere a ciertas características de la red que van a

permitir la interconexión de redes. De esta manera, el usuario de una red puede comunicarse con otra. No se está revelando secretos industriales que den una ventaja competitiva a un competidor. Finalmente se trata de que los prestadores de servicios no condicionen la distribución de sus servicios, a una compra adicional de bienes que ellos suministran o bien sea de otros prestadores de servicios; lo que se quiere con esta medida es evitar que se celebren acuerdos verticales y horizontales entre los diferentes agentes en la cadena de distribución del servicio.

El artículo 37 del reglamento establece que la conexión e interconexión se permitirán en condiciones de igualdad, neutralidad y libre y leal competencia a cambio de una debida retribución. Según este artículo, todos los prestadores de servicios pueden conectarse e interconectarse libremente entre sus redes, lo que demuestra que se intenta que exista un fácil acceso y se garantiza la libre competencia al permitir que todos los prestadores de servicios puedan utilizar sus redes; es decir, permite la libre movilidad de usuarios, y la conexión final de éstos, con el propósito de que exista mayor competencia por captar usuarios entre los prestadores del servicio, y que el usuario tenga libertad de elegir al prestador que mejores condiciones le ofrezca. Entre una de las obligaciones de los concesionarios que tengan redes públicas, se encuentra la de no imponer como condición a la prestación de sus servicios la compra de bienes suministrados por ellos mismos o bien sea por otros prestadores de servicios, y que dichos bienes se proveerán bajo el régimen de libre competencia, tal como se mencionó anteriormente en lo referente al artículo 21 del reglamento acerca de las obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones. El artículo 42 del reglamento habla acerca de que los acuerdos de conexión que se celebren entre los concesionarios de redes públicas deben ser registrados en la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones. En dichos acuerdos se deberá, obligatoriamente, introducir una cláusula en la cual el CONATEL, mediante resolución, pueda modificar los acuerdos de conexión e interconexión para evitar las prácticas restrictivas de la competencia. De acuerdo al artículo antes mencionado las

partes darán la facultad al CONATEL de modificar el acuerdo en el caso de que exista alguna conducta restrictiva de la competencia. Claro está que dicha conducta debe comprobarse, lo que se realizará a través de un trámite administrativo, según lo que dice el artículo y de tal forma promocionar la libre competencia.

Otra de las atribuciones que se le confiere al CONATEL en el artículo 88 del reglamento, es la de dictar normas y políticas que promuevan, protejan y regulen la libre competencia entre los prestadores de servicios de telecomunicaciones. Esto demuestra que a través del ente de control estatal, se expedirán dichas normas o políticas y éste será el responsable de evitar que en el mercado de las telecomunicaciones existan conductas que lo distorsionen; lo que se ha realizado a través de Resoluciones.

Otro ente de control que se encargará de la supervisión y control de las personas naturales o jurídicas, ya sean públicas o privadas, que presten servicios de telecomunicaciones de manera que sus actividades se ejecuten de acuerdo a las disposiciones, tanto de la Ley Especial de Telecomunicaciones, como del Reglamento a la Ley Especial de Telecomunicaciones, es la Superintendencia de Telecomunicaciones. Entre las atribuciones que le confiere a ésta el artículo 110 del reglamento, se encuentra la de aplicar las normas de protección y estímulo a la libre competencia que se encuentran previstas en la ley y reglamentos. La Superintendencia se encargará de que se cumpla el contenido de la ley; es el órgano competente para sancionar cualquier conducta que infrinja la Ley, así como su Reglamento.

Este reglamento confirma la existencia de normas que promueven y garantizan la libre competencia en la Ley Especial de Telecomunicaciones. Establece la autoridad competente para dictar las normas pertinentes que van a regular la libre competencia en el ámbito de las telecomunicaciones. Si bien éste es el reglamento para la aplicación de la Ley Especial de Telecomunicaciones, no contiene tampoco las sanciones que se aplicarán sobre quienes cometan actos

contrarios a la libre competencia. Tampoco hace una explicación más a fondo sobre los conceptos importantes del derecho de la competencia económica, que sin duda son fundamentales para poder ejercer el derecho a la libre competencia consagrado en este cuerpo normativo. En virtud de que no se establece un procedimiento ni sanciones sobre actos restrictivos de la competencia en la Ley Especial de Telecomunicaciones ni en su reglamento, la Superintendencia de Telecomunicaciones, como una alternativa para asegurar la libre competencia emitió la Resolución número 643, que fue publicada en el Registro Oficial número 468 de fecha 5 de diciembre de 2001, y expidió el Reglamento para el Trámite de Denuncias previo al Juzgamiento Administrativo de los Actos Contrarios a la Libre Competencia en Servicios de Telecomunicaciones. Esta Resolución nos da las pautas para denunciar actos contrarios a la libre competencia así como quien puede denunciarlos.

De acuerdo al artículo 1 de la Resolución, podrán denunciar, ante el Superintendente de Telecomunicaciones, actos contrarios a la libre competencia, toda persona natural o jurídica que se sienta afectada por actividades que realicen empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones, en su contra. Este es un procedimiento administrativo por lo que deberá acogerse a las normas de la Ley Especial de Telecomunicaciones, al Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones y a la Resolución. Ésta tampoco establece que sanciones se impondrán a quienes cometan actos contrarios a la libre competencia, ni la forma de establecerlas. El Superintendente de Telecomunicaciones es el encargado de juzgar cualquier infracción a las disposiciones de la Ley Especial de Telecomunicaciones, así como a esta Resolución, y el podrá ordenar que, entre otras cosas se suspenda el servicio de quien infrinja la ley.

2.3.2. HIDROCARBUROS

La Ley de Hidrocarburos fue expedida mediante Decreto Supremo número 2967, publicado en el Registro Oficial número 711, de fecha 15 de noviembre de 1978. En su primer artículo garantiza la libre competencia para las actividades de hidrocarburos estableciendo que en todas las actividades de hidrocarburos se encuentran prohibidas todo tipo de prácticas o regulaciones que impidan la libre competencia, ya sea por parte del sector público o privado. Como se puede ver, la Ley de Hidrocarburos prohíbe cualquier práctica que distorsione la libre competencia, ya sea en el sector público o privado, pero simplemente hace mención de esto, más no se establece a que se refiere con “prácticas” que restrinjan la libre competencia. Sus conceptos son muy generales.

De lo que menciona en su primer artículo, igualmente es importante recalcar que el Estado también debe emitir sus normas respetando el principio de libre competencia. No se menciona ningún otro de los conceptos que se revisaron en el primer capítulo ni tampoco de qué forma o mediante qué organismo del Estado se podrá impedir la práctica de este tipo de conductas. No basta solo con que la Ley haga mención de la protección de la libre competencia; que deben existir más normas que contribuyan a su aplicación-Con las actuales normas, es imposible lograr que se respeten los principios de la libre competencia en este mercado.

El Reglamento de Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, se expidió mediante Decreto Ejecutivo, y contiene un artículo referente a la libre competencia.

Como se verá a continuación, en este reglamento solo existe un artículo referente a la libre competencia, específicamente el Art. 24, donde constan las atribuciones del Director de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero. Entre ellas se le otorga como atribución la de ejecutar

regulaciones para garantizar el abastecimiento de combustibles para evitar las prácticas que distorsionen la libre competencia. De ser necesario, mediante una resolución de este tipo se puede crear reglamentos, así como el procedimiento para sancionar actos que vayan en contra de la libre competencia. Si bien tanto la Ley de Hidrocarburos como su reglamento contienen disposiciones a favor de la libre competencia, su contenido es insuficiente para un mercado tan importante para el país. El reglamento lo que hace es determinar cuál será la autoridad encargada de regular las relaciones entre los actores de los mercados para evitar que se den prácticas contrarias a la libre competencia.

2.3.2.1. GAS

En cuanto se refiere a la comercialización de gas, el Reglamento para la Comercialización de Gas Natural para Uso Residencial y Comercial, expedido mediante Acuerdo Ministerial número 127 del Ministro de Minas y Petróleos, publicado en el Registro Oficial número 320, de fecha 21 de abril de 2008, establece normas promoviendo la libre competencia:

Con este reglamento se trata de que las comercializadoras de gas presten servicios sin abuso de posición dominante y sin realizar prácticas monopólicas o restrictivas de la competencia, de acuerdo a su artículo 7. Se menciona también que a quienes incurran en conductas que se consideren restrictivas de la competencia, la Dirección Nacional de Hidrocarburos abrirá un expediente administrativo a fin de imponer una sanción económica.

De todas estas normas que se han enunciado se puede ver que recogen términos como las prácticas anticompetitivas, las definen y establecen qué tipo de prácticas restringen la competencia. Si bien estas normas promueven y garantizan la libre competencia, estableciendo atribuciones de sus autoridades para regular la misma, deberían también establecer los lineamientos para un procedimiento de ejercicio de acciones de libre competencia en el caso de que

un agente económico infrinja lo que establece la ley. Adicionalmente, ninguna de estas normas incluye una sanción por el cometimiento de este tipo de conductas.

2.3.3. ACTIVIDADES PORTUARIAS

La Marina Mercante, mediante Resolución número 82, publicada en el Registro Oficial número 444, de fecha 31 de octubre de 2011, expidió la Regulación de la Competencia en las Actividades Portuarias. A continuación se detallan sus artículos más importantes:

Esta Ley hace mención en su artículo 2 a las definiciones de dos conceptos del derecho de la competencia económica siendo éstos los siguientes:

“e) Posición dominante: Se considera la situación de la que goza una empresa (o más de una si es que entre las mismas no existe competencia efectiva) en un determinado mercado o sector de él, cuando como consecuencia de tener una participación en el mismo significativamente mayor al de aquella o aquellas que le siguen, ostenta un poder tal sobre dicho mercado que le permite actuar autónomamente, tanto en lo que respecta a los demás operadores como a los usuarios, sin tener en cuenta la competencia de manera sustancial;

Abuso de posición dominante: Se considera a la situación conforme a la cual una empresa portuaria, por su posición de hegemonía en un determinado mercado o sector del mismo, lleva a cabo prácticas ilegítimas con el fin de obtener beneficios en perjuicio de terceros, sean competidores o usuarios que, de no existir dicha posición de dominio, no hubiera podido alcanzar; y...”⁵⁰.

Estas son las únicas dos definiciones que esta Resolución da en lo que se refiere a prácticas restrictivas de la competencia. En su artículo 8 vuelve a

⁵⁰ SILEC (2011). Regulación de la Competencia en las Actividades Portuarias. En SILEC (En Línea). (Libre Competencia). Recuperado el 19 de abril de 2011, de <http://www.lexis.com.ec>

mencionar lo que es posición dominante, pero esta vez específicamente para el caso de actividades portuarias, y se habla de la imposición abusiva de precios, negativa injustificada a satisfacer la demanda de prestación de servicios, aplicación arbitraria de condiciones desiguales, condicionamiento a la prestación de servicios, concertación de acuerdos o convenios, y por último la ejecución de cualquier práctica contraria a los intereses de otros competidores.

Se puede ver que se incluye dentro de lo que esta Resolución considera abuso de posición dominante a lo que son acuerdos, fijación de precios, aplicación de condiciones desiguales, etc., lo que es completamente errado en virtud de que este tipo de prácticas sin bien son restrictivas de la competencia no siempre constituyen abuso de posición dominante. Son conceptos que se deben tratar por separado debido a su naturaleza. Se intenta normar varios aspectos de la competencia con un solo artículo, lo ideal sería que se definan y se especifiquen las demás prácticas restrictivas de la competencia.

De acuerdo al artículo 10 de esta Resolución, quien debe ejercer el control del cumplimiento de sus disposiciones es la Autoridad Portuaria Nacional, pero una vez más nos vemos en el problema de que no existen más disposiciones sobre como demandar la protección la libre competencia, qué procedimiento se adoptará para el ejercicio del contenido de esta norma, así como las sanciones que se impondrán. Es muy escaso el contenido acerca de la libre competencia en esta Resolución.

2.3.4. SERVICIO POSTAL

Mediante Decreto Ejecutivo número 1207, se expide en el año 2008 el Reglamento de los Servicios Postales, el mismo que contiene normas que promueven la libre competencia:

El primer artículo del Reglamento de los Servicios postales establece que el servicio se prestará bajo el régimen de libre competencia y se prohíbe los

monopolios. Bajo uno de los principios aplicables, consagrado en el artículo 3 del reglamento se habla una vez más de que la prestación de servicios postales se realizará bajo el régimen de libre competencia. Se puede ver que el reglamento promueve el desarrollo de este mercado mediante la libre competencia, pero debe existir un órgano encargado de controlar y supervisar que no se den prácticas contrarias a la libre competencia.

En el artículo 11 constan las funciones que ejercerá la Agencia Nacional Postal, entre ellas está velar por la eficiencia de los servicios postales, garantizando la protección a los derechos de los usuarios y la libre competencia en el sector postal. Este reglamento busca normar el funcionamiento del servicio postal público y privado.

Como se puede ver, el reglamento, claramente, garantiza y promueve la prestación del servicio postal bajo el régimen de libre competencia y de la misma forma establece, como una de las funciones de la Agencia Nacional Postal, ente adscrito al Ministerio de Telecomunicaciones, encargarse de ejercer un control sobre el servicio postal, garantizando la libre competencia en el servicio postal. No se encuentra nada acerca de qué tipo de conductas restrictivas de la competencia existen; es imposible que solo mencionado que el servicio se prestará bajo el régimen de libre competencia se pueda cumplir con este supuesto ya que hacen falta normas para identificar conductas restrictivas de la competencia, así como un procedimiento para sancionarlas.

2.3.5. PRODUCCION, COMERCIO E INVERSIONES

El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, se publicó en el Registro Oficial número 351 de fecha 29 de diciembre de 2010, y en éste se garantiza la competencia económica como un derecho para los inversionistas.

El artículo 19 del Código reconoce como uno de los derechos para los inversionistas el de la libre competencia. Se les otorga libertad de producción,

se les da acceso a procedimientos administrativos y acciones de control para evitar que se den prácticas de monopolio u oligopolio privados o de abuso de posición de dominio en el mercado. Estos derechos que se les da a los inversionistas son principalmente para que se promocióne la inversión extranjera. Esta parte del Código es muy importante, sin embargo sería favorable para el país contar con más normativa, dentro del mismo, sobre la libre competencia, ya que la inversión extranjera al invertir en el país, tiene como finalidad obtener una utilidad, lo que es difícil obtener en el caso de que no existan normas que restrinjan las conductas restrictivas de la competencia. Los inversionistas extranjeros esperan que sus actividades económicas estén protegidas de cualquier práctica que cause distorsión en el mercado, por lo que esta normativa es favorable para ellos. Sin embargo, hacen falta más disposiciones que establezcan procedimientos para denunciar este tipo de distorsiones. Si bien se les otorga la facultad de seguir procedimientos administrativos para evitar conductas restrictivas de la competencia, el Código no menciona su tramitología, ni la forma en que se reconozca este derecho de los inversionistas.

2.4. NORMAS DE COMPETENCIA EN VIGENCIA PARA EL ESTADO ECUATORIANO

2.4.1. DECISIONES 608 Y 616 DE LA CAN; Y DECRETO EJECUTIVO

El Ecuador es uno de los países suscriptores del Acuerdo de Cartagena en el año 1969, que dio paso a la conformación de la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Los países miembros se integraron con el fin de alcanzar un desarrollo más acelerado y equilibrado mediante la integración andina, sudamericana y latinoamericana. Como parte de este acuerdo, los países miembros de Comunidad Andina de Naciones deben acatar, de manera obligatoria, las Decisiones que emite la Comisión de la Comunidad Andina. Con el fin de impulsar el desarrollo económico, la CAN, emitió la Decisión 608, referente a Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en

la Comunidad Andina y posteriormente la Decisión 616, que dictaba las normas para la entrada en vigencia de la Decisión 60 para el Ecuador.

2.4.1.1. DECISION 608 DE LA CAN

La Decisión 608 está compuesta por 51 artículos, de los cuales 5 artículos corresponden a disposiciones finales; 1 artículo como disposición complementaria y 4 artículos a disposiciones transitorias. Todos ellos contienen normas acerca de la libre competencia en el mercado andino. La Decisión tiene como objetivos la protección y promoción de la libre competencia, de acuerdo al artículo 2 de la Decisión.

Más adelante en sus artículos 7, 8 y 9 detalla las conductas que se constituyen como restrictivas a la libre competencia:

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

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

Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.

Art. 8.- Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

- a) La fijación de precios predatorios;*

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

Art. 9.- *Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad*⁵¹.

En el caso de que agentes económicos incurran en conductas restrictivas de la libre competencia, las autoridades nacionales competentes, personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, podrán solicitar a la Secretaría General de la CAN que se realicen las investigaciones correspondientes para determinar la existencia de conductas restrictivas de la competencia, esto se detalla en los siguientes artículos de la Decisión 608 de la CAN.

⁵¹ SILEC (2011). Decisión 608 de la CAN Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina. En SILEC (En Línea). (Libre Competencia). Recuperado el 21 de abril de 2011, de <http://www.lexis.com.ec>

La solicitud, una vez presentada, dará inicio a una investigación por parte de la Secretaría General de la CAN, de acuerdo al artículo 10 de la Decisión.

Como ente de control se creó el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, que de acuerdo al artículo 38 de la Decisión deberá estar conformado por un miembro de la autoridad nacional competente en materia de libre competencia de cada país, que para el caso del Ecuador es la Subsecretaría de Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad.

2.4.1.2. DECISIÓN 616 DE LA CAN

La Decisión 616 de la Comunidad Andina de Naciones trata sobre la entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador. De acuerdo a esta Decisión, el Ecuador podrá aplicar lo dispuesto en la Decisión 608 en lo que resulte aplicable para los casos que se presenten fuera del ámbito del artículo 5⁵² de la Decisión 608.

Se dispone que el Ecuador debe designar interinamente a la autoridad que se encargara de la ejecución de la Decisión 608; y que ésta entrará en vigencia, para el Ecuador, a los dos años siguientes desde su publicación en la Gaceta del Acuerdo de Cartagena o si dentro de este periodo entraba en vigencia una ley nacional de competencia. La Decisión 608 entró en vigencia para el Ecuador en el momento que se publicó la Decisión 616 en la Gaceta del Acuerdo de Cartagena, el 25 de julio del año 2005.

El Ecuador no cuenta con una ley nacional de competencia, y no fue de otra manera el momento en que se emitió la Decisión 608 de la CAN, por lo que se

⁵²Normas de Promoción y Protección de la Libre Competencia Andina Decisión 616 de la CAN: Artículo 5.- a) *El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y, b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.*

tuvo que dar un trato especial para que el país pueda gozar de los beneficios y compartir las obligaciones que impone la Decisión 608 de la CAN.

2.4.1.3. DECRETO EJECUTIVO 1614

El Presidente de la República, mediante Decreto Ejecutivo número 1614, publicado en el Registro Oficial número 558 de fecha 27 de marzo de 2009, emitió las Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Con este Decreto, lo que se intenta es normar ciertos aspectos de la libre competencia en el territorio ecuatoriano hasta que la Asamblea Nacional apruebe la ley que regule la competencia económica.

Establece la forma en la que se puede hacer efectiva la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones para denunciar actos que vayan en contra de la libre competencia y designa a la Subsecretaria de Competencia del Ministerio de Industrias y Competitividad para ser el ente encargado de ventilar este tipo de controversias.

2.5. ACCIONES DE LIBRE COMPETENCIA Y AUTORIDAD COMPETENTE

El Decreto Ejecutivo que se menciona anteriormente dicta normas sobre las acciones de libre competencia que se puede demandar y cuál será la autoridad competente para sustanciar las controversias sobre la libre competencia. Se designa como autoridad competente para la aplicación de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, a la Subsecretaría de la Competencia, del Ministerio de Industrias y Productividad⁵³.

⁵³Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN: Artículo 1.- Autoridad de aplicación e investigación.- Designese como autoridad de aplicación de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina, al Ministro de Industrias y Productividad y como autoridad investigadora a la Subsecretaría de Competencia, que se crea dentro de dicho Ministerio.

Para iniciar el procedimiento administrativo de conocimiento y resolución sobre la comisión de infracciones a las normas de la libre competencia de la Decisión 608 de la CAN, se hará de oficio, por solicitud de otro órgano administrativo, o por solicitud del agraviado, o cualquier persona natural o jurídica que se sienta perjudicada⁵⁴. La solicitud para iniciar el proceso se realizará de acuerdo al artículo once de la Decisión 608 de la CAN.

La persona encargada de calificar la solicitud presentada al Ministerio de Industrias y Competitividad es el Subsecretario de la Competencia. El momento en que la solicitud sea admitida a trámite, dicha autoridad ordenará que se realicen las investigaciones necesarias para determinar la veracidad de la existencia de una infracción. De las investigaciones se emitirá los informes pertinentes.

El Subsecretario de la Competencia podrá realizar sus propias determinaciones o solicitar documentación adicional que le permita completar su investigación. El informe de su investigación será enviado al Ministro de Industrias y Productividad, quien emitirá su resolución motivada.

Este proceso es de trámite administrativo, quien se encarga de toda su ejecución es la Subsecretaria de Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad. Como en todo proceso se legitima el derecho a la defensa el momento en que la otra parte interviene dentro de este procedimiento para poder alegar de las conductas restrictivas de la competencia de que se le acusa. Se respeta el debido proceso en todas sus partes. El procedimiento que actualmente está en marcha para aplicar la Decisión 608 de la CAN tiene mucha importancia ya que al ser adoptado mediante la firma de un tratado internacional, se encuentra por sobre cualquier otra ley de nuestro ordenamiento jurídico. Lo que es fundamental para poder hacer un juzgamiento

⁵⁴ Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN: Artículo 2.- Iniciación del procedimiento administrativo.- El procedimiento para conocer y resolver sobre la comisión de infracciones a las normas de competencia de la Decisión 608 se iniciará: a) De oficio; b) A solicitud de otro órgano administrativo; y, c) Por solicitud formulada por el agraviado; o, por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, que se sienta perjudicada.

en materia de competencia es el amplio conocimiento legal y económico que deben tener las personas encargadas de realizar este juzgamiento. Los mercados no funcionan de la misma forma, por lo que cada caso en que se demande una conducta contraria a la libre competencia debe ser analizado independientemente en la parte legal y en la parte económica. En el Ecuador es muy poca la gente con este tipo de conocimientos, por lo que ésta es una de las razones por las cuales el ordenamiento jurídico ecuatoriano no se encuentre muy avanzado en temas de libre competencia.

Al constatarse la existencia de conductas restrictivas de la competencia o abuso de posición de dominio, se aplicarán las medidas correctivas y/o sancionatorias contempladas en ese mismo artículo, es decir, el cese inmediato de la conducta restrictiva en un plazo determinado; imposición de condiciones u obligaciones determinadas; o multas. Para fijar las medidas sancionatorias se debe considerar, entre otros factores, la gravedad de los hechos, el beneficio obtenido, la conducta procesal de las partes y el nivel de los daños causados a la libre competencia, la dimensión del mercado afectado y la cuota de mercado de la empresa correspondiente. Al denunciar actos anticompetitivos con la legislación de competencia contenida en los diferentes cuerpos legales en el Ecuador, se debe tomar en cuenta todos estos factores para poder emitir la correspondiente resolución y las sanciones que dicten los respectivos entes de control deben estar apegadas a lo que dicta dicha Decisión.

CAPITULO III

III. LA COMPETENCIA ENTRE LOS AGENTES ECONÓMICOS EN EL ECUADOR

3.1. EJEMPLOS PRÁCTICOS DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN MERCADOS ECUATORIANOS.

El Ecuador es un país en donde convergen un sinnúmero de agentes económicos dentro de los distintos mercados de comercialización de bienes y servicios. A continuación se analizarán tres mercados dentro del territorio ecuatoriano en donde se dan prácticas restrictivas de la competencia.

3.1.1. COMERCIALIZACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LLANTAS

El mercado que se va a analizar corresponde a la venta y distribución de llantas de todo tipo, ya sea para vehículos livianos, así como para maquinaria pesada. Este mercado está compuesto por los siguientes agentes económicos: Importadores, Distribuidores, Comercializadores y, claro está, los consumidores. Este mercado funciona de la siguiente manera:

El producto llega al consumidor a través de una cadena, en donde en primer lugar interviene los importadores. Los importadores pueden ser personas naturales o jurídicas, son quienes se encargan de adquirir el producto de varios países del mundo para de esta forma vender el producto al distribuidor. En la actualidad es muy común la importación de llantas chinas, “especialmente para trabajo pesado, debido a que su precio es menor que el del resto de marcas”⁵⁵. Los importadores adquieren productos al menor precio posible, de esta manera, al vender el producto al distribuidor, obtendrá un mayor margen de

⁵⁵ Diario Hoy (2011). Crece el negocio de llantas. En Diario Hoy (En Línea).(Importación de Llantas) Recuperado el 21 de abril de 2011, de <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/crece-el-negocio-de-las-llantas-298666-298666.html>

utilidad. “Actualmente, en el Ecuador la importación de llantas se encuentra totalizada por trece empresas”⁵⁶.

Los distribuidores, a su vez, quienes también pueden ser personas naturales o jurídicas, intentan adquirir el producto de los importadores al menor precio posible, a fin de poder obtener una mayor ganancia el momento en que éstos lo venden ya sea al comercializador o al consumidor. Los distribuidores se caracterizan por adquirir grandes cantidades del producto. Lo que hacen es vender productos de las marcas de las cuales han obtenido representaciones o también de productos que se venden bien en el mercado. Existen casos en que algunas marcas producen el producto en el territorio nacional, por lo tanto además de productores, también se convierten en distribuidores.

Al final de la cadena se encuentran los comercializadores. En este nivel de la cadena existen tanto personas naturales como jurídicas que se dedican a la comercialización de este producto. Los comercializadores adquieren el producto de los distribuidores a un precio que sea conveniente para obtener una ganancia considerable, una vez que el producto sea vendido al consumidor. Los comercializadores, usualmente adquieren los productos que más se venden en el mercado, pero no en grandes cantidades, a diferencia de los distribuidores, y también comercializan productos que son solicitados por sus clientes, los cuales, en caso de no tenerlos, deben ser pedidos al distribuidor. La función principal del comercializador de llantas es hacer llegar el producto a los consumidores.

Los consumidores participan en este mercado al adquirir los productos que se comercializan; no influyen en factores como el precio, en virtud de que ese factor se regula de acuerdo a las negociaciones que realicen los importadores,

⁵⁶ Diario Hoy (2011). Crece el negocio de llantas. En Diario Hoy (En Línea).(Importación de Llantas) Recuperado el 21 de abril de 2011, de <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/crece-el-negocio-de-las-llantas-298666-298666.html>

distribuidores y comercializadores al adquirir el producto que llegará a manos del consumidor.

Los agentes económicos que participan dentro de este mercado utilizan varias herramientas que les son útiles para llevar a cabo sus negocios. Por ejemplo, los importadores tienen sus oficinas y bodegas en donde guardan la mercadería. Los distribuidores y comercializadores hacen uso de locales comerciales para promocionar los productos y también cuentan con bodegas, especialmente los distribuidores, en virtud de que adquieren los productos en grandes cantidades, para poder almacenar las llantas. Los distribuidores, por lo general, operan desde las bodegas en donde almacenan el producto para que de esa manera, en caso de recibir un pedido, éste pueda salir directamente desde ahí. Para un comercializador es casi indispensable un local comercial donde pueda promocionar su producto, ya que al tener llantas de varias marcas es necesario que el consumidor vea el producto para que pueda elegir el de su conveniencia. Los comercializadores, además de la venta de llantas, muchas veces adecuan sus locales para prestar otros servicios relacionados, como por ejemplo enllantaje y mantenimiento automotriz. Para el caso de comercializadores que no cuentan con un local comercial, simplemente realizan ventas bajo pedido y envían el producto a quienes lo requieran. En ocasiones son los mismos comercializadores quienes se encargan de transportar ellos mismos el producto o contratan compañías de transporte para que cumplan con esta función.

La competencia dentro de este mercado se basa principalmente en precios, calidad de los productos, tiempo de entrega y servicio. Ese mercado sufre algunas distorsiones que no permiten su completo desarrollo. De acuerdo a lo mencionado en el primer capítulo de este trabajo, este mercado no funciona en competencia perfecta.

Como también se mencionó, ningún mercado se encuentra bajo el supuesto de competencia perfecta y el de comercialización de llantas no es la excepción.

Este es un mercado en el cual no existen barreras de entrada ni de salida, peor aún si se pretende ingresar al mercado como distribuidor o como comercializador de llantas. Para el caso de pretender ser importador de llantas, lo difícil es la entrada al mercado en virtud de las barreras que los mismos agentes imponen a nuevos competidores, sino por la gran cantidad de recursos económicos y logísticos que se debe invertir. Sin embargo existe un caso que puede en cierta forma constituir una barrera de entrada al mercado. Existe una compañía productora de llantas nacionales, la cual busca distribuidores a nivel nacional. Esta compañía, además de producir y vender llantas nacionales, tiene representaciones de llantas importadas, por lo que también busca que estas llantas importadas sean distribuidas a nivel nacional. Este producto por ser manufacturado en el Ecuador es menos costoso, por lo que mucha gente prefiere adquirir esta llantas sobre otras que tienen un mayor costo, y cabe mencionar que esta compañía tiene un “45% de participación en el mercado”⁵⁷. Lo que hace esta compañía es condicionar, a través de una cláusula en sus contratos de distribución, a quienes desean distribuir su producto, al impedir que quienes distribuyen su marca nacional puedan ser distribuidores de llantas importadas por otros agentes económicos y de la misma forma sucede si se intenta distribuir el producto importado por esta compañía. Esta cláusula se encuentra redactada de la siguiente forma: *“A través del presente instrumento, el distribuidor se compromete a ejercer, de manera única y exclusiva, la distribución de los productos del proveedor, siendo estos, aquellos que se producen en el territorio nacional, así como los productos de aquellas marcas representadas por el proveedor. Se prohíbe al distribuidor ejercer la distribución de cualquier otra marca que no conste dentro del catálogo del proveedor.”*. Esto constituye una barrera de entrada y una práctica restrictiva de la competencia, en virtud de que si una persona desea pertenecer al mercado y su deseo es distribuir tanto llantas nacionales como importadas, no lo va a poder hacer en razón de esta condición que se le impondrá por parte de esta compañía. Si bien esta compañía permite la distribución de llantas importadas, pero solo de

⁵⁷ El Tiempo (2011). Recuperado el 21 de abril de 2011, de <http://www.eltiempo.com.ec/noticias-cuenca/19754>.

las marcas que la misma importa, puede ser que una persona no requiera de tales marcas para comercializarlas, lo que puede afectar su decisión de entrar al mercado, no solo de aceptar las condiciones que impone esta compañía, es por esto que este hecho constituye una barrera de entrada.

Los importadores, son quienes tienen el poder dentro del mercado, ya que son pocos en relación a la cantidad de distribuidores y comercializadores, y sin embargo muchas veces quieren imponer sus condiciones y precios a su conveniencia, lo que muchas veces no resulta beneficioso para los distribuidores y comercializadores; estas condiciones son impuestas de manera verbal. Al imponerse precios y condiciones de esta forma, en ocasiones los distribuidores o comercializadores no tienen otra opción que aceptar las pretensiones del importador para no perder la compra o venta del producto que ellos desean y necesitan para realizar sus negocios. Claramente se puede ver que el importador hace uso de su posición privilegiada para imponer sus pretensiones y así crear un beneficio para sí mismo.

Por otro lado los distribuidores que tienen mayor participación dentro del mercado, siempre pretenden que nunca se pierda dicha participación, por lo que muchas veces uno de estos distribuidores, de manera verbal, propone a uno o muchos de los comercializadores a no adquirir productos de otro distribuidor. Una de las condiciones que se intenta imponer es la de que en caso de comprar mercadería a otro distribuidor se terminará cualquier relación comercial existente, lo que para el caso de un comercializador pequeño no le causa beneficio y por lo tanto se ve obligado a aceptar tal condición. Esto, sin duda, perjudica a los demás distribuidores en virtud de que pierden un comercializador al que pueden vender las llantas que distribuyen. Esta clase de acuerdos son perjudiciales y causan distorsión en el mercado.

3.1.2. COMERCIALIZACIÓN DE ROSAS

Este mercado corresponde a la venta y distribución de rosas en el Ecuador, así como fuera del país. Este mercado está compuesto por los siguientes agentes económicos: fincas productoras y exportadoras de rosas; y comercializadoras de rosas que se encuentran dentro del territorio nacional, principalmente Machachi, Lasso, Cayambe y Tabacundo. Este mercado funciona de la siguiente manera:

El producto, las rosas, llegan al consumidor a través de un proceso de producción y comercialización, en donde en primer lugar intervienen las fincas productoras y exportadoras de rosas. Estas fincas se encargan de la plantación y cuidado de las rosas durante su crecimiento hasta que alcancen la medida necesaria para que el producto pueda ser cosechado y posteriormente exportado. Las fincas intentan desarrollar la mayor cantidad de variedades de rosas y así poder exportar y satisfacer la demanda de rosas en el exterior. “En el Ecuador existen alrededor de 300 fincas productoras y exportadoras de rosas”⁵⁸. “Las fincas ecuatorianas exportan su producto principalmente a Estados Unidos y Europa”⁵⁹. Las fincas exportan su producto bajo pedido; es decir, comercializadoras extranjeras solicitan cierta cantidad y variedad de rosas; y de la misma forma venden el producto a comercializadoras nacionales. Es por esto que es importante tener una amplia y actual variedad de rosas para poder ser competitivo dentro del mercado. Otro factor importante que poseen los productores es el capital de trabajo ya que es necesario para ellos tener personal capacitado y suficiente para cumplir con la demanda; adicionalmente es importante el factor tierra ya que es imposible producir rosas sin este factor, el cual las fincas deben poseer en gran extensión. Para enviar el producto al exterior las fincas utilizan, por lo general, sus propios camiones que transportan

⁵⁸ EXPOFLORES (2011). Recuperado el 21 de abril de 2011, <http://www.expoflores.com/producers/esp/socios/socios.php>

⁵⁹ ECUADOR.COM (2011). Recuperado el 21 de abril de 2011, <http://www.ecuador.com/espanol/blog/las-flores-abundan-en-el-ecuador>

el producto hacia las compañías de carga que envían el producto a quienes lo adquirieron.

Las comercializadoras no producen rosas, lo que hacen es adquirir el producto de las diferentes fincas del territorio nacional y venderlas ya sea al exterior, a fincas nacionales o al consumidor. Siempre van a intentar adquirir el producto al menor precio posible para obtener un mayor margen de utilidad el momento en que lo vendan. Las comercializadoras se caracterizan por adquirir las variedades de rosas que más se demandan en el mercado. Estos agentes económicos transportan o envían el producto de la misma forma en que lo hacen las fincas productoras y exportadoras de rosas. Las comercializadoras al no realizar la labor de producir rosas pueden funcionar con un menor capital de trabajo ya que su actividad principal es la compra y venta del producto.

La competencia dentro de este mercado se basa principalmente en precios, calidad de producto, disponibilidad de producto, variedad de producto y tiempo de entrega. Este mercado sufre de distorsiones que afectan la libre competencia. Para entrar a este mercado como productor y exportador de rosas es necesario realizar una gran inversión económica por lo que es difícil la entrada de nuevos agentes económicos. Las fincas con mayor participación en el mercado son quienes tienen el poder dentro del mismo y muchas veces quieren imponer precios y condiciones para su conveniencia sobre las comercializadoras. Por ejemplo, lo que hacen es fijar precios altos, establecer plazos de entrega a su conveniencia y también fijan la cantidad de producto que se les venderá. Las comercializadoras, en virtud de que dichas fincas son quienes poseen la mayor variedad de rosas, no tiene otra opción que aceptar sus condiciones y precios porque en otras fincas no van a encontrar tanta variedad de productos, así como variedad de los mismos. Las fincas claramente abusan de su posición privilegiada dentro del mercado para que se cumplan sus pretensiones. Estas fincas que gozan de una posición privilegiada dentro del mercado mantienen acuerdos con importadores en varios países. Lo que se trata con estos acuerdos es que un importador adquiera el producto

solamente de una finca en particular y no del resto de fincas que existen en el territorio nacional. Debido a la gran variedad de productos y a la gran oferta de los mismos, es factible para las fincas, con mayor participación en el mercado, satisfacer la demanda de productos de los importadores con quienes suscriben estos acuerdos que podría llamárseles “de exclusividad”. Por ejemplo dentro de estos acuerdos que en ocasiones son simplemente verbales, en ocasiones son escritos, y la cláusula de exclusividad se encuentra redactada de la siguiente forma “*El comercializador se compromete a adquirir, exclusivamente, dentro del territorio ecuatoriano, los productos de las variedades producidos por...*” Para fincas que no poseen mucha participación en el mercado esto es perjudicial ya que no pueden vender sus productos libremente en virtud de la celebración de este tipo de acuerdos.

3.2. ALTERNATIVAS DE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS ANALIZADOS

De los mercados analizados podemos ver que se producen una serie de conductas restrictivas de la competencia, entre ellas barreras de entrada; abuso de posición dominante; y, acuerdos verticales y horizontales. Si bien estos mercados han logrado funcionar de esta manera, es posible que al eliminar estas conductas restrictivas de la competencia puedan alcanzar un mayor crecimiento y desarrollo.

Como alternativa para poder alcanzar la libre competencia dentro de estos mercados es necesario que los mismos agentes económicos que intervienen en ellos demanden que se respete la libre competencia dentro de cada mercado.

Como se mencionó en el capítulo anterior, existe, a través de un Decreto Ejecutivo, la posibilidad de que cualquier persona que se sienta afectada por cualquier tipo de conducta que vaya en contra de la libre competencia, pueda hacer efectivos los derechos que se conceden a través de la Decisión 608 de la

Comunidad Andina de Naciones. De esta manera se podrá denunciar este tipo de conductas restrictivas de la competencia y a través de la Sub Secretaria de Competencia lograr que se sancione a quienes incurran en el cometimiento de estas conductas.

La persona encargada para resolver sobre las acciones que demanden la libre competencia debe tener un conocimiento muy amplio sobre los principios constitucionales que garantizan la libre competencia, las Decisiones correspondientes de la Comunidad Andina de Naciones y principalmente, amplios conocimientos económicos. Para resolver una acción demandando la libre competencia hay que entender que no todos los mercados funcionan de la misma manera. Por lo tanto, cada caso debe ser analizado muy cuidadosamente, identificando claramente cada factor del mercado y determinando como es que afecta su funcionamiento el cometimiento de conductas restrictivas de la competencia, así como los perjuicios que causan.

Otra alternativa para garantizar la libre competencia en los mercados analizados es la implementación de políticas y legislación de competencia en el Ecuador. En virtud de que en el Ecuador no existe una ley de competencia económica, básicamente las normas legales existentes, que contienen disposiciones acerca de la libre competencia, pretenden cubrir parte de la función de protección de la competencia, y aun así resultan ineficientes. De esta forma existen disposiciones contenidas en leyes y reglamentos de carácter especial, que tratan de establecer pautas para el respeto al principio de la libre competencia en sectores económicos específicos. Como se desprende del análisis del anterior capítulo, no existen normas que garanticen la libre competencia en estos tres mercados analizados.

El respeto al principio de “Libre Competencia”, debe ser abordado de manera más directa y eficiente por una ley concreta, que al realizar la protección y promoción de la competencia en general, se encargará de verificar su realización en todos los sectores de la economía. La legislación de

competencia debe cumplir dos funciones: la protección de la competencia y la promoción de la misma. La primera función abarca lo que se refiere a la regulación de conductas económicas; y, la segunda, se relaciona con las áreas de desregulación de la economía, privatización y diseminación de los mecanismos de la competencia.

3.3. ANALISIS SOBRE LAS VENTAJAS DE CONTAR CON UNA LEY DE COMPETENCIA ECONÓMICA.

Como lo ha señalado la doctrina, la libre competencia es beneficiosa y necesaria para el buen funcionamiento de los mercados, a continuación se explicará ciertas razones por las cuales el Estado, debe proteger y promocionar la competencia económica.

3.3.1. BENEFICIOS PARA AGENTES ECONOMICOS:

De existir libre competencia dentro de estos mercados, existirá una mejor distribución de la participación de los mismos, y de la misma forma los agentes económicos podrán obtener mayores posibilidades de comercializar sus productos y más opciones de mercados. Los agentes económicos podrán acceder a más productos que podrán comercializar y con la innovación tecnológica que se da como producto de la libre competencia, podrán obtener productos de calidad y de esta manera ser más competitivos en los mercados. Al existir libre competencia, todos los agentes económicos estarán en igualdad de condiciones no existirán condiciones ni precios abusivos, y tampoco se celebrarán acuerdos que perjudiquen a los competidores.

“Al existir una asignación eficiente de recursos dentro de los mercados, se evita el despilfarro, lo que nos lleva al monopolio”⁶⁰, también la competencia favorece a la distribución de la riqueza, ya que se produce una igualdad entre

⁶⁰Maturana Vásquez, Pía (2003). *Apuntes de Derecho de la Competencia*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

competidores y por esto un reparto de los beneficios del mercado. Para el caso de los productores, se beneficiarán debido a que se incrementa la producción de sus bienes o servicios, ya que al tener mayores opciones de mercado se necesitará incrementar la producción para poder abastecer la demanda, lo que traerá como consecuencia beneficios económicos. La operación eficiente de los mercados en condiciones de competencia beneficia al sector productivo en su conjunto, facilita la protección del consumidor y aumenta el bienestar. Uno de sus efectos más importantes es que se crean mayores y mejores oportunidades para la pequeña y mediana empresa.

3.3.2. BENEFICIOS PARA CONSUMIDORES

En lo que se refiere a los consumidores, bajo un régimen de libre competencia, se podría acceder a una mayor variedad de productos, y de la misma forma que éstos sean de mayor calidad. Al mantener un producto homogéneo dentro del mercado, los consumidores tendrán una mayor cantidad de bienes y servicios para poder elegir, lo que tiene como resultado la caída de los precios. Uno de los mayores beneficios para los consumidores sería que los precios dejen de subir de acuerdo a lo que establece la doctrina: “La libre competencia ayuda a controlar la inflación, ya que la falta de competencia produce un aumento de los precios”⁶¹. La lucha por obtener nuevos clientes lleva a los agentes económicos a invertir en investigación y desarrollo para mejorar los productos o servicios que ofrecen, favoreciendo la innovación tecnológica, pues esto hace que los consumidores puedan acceder a productos de gran calidad a mejores precios. De la misma forma los consumidores pueden tener acceso a una mayor variedad de productos y nuevos mercados.

De acuerdo con la Doctora Margarita Alarcón, el objetivo final de una ley de competencia es el bienestar del consumidor, que se complementa, pero no debe confundirse con la ley de defensa del consumidor. La promoción de la

⁶¹Maturana Vásquez, Pía (2003). *Apuntes de Derecho de la Competencia*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

competencia beneficia al consumidor al reducir las distorsiones externas en la provisión de bienes y servicios. El consumidor es quien debe tener conocimiento, seguridad jurídica e información veraz para poder escoger.

Una ley de competencia se justifica por el hecho de que directa o indirectamente tiene por objetivo la búsqueda del bienestar del consumidor. “Uno de los criterios fundamentales para la aplicación de una política de competencia es el análisis de determinadas disposiciones legales y actuaciones empresariales tomando en cuenta la repercusión de las mismas en el mercado y por ende en el consumidor”⁶². Al implementar políticas o legislación para proteger la libre competencia se incrementan las posibilidades de elección del consumidor. “Se logra una caída de los precios, mejora la calidad de los productos y servicios y las empresas procuran ser más pro-consumidor, es decir, más conscientes de la importancia de un buen trato a sus clientes tanto en calidad como en servicios”⁶³. Una ley de competencia impediría que los grupos con poder de mercado reduzcan la producción y aumenten el precio de los productos, que tienen como consecuencia la disminución de la riqueza del consumidor.

Otra de las consecuencias directas de la implementación de una ley de competencia es “...beneficiar al consumidor a través de las actuaciones de la agencia reguladora, y del estableciendo sobre todo de una coordinación efectiva con el órgano de protección a los consumidores, que permita que los efectos de ambas leyes se traduzcan en beneficio del consumidor”⁶⁴.

Existe un concepto económico importante, conocido como “el excedente del consumidor”, este concepto es “la idea en la cual se basa la definición del excedente del consumidor es que los bienes y servicios consumidos por una persona pueden valorarse a través de sus funciones de demanda por dichos

^{55,57}HERNÁNDEZ; SCHATAN, (1999) Principios Fundamentales de la Política de Competencia. *Nota documental de la Secretaría.*

⁶³Solano Agramonte, Fanny (2007). *Análisis de la Necesidad de una Ley de Competencia*

bienes y servicios. Tales funciones de demanda son relaciones que se establecen entre cantidades que el consumidor demanda y precios que enfrenta en el mercado, pero sirven también para medir hasta cuánto estaría dispuesto a pagar por cada una de las unidades. La diferencia entre esta disposición al pago y lo que verdaderamente eroga es un excedente que el consumidor se lleva, y puede interpretarse como el beneficio que el mismo obtiene por haber adquirido el bien en cuestión"⁶⁵. De acuerdo a este concepto se entiende que el consumidor aumenta su riqueza al adquirir un producto dentro de un mercado en libre competencia. Los precios bajan y el excedente es lo que dejó de pagar antes de que los precios se reduzcan.

3.3.3. DESARROLLO ECONÓMICO

El desarrollo económico en los mercados se alcanza con la implementación de una ley de competencia debido a que el Derecho de la Competencia busca "generar eficiencia económica a través de la regulación de las posibles prácticas restrictivas al comercio"⁶⁶. Con una ley de competencia se obtendrá un aprovechamiento óptimo de los recursos de la sociedad, con el fin de satisfacer las demandas de los consumidores, al establecer un precio competitivo de los productos. La competencia promueve la eficiencia en los mercados, de esta manera se permite introducir nuevos procesos, así como nuevos productos en el mercado y "se generan incentivos en las empresas para emprender más actividades de investigación y desarrollo"⁶⁷.

El desarrollo económico se da primordialmente con la ausencia de barreras de entrada y de condiciones irracionales que pudieran impedir la entrada de nuevos agentes económicos a un mercado. De la misma forma, con la inclusión de normas que promuevan la libre competencia, se alcanza el desarrollo económico. Esto se da al poder acceder a nuevos mercados, innovar los productos; ya que es necesario realizar inversiones en tecnología, pruebas de

⁶⁵ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Editorial Heliasta.

^{59,60} Solano Agramonte, Fanny (2007). *Análisis de la Necesidad de una Ley de Competencia*

calidad y mejorar eficiencia de procesos para poder ser competitivos en cualquier mercado. La competencia entre agentes económicos activa el desarrollo económico ya que se crean nuevos negocios, así como nuevas formas de negocios, “con esto se crean nuevas fuentes de trabajo”⁶⁸. Con la libre competencia se da paso a que exista inversión extranjera, se incremente la producción, y de la misma forma incrementa el crecimiento.

El economista Juan Manuel Cruz, ex Presidente de la Comisión Preventiva Antimonopolios de Chile, afirma que un mercado competitivo constituye el mejor entorno para el desarrollo de las empresas, para lograr un crecimiento sostenido y para generar empleo.

⁶¹Maturana Vásquez, Pía (2003). *Apuntes de Derecho de la Competencia*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De todo lo mencionado se puede recalcar que el Derecho de la Competencia busca promover la competencia entre las empresas existentes dentro de un mercado y fomenta la calidad de bienes y servicios al menor precio posible, para de esta forma garantizar una estructura de mercado eficiente. Su objetivo es promover la competencia justa entre empresas. Tiene un efecto importante en las prácticas empresariales y en la reestructuración del sector industrial en los países.

Competir significa estar en el mercado, o luchar por el cliente en precio y calidad. Esta rama del derecho surge de la necesidad de proporcionar al Estado, normas que le permitan controlar los excesos de los ofertantes en materia de producción, así como reprimir y castigar dichos excesos, para el buen funcionamiento del mercado. Se entiende que un mercado es un grupo de compradores y vendedores de un determinado bien o servicio. Dentro del mercado, los compradores determinan conjuntamente la demanda del producto, y los vendedores, la oferta.

A través de la Libre Competencia se generan incentivos para que las empresas obtengan una ventaja competitiva sobre las demás mediante la reducción de costos y la superioridad técnica. La libertad de elección se debe dar simultáneamente con otros principios básicos del buen funcionamiento de los mercados, como la libre información y la definición precisa sobre los derechos de cada quien respecto de los bienes y servicios que se intercambian en el mercado..

La competencia perfecta es un término que se utiliza en economía para referirse a los mercados en los que las empresas carecen de poder para manipular el precio, y se da una maximización del bienestar, lo que tiene como resultado una situación ideal de los mercados de bienes y servicios en los que la interacción de oferta y demanda determina el precio. En los mercados de

competencia perfecta existen gran cantidad de compradores y de vendedores, de manera tal que ningún comprador o vendedor individual ejerce influencia decisiva sobre el mismo. El Equilibrio de mercado en competencia perfecta, se entiende que es el precio en el cual la cantidad ofertada es igual a la cantidad demandada. En este punto no existe una razón para que el precio y la cantidad cambien.

Dentro de los mercados se producen prácticas o conductas restrictivas de la libre competencia, que son los acuerdos verticales y horizontales y el abuso de posición de dominio. Estas conductas llevan a que se rompa el mecanismo por el cual los consumidores, puedan expresar sus preferencias libremente en el mercado. Las conductas que se consideren como restrictivas de la competencia, ya sea por parte de los consumidores como de los productores, atenta contra la validez de este bien jurídico. Las conductas anticompetitivas que se dan entre agentes económicos con el objeto de restringir la libre competencia; son una violación de los principios de la libre competencia. Estas prácticas se consideran ilegales ya que son conductas que pueden generar daños a un mercado determinado.

Se puede afirmar que el derecho de la competencia es la rama del derecho que tiene como objetivo el mantenimiento de un mercado competitivo en el que los productos y servicios sean intercambiados libremente. Lo que busca esta rama del derecho es promover la competencia entre las empresas existentes en un mercado y fomentar la buena calidad de bienes y servicios al menor precio posible, garantizando una estructura de mercado eficiente. Su objeto es asegurar la vigencia de una competencia suficiente y una vez que ésta existe procurar su perdurabilidad, eliminando de acuerdo con la ley, interferencias o ataques a la misma, o sancionando actos contrarios a la libre competencia que afecten el interés general, pues la competencia autentica favorece dentro del mercado a los usuarios y consumidores.

En el Ecuador no existe una Ley de Competencia Económica, pero se establece en la Constitución, los principios por los que se debe regir la competencia en el país. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, y evitará que se den conductas restrictivas de la competencia. Dentro de la constitución también se establece que se evitará las conductas monopólicas y oligopólicas en el sector privado. Sin embargo existe contradicción en una de sus disposiciones, al mencionar que en lo que se refiere a compras públicas se priorizarán los productos y servicios nacionales, lo que claramente se va en contra del principio de protección a la libre competencia. Otro aspecto importante es la reserva, por parte del Estado de gestionar sectores estratégicos, lo que también entra en contradicción con el principio de libre competencia. Estas disposiciones deben mantener armonía entre ellas, ya que no sirve garantizar derechos en la constitución, si se los va a vulnerar mediante la aplicación de otro de sus artículos.

Aunque no existe un cuerpo normativo que regule la competencia económica en todos los sectores, se pudo apreciar que uno de los cuerpos normativos que regula las relaciones entre proveedores y consumidores, y que tiene una estrecha relación con el derecho de la competencia económica es la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Se pudo ver que las disposiciones de esta norma se las interpreta con el sentido más favorable al consumidor, así como proteger sus derechos, mediante su autoridad competente. Se regula la publicidad y su contenido; se controla la especulación; y condicionar la venta de un bien a la compra de otro. Lo que se pretende es proteger al consumidor, no a los mercados como tal.

No se puede normar en su totalidad a la competencia dentro de los mercados si las leyes mencionadas contienen pocos artículos sobre el tema. Se debe hacer un articulado más extenso y detallado para poder abarcar todos los temas del Derecho de la Competencia y evitar que se den prácticas anticompetitivas. Con solo hacer mención de que se promoverá o protegerá la libre competencia, no se está garantizando este derecho. Se debe establecer

procedimientos para el ejercicio de estas disposiciones; se debe identificar qué tipo de conductas son prácticas restrictivas de la competencia según la doctrina o bien sea por ordenamientos jurídicos que están más avanzados en la materia.

Al suscribir el Acuerdo de Cartagena, que dio paso a la conformación de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), el Ecuador se integró a dicho bloque de integración con el fin de alcanzar un desarrollo más acelerado y equilibrado. La CAN expidió las Decisiones 608 y 616, acerca de las normas de promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina; y sobre la entrada en vigencia de la Decisión 608 para el Ecuador, respectivamente. Se han reconocido, dentro de la Decisión 608, las conductas restrictivas de la competencia. Las que debe ser sancionadas tanto por la autoridad nacional de cada país, o por la Comunidad Andina de Naciones. La Decisión 616 determina la forma en que la Decisión 608 entrará en vigencia para el Ecuador, en virtud de que el Ecuador no cuenta con una Ley de Competencia. Mediante el Decreto Ejecutivo 1614, se puede hacer efectiva la Decisión 608 de la CAN y se designa a la Subsecretaría de Competencia del Ministerio de Industrias y Competitividad para ser el ente encargado de ventilar las controversias en materia de competencia y de sancionar el cometimiento de las mismas mediante un trámite administrativo.

Se analizaron conductas anticompetitivas en tres mercados, dentro del territorio ecuatoriano, específicamente la comercialización de llantas, comercialización de rosas y comercialización de equipos de computación. De lo analizado se pudo ver que la competencia se basa principalmente en precio y calidad del producto; disponibilidad; tiempo de entrega; y variedad de productos. Dentro de estos mercados se pudo colegir que existen conductas restrictivas de la competencia, tales como barreras de entrada, fijación de precios, imposición de condiciones, acuerdos verticales y de exclusividad. Estas conductas causan distorsiones en cada mercado y no permiten que se alcance un pleno crecimiento y desarrollo. El poder de mercado se encuentra con los agentes

económicos que importan los productos y son ellos quienes imponen sus condiciones, debido a su amplio poder económico. Para poder ser competitivos dentro de estos mercados es necesario poseer una amplia gama de productos que se puedan comercializar y primordialmente que sean del agrado del consumidor.

En virtud de la presencia de conductas restrictivas de la competencia en los mercados del Ecuador, no se puede alcanzar un mayor crecimiento y desarrollo. Por esta razón es importante que los agentes económicos que intervienen en los mercados demanden el respeto a la libre competencia. De lo abordado en el capítulo tres, se observó la existencia, a través del Decreto Ejecutivo 1614, de la posibilidad de hacer efectivo el principio de respeto a la libre competencia, consagrado en la constitución, a través de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones. Así, se puede denunciar cualquier acto restrictivo de la competencia a través de la Subsecretaría de Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad.

Por tratarse de un tema que requiere tanto de conocimientos legales como económicos, es importante que la persona encargada de juzgar este tipo de denuncias tenga un amplio conocimiento en estos temas antes mencionados. Los mercados no funcionan de la misma manera y hay que analizar muy a fondo cada caso para determinar la existencia de conductas restrictivas de la competencia. Como las normas legales referentes a la protección de competencia que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano son escasas para normas esta materia, es necesario que se implementen políticas y legislación de competencia generales, en el país. Este tema se debe abordar de manera más directa por una ley concreta y cumplir con las funciones de protección y promoción de la competencia económica

La libre competencia es beneficiosa y necesaria para el buen funcionamiento de los mercados. Una vez que se adopte una ley de competencia en el país, traería beneficios a los agentes económicos, consumidores, existiría desarrollo

económico y se llegaría más cerca al supuesto de competencia perfecta. Se pudo apreciar que en virtud de los agentes económicos no pueden alcanzar un nivel más alto en virtud de la existencia de conductas restrictivas de la competencia. Si existiera la libre competencia, se daría una asignación eficiente de recursos, por lo que no existirían los monopolios, se eliminarían barreras de entrada, la fijación de precios, imposición de condiciones; y los acuerdos verticales y horizontales. En lo que se refiere a los consumidores, se podría acceder a bienes y servicios de calidad, y de la misma forma tendría una mayor variedad de productos a los cuales acceder. Los precios de los productos se reducirían lo que haría que los mismos estén más al alcance de los consumidores, se crearían nuevos mercados.

Con la libre competencia también se alcanza un mayor desarrollo económico, ya que se puede acceder a nuevos mercados e innovar productos. Para poder ser competitivo dentro de un mercado de libre competencia, es necesario invertir en tecnología y en la eficiencia de los procesos de productividad. Con la competencia entre agentes económicos se da paso a la creación de nuevas fuentes de trabajo que benefician tanto al país y de la misma forma existe mayor inversión extranjera. Como se vio en el primer capítulo, existe la situación de la competencia perfecta. Con la libre competencia se puede llegar más cerca de este supuesto, ya que no existirían agentes económicos que puedan manipular el precio en el mercado; y existirían gran cantidad de compradores y de vendedores. Se beneficiarían las pequeña y medianas empresas, los productos serían homogéneos y no existirían barreras de entrada y salida.

Con todos estos aspectos positivos que trae la libre competencia a los diferentes mercados, es necesario que se tomen medidas correctivas para poder eliminar las conductas restrictivas de la competencia que se producen en cada mercado. Se ha visto que impiden el desarrollo económico, que impiden el correcto funcionamiento de los mercados, y que es necesario normar todos los mercados de una manera general y directa. Si bien, se puede denunciar

este tipo de actos, es necesario que se implemente un cuerpo legal que dicte normas generales de libre competencia, establezca conceptos y procedimientos para identificar conductas restrictivas de la competencia; así como la autoridad competente y las sanciones que se impondrán a los agentes económicos que incumplan las disposiciones legales. En estas circunstancias y dada la falta de un cuerpo legal que norme la libre competencia de manera general y directa, se plantea la propuesta de que en el Ecuador se implemente una normativa legal que contenga tanto conceptos sobre competencia económica, así como sanciones por la práctica de conductas restrictivas a la competencia económica.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Editorial Heliasta.

Cevallos Vásquez, Víctor. Libre Competencia, Derecho de Consumo y Contratos. Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador (2001). Pags. 23, 24, 40

Mankiv, Gregory N. Principios de Economía. España: McGraw-Hill. Segunda Edición. (2002)

Pinkas, Flint Blanck. Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Perú: Pontificia Universidad Católica, Fondo Editorial. (2002)

Tucker, Irving B. Fundamentos de Economía. (México): International Thomson. (2001). Pags. 68, 81, 84, 85, 143, 146

DOCUMENTOS / ARTÍCULOS:

Alarcón C., Margarita. Implementación de la Ley de Competencia (Presentación), Guayaquil. (2002)

Elgueta Eduardo. Abuso de Posición Dominante en el DL 211. Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar. (2001)

Guerrero, José Luis; **Bofill**, Álvaro. Acerca del Concepto Constitucional y Legal de Competencia. Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso N° XVI. (1995)

Hernández; Schatan, Principios Fundamentales de la Política de Competencia. Nota documental de la Secretaría. (1999)

Maturana Vásquez, Pía. Apuntes de Derecho de la Competencia, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. (2003)

Salamanca, Mónica. El Abuso de Posición Dominante y Practicas Verticales, Chile. Documento de la Fiscalía Nacional Económica. (2003)

Solano Agramonte, Fanny. Análisis de la Necesidad de una Ley de Competencia. (2007)

PAGINAS WEB:

El Prisma. (Monopolio). En El Prisma (En Línea). (Definición de Monopolio). Recuperado el 11 de abril de 2011, de <http://www.elprisma.com/apuntes/economia/monopolio/>. (2011).

Noticias Jurídicas. Bases de Derecho de la Competencia. En Noticias Jurídicas (En Línea). (Derecho de la Competencia). Recuperado el 5 de abril de 2011, de <http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho%20Mercantil/200909-69387423734382.html>. (2011)

SILEC. Decisión 608 de la CAN Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina. En SILEC (En Línea). (Libre Competencia). Recuperado el 21 de abril de 2011, de <http://www.lexis.com.ec>. (2011).

SILEC. Constitución de la República del Ecuador 2008. En SILEC (En Línea). (Constitución 2008). Recuperado el 23 de mayo de 2011, de <http://www.lexis.com.ec>. (2011)

SILEC. Ley Especial de Telecomunicaciones. En SILEC (En Línea). (Libre Competencia). Recuperado el 19 de abril de 2011, de <http://www.lexis.com.ec>. (2011)

SILEC. Regulación de la Competencia en las Actividades Portuarias. En SILEC (En Línea). (Libre Competencia). Recuperado el 19 de abril de 2011, de <http://www.lexis.com.ec>. (2011)