



FACULTAD DE DERECHO

EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL NUEVO MARCO  
CONSTITUCIONAL DEL 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  
Álvaro Pólit

Autor

PATRICIO JOSÉ MIGUEL QUEVEDO VERGARA

Año  
2011

## DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

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

.....

Álvaro Pólit  
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,”

.....

Patricio Quevedo

C.I. 1714155585

## **AGRADECIMIENTO**

A mis padres que son fuente sublime de inspiración y amor, ejemplo del valor del sacrificio y la perseverancia, de los valores inalterables, quienes me han dado su vida, su energía y su esperanza.

A mis hermanos porque de cada uno me he enriquecido, porque siendo mucho mejores que yo me han guiado y enseñado las lecciones más valiosas.

A Sol por ser la persona determinante.

A mis profesores en la universidad y en el trabajo que me han guiado desinteresada y lúcidamente en este proceso, en especial al Ab. Álvaro Pólit, quien es el principal responsable de la realización de este trabajo.

A todos mis amigos que volvieron la experiencia universitaria inolvidable.

## RESUMEN

El Derecho encuentra su cúspide en el Derecho Constitucional. El Ecuador ha sufrido un proceso de tres años para adaptarse a un nuevo marco constitucional que se ha originado de una ideología bastante disímil a la prevalente durante las primeras décadas desde el retorno de la democracia.

La nueva Constitución del Ecuador incluye entre sus disposiciones, varias referentes al Derecho de Libre Competencia. Establece como principio el rechazo a monopolios y oligopolios privados. También incluye disposiciones referentes al manejo de la economía, al intervencionismo estatal en la misma, a las facultades del Gobierno a regular y participar activamente en los mercados.

El Derecho de Libre Competencia se plantea doctrinariamente como una rama de origen liberal. Su objetivo final es lograr que los mercados fructifiquen. Que se eliminen las posibles barreras que impidan a los actores económicos desarrollar sus actividades económicas. Para esto ha definido qué prácticas son deseables y cuáles son por el contrario potencialmente lesivas a la competencia.

Nuestro país está también regulado por el derecho comunitario andino. Dentro de estas normas de carácter supranacional existen dos Decisiones específicas en materia de competencia. Considerando la naturaleza internacional de las relaciones comerciales, la legislación de competencia de la Comunidad Andina y de nuestros países vecinos será relevante para la creación y aplicación de nuestro propio derecho de la competencia.

Entre los desafíos prácticos que encontramos en el Ecuador para la aplicación de una ley de competencia, fundamentalmente debemos mencionar el tamaño del Estado en la economía. Los niveles de concentración en el mercado privado, sin duda son también un factor resaltable, así como la política exterior, y la visión política general que se impone en la actualidad.

El Derecho de Libre Competencia podrá ser aplicado en nuestro país de manera aún incierta. Bien podrá ceñirse a los mandatos constitucionales que buscan la equidad, el comercio justo y el interés público. O bien podrá configurarse para servir a su propósito histórico, lograr la transparencia y eficiencia de los mercados, para buscar el desarrollo vía la iniciativa privada.

## ABSTRACT

The highest level of the Law is Constitutional Law. Ecuador has suffered a long three year transition in order to adapt to its new Constitution. A Constitution that was created considering a radically different ideology, that the two previous ones.

Our new constitution includes among its numerous mandates a few that refer to Antitrust Law. It establishes as a principle that monopolies and oligopolies must be rejected. It also includes other principles regarding how the government will manage the economy, and the faculties and legal tools at its disposition in order to do so.

Antitrust Law undoubtedly has a liberal origin. Its final objective is to ensure that the markets grow bigger and more prosper. It also pretends to eliminate the various barriers that may conspire against free entry of agents into the market. It defines which practices are desirable for this purpose, and which are dangerous and thus may lead to negative effects.

Our country is also powerfully influenced by Communitarian Law. Within the various Decisions that the Andean Community of Nations has approved, there are two that have a direct connection with Antitrust Law. Considering that business relations are tending to globalize, Andean legislation, as well as the antitrust legislation of our neighbors will definitively influence our own antitrust legislation in the future.

Among the various challenges that we encounter in our country in order to develop a proper Antitrust Law; we must mention fundamentally, the size of the government in our economy. The high levels of concentration in the private sector are also crucial in this analysis, as well as external policy, and the general public policies that are prevalent right now.

Antitrust Law could be applied in Ecuador in two radically different ways. It could follow our Constitution's spirit and pretend to ensure an economic model that pursues public good, equity, and fairness. Or it might follow the more classic objectives of Antitrust Law, transparency, efficiency, and the prevalence of private enterprises.



## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	1
<b>1. CAPÍTULO I</b> La Política Económica	
1.1. El Estado Social de Derecho en la Constitución de 1998	3
1.2 Liberalismo, propiedad privada y regulación en la Constitución de 1998	8
1.3 Estado de Derechos, Constitución actual	14
1.4 Nuevo papel del Gobierno en la economía	20
1.5 Visión constitucional actual sobre la libre competencia	26
<b>2. CAPÍTULO II</b> Derecho de Competencia	
2.1 Bien Jurídico protegido	31
2.2 Principales instituciones	37
2.3 Conductas antijurídicas	42
2.3.1 Acuerdos horizontales	42
2.3.2 Acuerdos verticales	45
2.3.3 Abuso de la posición de dominio	47
2.3.4 Concentraciones	49
2.4 Análisis de las infracciones	51
2.5 Sanciones	55
<b>3. CAPÍTULO II</b> Entorno normativo regional y local	
3.1. Decisiones de la CAN	60
3.2 Países andinos con leyes de libre competencia	65
3.3 Normas de competencia dispersas en la legislación ecuatoriana	69
<b>4. CAPÍTULO IV</b> Desafíos para la libre competencia en el caso ecuatoriano	
4.1. Monopolios públicos	73
4.2 Sectores estratégicos	78

4.3 Comercio Justo	81
4.4 Monopolios y oligopolios privados	84
4.5 Discriminación a la inversión extranjera	89
4.6 Análisis del proyecto de ley de competencia	92
<b>5. Conclusión</b>	<b>100</b>
<b>6. Bibliografía</b>	<b>104</b>

## INTRODUCCIÓN

El Ecuador y su sociedad se han caracterizado por muchos aspectos, entre ellos, la constante búsqueda de cambio. Históricamente estos grandes cambios políticos de nuestro país han ido acompañados de la expedición de una nueva Constitución. Desde la vuelta a la democracia en el año 1979, este patrón ha sido confirmado evidentemente. En el año 1998, luego de que el primer gobierno constituido desde el fin de las dictaduras no llegó a terminar su período, se expidió una Constitución que al momento pareció partir de un amplio consenso, a la que a su vez se tildó de innovadora y progresista.

La Constitución del 1998 tuvo una duración de casi diez años, equivalente al triste promedio histórico de nuestro país. Fue la máxima ley durante algunos de los sucesos más catastróficos de nuestra historia reciente, como la gran crisis bancaria de 1999 y la consecuente pérdida del sucre. Lo que es más, no solucionó la crisis institucional, siendo que desde la caída del régimen de Abdalá Bucaram, no existió posteriormente un solo gobierno que terminase su período. La caída de Lucio Gutiérrez en el año 2005 desencadenó una serie de procesos políticos y sociales que terminaron con la ascensión del poder del Ec. Rafael Correa Delgado. De nuevo, la promesa de cambio se encaminó a la aprobación de una nueva Constitución.

Esta coincidencia en cómo el Ecuador ha canalizado las ansias de cambio, no se puede interpretar como una coincidencia de los dos momentos históricos antedichos, y menos aún de las Constituciones que por los mismos entraron en vigencia. Es por esto que corresponde hacer un análisis comparativo de estos cuerpos legales, que plasman dos visiones bastante diferentes.

La Constitución de Montecristi aprobada abrumadoramente en el 2008, en realidad cumplió con su promesa de reforma, al menos en lo que a la letra de la ley supone. Por lejos la Constitución más extensa de nuestra historia, se anunció como la más avanzada también, de carácter garantista y de nuevo “progresista”. En realidad la Constitución vigente sí ha introducido muchos

conceptos bastante novedosos, sin embargo, para el presente trabajo nos circunscribimos casi exclusivamente a una sección de la Constitución llamada doctrinariamente: "Constitución Económica". La Constitución Económica es el diseño de la economía de un Estado. Contiene los principios rectores del manejo económico, y la institucionalidad detrás de este manejo.

La Constitución Económica es la conexión constitucional con el Derecho de Libre Competencia, rama integrante del denominado asimismo como "Derecho Económico". Teniendo en cuenta la jerarquía normativa de los Estados, y reconociendo a la Constitución como cúspide de la misma, debemos estar conscientes de que todo el derecho común se inspirará, se fundamentará, y se ceñirá ciertamente a los parámetros de la máxima ley. Asumiendo esta condición de subordinación de la ley a los principios constitucionales, podemos adentrarnos en las derivaciones e implicaciones de los mismos en la normativa secundaria de nuestro país, específicamente en el tema de competencia.

Queda de este modo planteado cómo el Derecho de Libre Competencia encaja en este complejo panorama legal. En un Ecuador actual que por ya tres años ha vivido en un período de transición, de adaptación, de ajuste a este nuevo marco Constitucional, marco que ha sido visto por muchos como puramente esperanzador, por muchos otros como desintegrador de la ya débil institucionalidad ecuatoriana. Que en último término debe ser visto por todos, como ese pacto social, como ese contrato que los ecuatorianos hemos creado para que sirva de referente para nuestras relaciones personales y con el Estado. Que apoyado o resistido, es indiscutiblemente el contexto dentro del cual se desenvolverá nuestra nación.

Precisamente sobre las relaciones entre el Estado y el sector privado podemos comentar que el Derecho de la Competencia vendrá a ser determinante. Ya sea como una herramienta para el desarrollo y fortalecimiento del mercado y la economía, o bien como mecanismo de control y sumisión de los entes privados bajo el sector público.

## CAPÍTULO I La Política Económica

### 1.1 El Estado Social de Derecho en la Constitución de 1998

#### PARTE DOGMÁTICA

La Constitución de 1998 inicia definiendo lo que es el Estado Ecuatoriano: *“El Ecuador es un Estado Social de Derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico.”*<sup>1</sup>

A continuación el mismo artículo 1 define la forma de gobierno: *“su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada”*.<sup>2</sup>

Es evidente que el mencionado Artículo 1 es el más importante de la derogada Constitución, ya que cada término contenido en el mismo servirá de base para todas las disposiciones siguientes, y está precedido por conceptos desarrolladísimos en la doctrina jurídica constitucional.

El Estado de Derecho nace como respuesta a los regímenes absolutistas europeos de la edad moderna, es una forma de limitar del poder público y garantizar las libertades y derechos de los particulares, según Román Castro:

*A lo largo de este proceso de limitación del poder, el Estado liberal desarrollaría una serie de elementos esenciales. Nos referimos, por una parte, a la división de poderes, al reconocimiento de una serie de derechos fundamentales del ciudadano por otra parte al imperio de la ley...*<sup>3</sup>

Estos elementos serían fuente de la transformación política de toda la civilización occidental, y en nuestro caso ecuatoriano, además de constituir la inspiración fundamental para el proceso independentista, serían la base (al menos ideológica) de todas nuestras cartas política

---

<sup>1</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Registro Oficial 1, 11-VIII-98

<sup>2</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial 1, 11-VIII-98

<sup>3</sup> CASTRO, ROMÁN. “Temas Clave de Ciencia Política”. Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1995, p. 73.

En este punto cabe preguntarse ¿Qué es un Estado Social de Derecho? Para Larrea Holguín, la inclusión de la palabra “Social” tiene una connotación especial ya que debemos entender que se trata de afianzar el concepto de la soberanía, no como un poder ilimitado y arbitrario, sino como un poder destinado al servicio del bien común del pueblo mediante el respeto del derecho anterior al Estado.

Entendemos que el Estado sirve a la sociedad: existe para servir y no para dominar<sup>4</sup>.

El establecimiento de Estado Social de Derecho fue un intento interesante de los constituyentes del 98, de conciliar el modelo económico de libre mercado, que se había pretendido acentuar en los años inmediatamente anteriores, con la realidad social de la mala distribución de la riqueza. Mala distribución, que permanentemente ha sido el justificativo para la participación estatal en la economía, además de para el advenimiento de la famosa planificación pública.

En este sentido, aunque es claro que la Constitución del 98 incorporaba los elementos ya mencionados del Estado Liberal, también fue novedosa en el sentido de que incluía aspectos relacionados con lo que en ciencias políticas se conoce como el “Estado de Bienestar”.

Según Román Castro, el Estado de Bienestar, conocido en los modernos ordenamientos constitucionales como Estado social y democrático de derecho, sustituye al tradicional abstencionismo público en el campo económico y social en aras de asegurar y mantener cierto bienestar de sus ciudadanos. Supone una modernización del Estado liberal democrático, añadiéndole una función redistributiva de la riqueza, sin embargo de mantener su estructura capitalista.<sup>5</sup>

Esa búsqueda del bienestar general es precisamente el eje transversal de esta Constitución, esto claramente evidenciado con el establecimiento de garantías

---

<sup>4</sup> LARREA HOLGUÍN, JUAN, “Derecho Constitucional”. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2000, p. 49.

<sup>5</sup> CASTRO, ROMÁN. “Temas Clave de Ciencia Política”. Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1995, p. 85.

(mecanismos para exigir el cumplimiento efectivo de los derechos) para el momento novedosas, como son el hábeas data y sobre todo, el amparo constitucional. Que a su vez, también contenía amplios apartados sobre derechos colectivos, económicos, culturales, de grupos vulnerables, deportes, etc.

Habiendo analizado brevísimamente la naturaleza del Estado ecuatoriano dibujado en la Constitución de 1998, es vital listar los deberes del Estado según esta Carta Magna; esto, con fines comparativos y para demostrar el radical cambio de paradigma generado por nuestro nuevo ordenamiento jurídico.

*Artículo 16: el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución.*<sup>6</sup>

Esta disposición clarifica la tendencia mundial hacia la universalización de los derechos humanos, como un sistema de mínimos si se quiere; parámetros que deben defenderse en cualquier sociedad de la actualidad.

*Artículo 3: Son deberes primordiales del Estado:*

- 1. Fortalecer la unidad nacional en la diversidad.*
- 2. Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres hombres y la seguridad social.*
- 3. Defender el patrimonio natural y cultural del país y proteger el medio ambiente*
- 4. Preservar el crecimiento sustentable de la economía, y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo.*
- 5. Erradicar la pobreza y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes*
- 6. Garantizar la vigencia del sistema democrático y la administración pública libre de corrupción.*<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Registro Oficial 1, 11-VIII-98

<sup>7</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Registro Oficial 1, 11-VIII-98

Es sumamente interesante constatar mediante estos dos artículos los fines del Estado ecuatoriano, esto, en el sentido de que es claro que ya emergieron nuevas concepciones como el respeto a la naturaleza, la vigencia plena de los derechos humanos y el desarrollo sustentable; elementos a su vez combinados con los más “clásicos” como son: la defensa de la democracia, el progreso económico, la erradicación de la pobreza.

Así queda marcada la “parte dogmática” de la Constitución del 98, para tener una concepción más completa del texto constitucional sin embargo, hay que mencionar también a la parte orgánica.

## **PARTE ORGÁNICA**

La configuración del Estado Ecuatoriano a fines del siglo pasado suponía la clásica República con tres poderes o funciones claramente definidas e identificables.

Función Ejecutiva: como ha sido característico en nuestra historia constitucional el régimen de la Constitución del 98 era presidencialista. El presidente es a la vez Jefe de Gobierno (administrador) y Jefe de Estado (representante ante la comunidad internacional).

Entre las atribuciones del Presidente se incluían entre otras: i) cumplir y hacer cumplir la Constitución y Tratados; ii) establecer las políticas generales del Estado; iii) participar en el proceso de formación y promulgación de leyes; iv) facultad reglamentaria; v) dirigir la administración pública; vi) ser la máxima autoridad de la fuerza pública; vii) elaborar el presupuesto; viii) manejar el endeudamiento público.<sup>8</sup>

Función Legislativa: el Congreso nacional era unicameral y estaba compuesto por un total de cien diputados. Sus funciones principales eran dos: legislar y

---

<sup>8</sup> Ibídem



fiscalizar. Evidentemente, la legislación es una función ligada inseparablemente a la naturaleza de todo Congreso; sin embargo, es pertinente mencionar que en cuanto a su función fiscalizadora, la Constitución tenía una disposición bastante criticable en el sentido de que cualquier ministro sometido a juicio político y censurado no debía ser destituido, sino a criterio del Presidente de la República. Esto probablemente fue un intento de evitar las intensas pugnas que tales procesos generaban y que muchas veces se usaron para entorpecer la marcha de la administración pública.

Entre las atribuciones del Congreso Nacional se incluían, entre otras: i) posesionar al Presidente y Vicepresidente; ii) reformar la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria; iii) expedir, reformar, derogar e interpretar leyes; iv) establecer, modificar o suprimir tributos; v) nombrar al procurador, fiscal, vocales del TSE, miembros del directorio del Banco Central; vi) fijar el límite del endeudamiento público.<sup>9</sup>

Función Judicial: la Función Judicial estaba estructurada por varios órganos en orden de jerarquía. Desde el más importante: Corte Suprema de Justicia, cortes, tribunales y juzgados y el Consejo Nacional de la Judicatura como órgano administrativo.

Como novedades importantes en el ámbito judicial, la Constitución hacía referencia al establecimiento de jueces de paz (nunca regulados ni posesionados); el reconocimiento del arbitraje y la mediación como medios alternativos para la solución de conflictos; y sobre todo, la justicia indígena, la cual en mi criterio personalísimo violaba expresamente el principio de unidad jurisdiccional, instituida en el mismo texto constitucional.<sup>10</sup>

El Tribunal Constitucional: integrado por nueve vocales, designados por el Congreso Nacional partiendo de ternas enviadas por: Función Ejecutiva, Corte

---

<sup>9</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Registro Oficial 1, 11-VIII-98

<sup>10</sup> *Ibíd*em

Suprema, Congreso, alcaldes y prefectos, trabajadores y organizaciones indígenas, Cámaras de la Producción.<sup>11</sup>

El Tribunal Constitucional conocía y resolvía las demandas de inconstitucionalidad de fondo o de forma respecto de la legislación nacional, además de los actos administrativos emitidos por autoridades públicas. En teoría debía funcionar también como “árbitro” en los conflictos de las funciones del Estado, además de sancionar la constitucionalidad de tratados y convenios internacionales.

La Descentralización: Pese a reiterar el carácter unitario del Estado, la Constitución del 98 incluyó el tema de la descentralización y desconcentración de la administración pública. Con algunos errores conceptuales, como la necesidad de que exista solicitud por parte de las entidades seccionales para que se transfieran competencias a su favor. Sin embargo, estas disposiciones si recogían una vieja aspiración de algunos sectores del país que se sentían “abandonados” por el gobierno central. Hay que mencionar también que la Constitución, también instituye el concepto de circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas, reafirmando el carácter de “pluricultural y multiétnico del Estado ecuatoriano.

## **1.2 Liberalismo, propiedad privada y regulación en la Constitución de 1998**

Habiendo hecho un cortísimo resumen de lo que la Constitución del 98 decía en sus partes orgánica y dogmática, conviene analizar el cúmulo de disposiciones económicas de la Carta Magna, que en su conjunto pueden considerarse como una tercera parte: “la constitución económica”. Como referencia fundamental cabe incluir una brevísima síntesis de lo que se considera como liberalismo económico, economía de libre mercado, y el marco Constitucional que incorporaba esta doctrina a nuestra sociedad.

---

<sup>11</sup> Ibídem

## LIBERALISMO

Gonnard menciona algunos de los elementos más básicos y fundamentales de esta doctrina económica cuando enumera:

*Firme creencia en las leyes económicas naturales; confianza en el factor individual, en el interés privado y en la responsabilidad personal; inquebrantable apego a los principios de libertad y propiedad; cosmopolitismo; reprobación el estatismo económico en todas sus manifestaciones....*<sup>12</sup>

Al respecto podemos decir que el liberalismo se basa en la exaltación del individuo y sus derechos, se aleja de las concepciones colectivistas, y sobre todo muestra una casi aversión al intervencionismo estatal en la economía, por considerar que el fin de lucro es el motor para la creación de riqueza y repartición eficiente de los recursos.

Ya entrando al plano de lo jurídico, Román Castro dibuja la relación entre la doctrina económica liberal y la configuración del Estado. En este esquema, el Estado debía tener un protagonismo mínimo, limitado a garantizar el orden público interno, externo y a la realización de obras y servicios de interés público. Para esto, la Constitución debía determinar las reglas básicas del sistema.<sup>13</sup>

En suma, la Constitución, en la cúspide de la jerarquía legal sería la que proclamaría y validaría la incorporación de un sistema económico en cada Estado. El sistema económico originado de la doctrina económica liberal, es conocido comúnmente como “de libre mercado”; el cual, como ya se ha dicho, arrebató de la Autoridad el control de las relaciones económicas, confiando principalmente en el mercado.

---

<sup>12</sup> GONNARD, RENE, “Historia de las Doctrinas Económicas”. Editorial Aguilar, Madrid, 1964, p.330.

<sup>13</sup> CASTRO, ROMÁN. “Temas clave en Ciencia Política”. Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1995, p. 78-

En esta línea, se considera que el mercado en términos comunes no es más que la confluencia de oferentes y demandantes. Donde los bienes, servicios y factores productivos se intercambian de manera libre. Así, nace la interrelación conocida como la “ley de la oferta y la demanda”, las cuales son las fuerzas que hacen que las economías de libre mercado funcionen, determinando qué se produce, en qué cantidades y a qué precios.

Para entender esta dinámica, se debe hablar también del famoso concepto de “la mano invisible” de Adam Smith. Por la cual, la confluencia de los intereses individuales termina en la satisfacción eficiente de los intereses colectivos. Bajo esta realidad, la intervención estatal en el mercado se convierte en una fuente de distorsiones, que lejos de crear una repartición eficiente de recursos, sumada a una fijación de precios equilibrados, disminuye la efectividad de los intercambios económicos.<sup>14</sup>

Es innegable que concretar estos conceptos se hace muy complicado. Sin embargo, como comentario a lo citado, podemos decir que un “Estado de libre mercado” constitucional y legalmente está configurado sobre la base de normas que claramente garanticen las libertades individuales (de contratación, de empresa) y protejan efectivamente la propiedad privada. Además de limitar la participación gubernamental en las operaciones económicas que se regirán principalmente por las descritas fuerzas del mercado.

Aunque puede considerarse contradictorio lo expuesto en relación con la definición de Estado Social de Derecho de la Constitución del 98, que como vimos, implicaba la búsqueda de un bienestar colectivo, o bien común, en la práctica, aunque la derogada norma suprema expresa estos principios, confía primordialmente en la economía de mercado para la consecución de estos propósitos como veremos a continuación.

---

<sup>14</sup> ALBUJA, CHRISTIAN. “Economía Política y libre Mercado”. Presentación Programa de Liderazgo y Competitividad, Quito, 2010.

## PROPIEDAD PRIVADA Y REGULACIÓN

Si bien, paradójicamente, la Constitución del 98 no expresa nunca que el sistema económico del Ecuador es en efecto de libre mercado, es pertinente empezar analizando lo que dice respecto de los derechos civiles, económicos y la propiedad.

*Artículo 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:*

*Num. 16 La libertad de empresa, con sujeción a la ley.*

*Num. 18 La libertad de contratación, con sujeción a la ley.*

*Num. 23 el derecho a la propiedad en los términos que señala la ley.*

*Artículo 30.- La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía.*

*Deberá procurara el incremento y la redistribución del ingreso y permitir el acceso de la población a los beneficios de la riqueza y el desarrollo.*

*Se reconocerá y garantizará la propiedad intelectual, en los términos previstos en la ley de conformidad con los convenios y tratados vigentes.*<sup>15</sup>

Con estas disposiciones tenemos un panorama más claro de los principios que rigen la mencionada “constitución económica”. Es clarísimo que se está protegiendo la propiedad privada siendo la frase “mientras cumpla su función social” una limitante en el sentido de que ya no se considera la propiedad en los términos absolutos del derecho romano por ejemplo “utendi, fruendi, abutendi” (uso, usufructo, abuso). Sin embargo, no por esto podemos considerar que se menoscaba la propiedad privada. La misma Constitución prohíbe la confiscación, autoriza la expropiación cuando sea necesaria para

---

<sup>15</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. REGISTRO OFICIAL 1, 11-VIII-98.

satisfacer un interés social, pero esto sería una condición excepcional, no la regla.

El Título XII de la Constitución se denominaba “Del Sistema Económico”, y a partir de estas disposiciones podemos hacernos un panorama aún más claro de lo que los lineamientos constitucionales trazaban en materia económica.

*Artículo 242.- La organización y el funcionamiento de la economía responderán a los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad, a fin de asegurar a los habitantes una existencia digna e iguales derechos y oportunidades para acceder al trabajo, a los bienes y servicios y a la propiedad de los medios de producción.*<sup>16</sup>

Encontramos en esta disposición que se menciona como el primer principio del funcionamiento de la economía a la “eficiencia”. Aunque siempre se habla de solidaridad y de igualdad de derechos y oportunidades, la Constitución recoge el pensamiento liberal de la repartición eficiente de los recursos, y en ningún momento se refiere a que esa será función privativa del Estado.

A continuación, el artículo 244 es seguramente el más neurálgico en el presente análisis:

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

- 1. Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizarán la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones.*
- 3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.*

---

<sup>16</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. REGISTRO OFICIAL 1, 11-VIII-98.

*5. Crear infraestructura física, científica y tecnológica; y dotar de los servicios básicos para el desarrollo.*

*9. Mantener una política fiscal disciplinada; fomentar el ahorro y la inversión; incrementar y diversificar las exportaciones y cuidar que el endeudamiento público sea compatible con la capacidad de pago del país.*<sup>17</sup>

Me he permitido incluir esta cita bastante larga ya que las disposiciones precedentes son vitales, no solo para la conceptualización del marco jurídico que establecería los parámetros de la economía durante la vigencia de la Constitución de 1998, sino también para el presente trabajo.

Cuando se declara expresamente que entre las funciones del Estado estarán el garantizar el desarrollo de las actividades económicas, y se instituye la igualdad entre entes públicos y privados, se evidencia clarísimamente que el papel del Estado en esta economía es el de regulador excepcionalmente; más no el de actor, se está apostando al crecimiento de la economía mediante la creación de un ambiente positivo para la inversión privada.

Más relevante aún para el tema que nos ocupa en la Constitución del 98, ya se incluye una mención sobre una ley antimonopolio, o ley de libre competencia económica, en el real sentido de esta rama del derecho. Una ley encaminada a evitar las distorsiones y fomentar el establecimiento de mercados competitivos. Este elemento será importantísimo con fines de comparación respecto a la filosofía que en cambio contiene la Constitución vigente; que incluye muchas otras consideraciones de orden social, político e ideológico.

Cuando citamos los numerales cinco y nueve del Art. 244, confirmamos nuevamente que el Estado entiende que la facilitación de la actividad privada y el desenvolvimiento de los mercados es su objetivo económico primordial. En el primero se habla de la inversión pública en infraestructura (algo que mencionamos anteriormente), mientras que en el último se nota como la

---

<sup>17</sup> *Ibidem.*

norma, conciente de las distorsiones que la intervención estatal en la economía puede generar, intenta restringir el campo de acción de la política económica por parámetros y límites de endeudamiento externo.

Es pertinente mencionar también que la Constitución creó un Banco Central autónomo, tratando de separar el manejo de la política monetaria del control político<sup>18</sup> (un mal que se criticaba por mucho tiempo en el país); y además permitía, la concesión para la prestación de servicios públicos, entre los cuales se encontraban: el agua, la electricidad, telecomunicaciones, etc., eliminando el criterio de que éstas son áreas privativas del Estado.

### **1.3 Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, Constitución actual**

Siguiendo la estructura usada anteriormente, es conveniente, a fin de entrar a discutir sobre la actual configuración estatal y jurídica del Estado ecuatoriano citar el artículo 1 de la Constitución vigente:

*El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.*

*La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.*

*Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.*<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Artículo 261.

<sup>19</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Publicada en el REGISTRO OFICIAL 449, 20-X-2008.



Se aprecia aún antes de entrar al análisis estrictamente jurídico que la nueva Constitución tiene dos rasgos clarísimos de diferenciación con la anterior: la complejidad y la extensión.

Hay un cambio drástico respecto de la definición del Estado ecuatoriano; claramente, el concepto de estado de derecho, presente casi de manera invariable en nuestra historia constitucional es reemplazado por la ambigüedad de: “Estado Constitucional de derechos y justicia social”.

Al respecto, hay que decir que los asambleístas de Montecristi se basaron mucho en una serie de conceptos doctrinarios novedosos que en conjunto se conocen como “neoconstitucionalismo”. Para entender la Constitución actual, hay que tener al menos una noción de lo que es el neoconstitucionalismo.

## **NEOCONSTITUCIONALISMO**

Gran parte de la defensa al nuevo régimen constitucional ecuatoriano ha partido del supuesto hecho de que ahora somos un “Estado Garantista”. En términos doctrinarios, el Estado garantista será aquel que maximice el grado de tutela de los derechos fundamentales de las personas.<sup>20</sup>

Al respecto de las garantías y del garantismo en general, Carolina Silva nos hace una precisión:

*“El garantismo es la puesta en práctica de los límites en el Estado constitucional...La teoría general del garantismo arranca de la idea de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos...Las garantías, en el paradigma del constitucionalismo,*

---

<sup>20</sup> SILVA PORTERO, CAROLINA. “Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?”. Dentro de la obra: “Neoconstitucionalismo y Sociedad”. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 66.

*constituyen un elemento clave por su capacidad de superar el reto de contrarrestar los diversos espacios en los que se propicia la arbitrariedad.”<sup>21</sup>*

Podemos decir que el problema del garantismo entraña muchos y muy complicados elementos. Critican los neo constitucionlistas que pese a que los Estados de derecho, social de derecho y constitucional de derecho contenían normas que consagraban o pretendían consagrar derechos, lo hacían de manera meramente declarativa; privilegiando el formalismo sobre la efectividad, defendiendo excesivamente el legalismo de las actuaciones públicas por sobre principios fundamentales de mayor importancia.

Aduciendo que las actuaciones “legales” muchas veces han resultado ser ilegítimo y extremadamente abusivo, el nuevo constitucionalismo plantea un cambio de paradigma, un nuevo límite al ejercicio del poder. Un límite basado en las convenciones de derechos humanos reconocidas en el mundo, derechos cuyo respeto irrestricto sería a juicio de sus impulsores, la base del mejor prototipo posible de un Estado y de una sociedad.

Ciertamente, a primera vista muchos de estos argumentos llaman mucho la atención. Se podría argumentar, sin embargo, que lejos de lo expuesto doctrinariamente, esta nueva concepción tiene el potencial de desembocar en tantos o en mayores abusos por parte del poder público, que los criticados por los mismos “neo constitucionalistas” dentro del anterior “estado de derecho”.

En el análisis de Juan Esteban Ponce respecto del neoconstitucionalismo en nuestro país, se hace una observación importantísima:

*“El neoconstitucionalismo se caracteriza por una forma peculiar de aplicar el Derecho. Donde más importante es la argumentación que da el juez, que la aplicación de la norma de acuerdo al sistema de aplicación tradicional,*

---

<sup>21</sup> SILVA PORTERO, CAROLINA. “Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?”. Dentro de la obra: “Neoconstitucionalismo y Sociedad”. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 65.

*subsunción. Así pues, la jerarquía de los principios como valores morales están en la cúspide de la argumentación, justificados por una razón práctica, de tal forma que el contenido de la constitución prima sobre la norma”.*<sup>22</sup>

A partir de estas afirmaciones, surgen varias ideas. El hecho de que exista un mayor criterio discrecional en la aplicación del derecho, - en la práctica una sumisión del derecho frente a “principios o valores” - es algo impensable en un ordenamiento clásico donde se imponga en cambio el “principio de legalidad”.

Otra consecuencia clarísima es que en el nuevo constitucionalismo hay una transformación completa de la Constitución. Cuando antes la Constitución era concebida principalmente como un límite al poder – lo dijimos en el primer subcapítulo - , ahora es en teoría mucho más que eso; es un verdadero cuerpo normativo, cuyos principios son inoponibles; que en sí mismo contiene muchos mandatos, así como – y esto se cumple en el caso ecuatoriano – instituye mecanismos en pos de garantizar plenamente la vigencia de los derechos (acciones constitucionales).

Extendiéndonos en el tema de la interpretación constitucional, entendemos que bajo este esquema, los jueces terminan teniendo la última palabra sobre todos los asuntos.<sup>23</sup> Como se dijo anteriormente, existe un alto grado de discrecionalidad, basado en la visión de la Constitución como un cúmulo de normas con cláusulas abiertas, remitiéndose a una argumentación fundamentada en valores y principios. Este tipo de interpretación es dinámica y puede incluso extenderse a hipótesis no previstas por el constituyente, es lo que el neoconstitucionalismo llama “ponderación”.<sup>24</sup>

En este punto, hay que comentar que parece repetirse el antiguo conflicto doctrinario entre el derecho natural y el derecho positivo. Así mismo, empieza a

---

<sup>22</sup> PONCE, JUAN ESTEBAN. “El Neoconstitucionalismo en el Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010, p.15

<sup>23</sup> PONCE, JUAN ESTEBAN. “El Neoconstitucionalismo en el Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010, p.20.

<sup>24</sup> *Ibíd.*

generarse una grave confusión entre lo que es la moral y lo que es el derecho. Si bien es entendible que se critique la excesiva rigurosidad, y que aplicar el derecho de manera mecánica e irreflexiva puede resultar en el cometimiento de enormes injusticias, no es menos cierto que ponerse a dar criterios valorativos, atenta clarísimamente contra la predictibilidad de los fallos judiciales, aspecto que es vital para generar un ambiente de confianza y de seguridad jurídica.

Es pertinente también ampliar sobre el nuevo marco conceptual de la Constitución, que como dijimos, cambia apreciablemente en sus características. Dentro de este marco, se dice que se ha “constitucionalizado el derecho” cuando se comprueban las siguientes condiciones:

- “a) La existencia de una constitución rígida que en consecuencia no sea fácilmente modificable por la legislación ordinaria;*
- b) Garantías judiciales que permitan el control de conformidad de las leyes con la constitución;*
- c) Fuerza vinculante de la constitución que implica el paso de la consideración del texto como un cuerpo declarativo a la aceptación de su carácter de norma jurídica real y de efectiva aplicación;*
- d) Interpretación extensiva del texto constitucional que se verifica en la presencia de sus principios y normas sobre todo el ordenamiento jurídico, haciendo posible a través de los mismos buscar soluciones a los problemas jurídicos más simples.*
- e) Directa aplicación de la constitución para resolver no sólo los conflictos entre los poderes del estado o entre este y las personas, sino también para resolver los conflictos entre particulares;*
- f) Interpretación constitucional de las leyes; y,*
- g) Influencia de la constitución sobre las relaciones políticas que se traduce en que los órganos de control de constitucionalidad puedan analizar la fundamentación política de las normas.”<sup>25</sup>*

---

<sup>25</sup> MORALES, JUAN PABLO. “Democracia Sustancial: sus Elementos y Conflicto en la Práctica”. Dentro de la obra: “Neoconstitucionalismo y Sociedad”. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 87.

Respecto de estos elementos citados podemos darnos cuenta que en su gran mayoría están consagrados en nuestra Constitución actual, de manera plena. Ésta tiene candados que impiden (al menos en teoría) su modificación; declara el principio de supremacía constitucional sobre todas las normas; tiene una especificidad insólita comparada a los parámetros de nuestras anteriores constituciones, es en verdad un cuerpo normativo (no sólo expone principios, sino dictámenes de aplicación directa); contiene las normas de interpretación para la Corte Constitucional, que a su vez se entiende como el máximo organismo del poder público y de control político de las discrepancias entre funciones del Estado.

Dicho esto, se nos hace más fácil entender por qué la Constitución actual tiene semejante extensión (444 artículos). De los cuales, una enorme cantidad (los primeros 94) se refieren a principios fundamentales, derechos, y garantías jurisdiccionales.

Contiene además “Principios Generales” sobre: la organización territorial; régimen de desarrollo; soberanía alimentaria; soberanía económica; sectores estratégicos; trabajo; inclusión y equidad; biodiversidad y relaciones internacionales.

En cuanto a la parte orgánica, también se ha generado un tremendo cambio. Se han sumado dos “funciones” del Estado, apartándose de las características tres, estas son: la Función de Transparencia y Control Social, y la Electoral. En estricto sentido estas funciones no tradicionales cumplen papeles muy específicos; sin embargo, pueden llegar a tener enorme influencia, tomando en cuenta que la primera posesiona a todas las autoridades de control, mientras que la segunda posesiona a las autoridades de elección popular.

Recapitulando acerca de las garantías, es necesario decir que nuestra Constitución en la actualidad cuenta con las siguientes acciones constitucionales que pretenden la imposición, por vía judicial, de los derechos:

- Acción de Protección
- Medidas Cautelares
- Acción de Habeas Corpus
- Acción de acceso a la información pública
- Acción de Habeas Data
- Acción por Incumplimiento
- Acción Extraordinaria de Protección

Queda esbozado así nuestro nuevo Estado ecuatoriano bajo estas características. Evidentemente, apartado del principio de legalidad en su sentido clásico, proclamando un sinnúmero de derechos, creando un aparato burocrático más complejo, supeditando la acción gubernamental a una serie de principios y valores rectores, realizando en cada uno de sus apartados la búsqueda de la justicia, de la igualdad material, etc. Un Estado que sigue en transición, y que en la práctica deja la puerta abierta a grandes reformas, o a grandes excesos. Los guardianes de este orden, los que tendrán precisamente la responsabilidad gravísima de evitar estos excesos, serán indudablemente los jueces de la República, los máximos intérpretes y aplicadores de nuestro derecho.

#### **1.4 Nuevo papel del Gobierno en la Economía**

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

*El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.”<sup>26</sup>*

---

<sup>26</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. REGISTRO OFICIAL 449, 20-X-2008.

El artículo 283 de la Constitución es la puerta de entrada a la ya referida “Constitución Económica” del régimen actual. De plano notamos la eliminación de toda referencia al “mercado” en la definición propuesta. Esto no es simplemente un detalle, es el indicativo más claro del cambio radical de las disposiciones constitucionales conducentes a la organización y manejo de la economía nacional.

Cuando decimos que el sistema es social y solidario y que reconoce al ser humano como sujeto y fin, la norma trata de eludir de plano conceptos tratados brevemente en este trabajo, como la oferta y la demanda, el crecimiento económico, la libertad. Decimos esto, puesto que claramente se está enfatizando el papel redistributivo de la riqueza, al contrario de la creación de riqueza. Nuestros asambleístas evidentemente se han centrado en lo colectivo, en detrimento de lo individual, y al hacerlo, han ignorado el principio más decisivo de una economía de libre mercado o capitalista.

Las disposiciones siguientes son muy claras para la definición de esta “economía popular y solidaria”, además acentúan el concepto de alejamiento del mercado como elemento primordial en la economía nacional.

### Política Económica

Cuando la Constitución diseña la política económica plantea varios objetivos claves:

- *Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional.*
- *Mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo.*
- *Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.*
- *Impulsar un consumo social y ambientalmente responsable.<sup>27</sup>*

---

<sup>27</sup> Ibídem

El primer objetivo listado es el más importante a todas luces. Es también el más significativo, si bien la Constitución del 98 propendía mayor justicia en la distribución en el comentado esquema de “economía social de mercado”, en nuestra Constitución actual, este es más bien el eje fundamental de toda la economía, de toda la acción gubernamental incluso.

Continuando con la política económica, es pertinente decir que todo gobierno posee herramientas para el manejo y control de la economía, en el caso ecuatoriano, la Constitución en su artículo 303 dice:

*La formulación de las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera es facultad exclusiva de la Función Ejecutiva y se instrumentará a través del Banco Central...*<sup>28</sup>

De nuevo, aquí se nota un cambio fundamental respecto de nuestra anterior Constitución. El manejo de estas políticas era anteriormente responsabilidad del Banco Central, un ente supuestamente técnico, que alejaría las consideraciones políticas del manejo de la economía. Bajo nuestro nuevo marco constitucional se vuelve a un esquema amplia e históricamente criticado. Así, el Ejecutivo, de manera casi unilateral puede provocar grandes alteraciones a la marcha de la economía, - aún privado de la política monetaria -; esto en virtud, claro está, del advenimiento de la dolarización.

En cuanto a la política comercial, en cambio, encontramos que el modelo actual es netamente proteccionista. En reiteradas ocasiones se hace mención al fortalecimiento del aparato productivo nacional. En cuanto al comercio exterior, la Constitución es clara en ese sentido:

*“El Estado propiciará las importaciones necesarias para los objetivos del desarrollo y desincentivará aquellas que afecten negativamente a la producción nacional, a la población y a la naturaleza.”*<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. REGISTRO OFICIAL 449, 20-X-2008.



Estos desincentivos se refieren en la práctica a medidas arancelarias y no arancelarias. Aquí vale la pena hacer un comentario respecto a que antes de la aprobación de la nueva Constitución, existían amplios sectores en el país que procuraban firmas de tratados de libre comercio, lo cual bajo este nuevo esquema se plantea al menos bastante difícil. También, el respeto a la naturaleza es un concepto prevalente y transversal en toda la política económica definida por la Constitución, algo que habrá que considerar gravemente en el futuro para todos quienes emprendan actividades económicas.

### Producción

La Constitución dice respecto de la producción:

*“Se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas.*

*El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza...*

*...La producción, en cualquiera de sus formas, se sujetará a principios y normas de calidad, sostenibilidad, productividad sistémica, valoración del trabajo y eficiencia económica y social.*<sup>30</sup>

En cuanto a los sectores de la economía mencionados, de nuevo se nota que el espíritu de la norma es dar una clara prevalencia a lo público o los sectores comunitarios, en desmedro del sector privado tradicional. En cuanto a la promoción y desincentivos, aparece nuevamente la posibilidad del Estado de controlar y regular, en definitiva, la sumisión de las actividades económicas a ciertos criterios como el “buen vivir”, “derechos de la naturaleza”, que de manera muy grave ni siquiera han sido claramente definidos. Se nota de manera irrefutable, que ya no existe libertad absoluta para el emprendimiento

---

<sup>29</sup> *Ibíd*em

<sup>30</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. REGISTRO OFICIAL 449, 20-X-2008.

privado, sino que éste está como mínimo sujeto a los dichos ejes transversales de la Constitución. En cierta medida parece probable que a la discrecionalidad del sector público también.

### Factores de Producción

*“Artículo 334: El Estado promoverá el acceso equitativo a los factores de producción, para lo cual le corresponderá:*

*1. Evitar la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, promover su redistribución y eliminar privilegios o desigualdades en el acceso a ellos.*

*5. Promover los servicios financieros públicos y la democratización del crédito.”<sup>31</sup>*

Una de las mayores críticas a los sistemas capitalistas ha sido históricamente la dificultad de acceso a los medios de producción. Los críticos de la economía de libre mercado siempre han sostenido que ésta promueve la monopolización de estos medios a favor de pequeñas élites, en detrimento de la gran mayoría de la población. Ahora bien, en la Constitución, las medidas que se prevean usar para evitar la concentración o acaparamiento no están especificadas; sin embargo, aparece al menos como posibilidad que para cumplir este objetivo se atente contra el derecho de propiedad, que clarísimamente está supeditada a su “función social”; de nuevo, el interés colectivo sobre el individual. Respecto al sector financiero, la Constitución, lo ha definido como un “servicio público”<sup>32</sup>, eliminando la concepción de que es una actividad que persigue meramente un fin de lucro, algo totalmente concordante con los principios citados hasta aquí.

En este punto, es fundamental hablar de una de las instituciones más polémicas de nuestra máxima ley, me refiero al “Plan Nacional de Desarrollo”. En la muy sintética revisión que se hizo sobre el libre mercado, el capitalismo y

---

<sup>31</sup> Ibídem

<sup>32</sup> Art. 308.- “Las actividades financieras son un servicio de orden público”

el liberalismo, nos dábamos cuenta que bajo esta doctrina, se privilegiaba reiteradamente a “la libertad”. En tal sentido, cualquier régimen finalista o supremamente direccionado se opondría expresamente a la filosofía liberal, que repudía la intervención y que no obedece a estos criterios, sino que más bien confía plenamente en que el interés individual llevará de manera más eficiente, rápida y eficaz a la realización del interés colectivo.

Aquí hay que decir que aunque es cierto, que la planificación no es algo absolutamente nuevo en nuestro país, han existido organismos anteriores, similares a “Senplades” que ocupaban la función de tratar de dirigir la acción gubernamental en forma armónica. Sin embargo, en ningún momento como ahora, se han visto tan decisivamente subordinadas las actividades, no sólo públicas, sino también privadas a esta “planificación”.

*“Artículo 280: El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores.”*

Entendemos plenamente que para que las instituciones del Estado se desenvuelvan hacia objetivos comunes y no contradictorios la planificación cumple un papel positivo y útil; no obstante, la acción privada, nunca o casi nunca se ha entendido sujeta a estos parámetros, lo cual de manera innegable se ha modificado.

Tenemos en suma un gobierno mucho más grande, un gobierno que no es solo regulador de la economía, es un actor, discutiblemente el más importante. Nuestra Constitución actual extiende las facultades del Ejecutivo en el manejo económico, le otorga la potestad de influir en el comercio exterior, en la producción y en el consumo. La planificación será de ahora en adelante un

instrumento no solo de referencia, sino algo más parecido a una norma de obligatorio cumplimiento. La confianza en la “mano invisible” para la regulación de la economía ciertamente se ha desvanecido bajo la Constitución de Montecristi.

### **1.5 Visión Constitucional actual sobre la Libre Competencia**

Teniendo un poco más claro el panorama normativo que nuestra Constitución ofrece sobre los objetivos, finalidades y formas en que se desarrollará el manejo de la economía ecuatoriana; además de las potestades gubernamentales en ese sentido, corresponde entrar de lleno a revisar las disposiciones que específicamente hacen referencia al Derecho de Libre Competencia.

La primera de éstas tiene un carácter muy particular refiriéndose exclusivamente a la propiedad de los medios de comunicación.

*Art. 17 El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto:*

*3. No permitirá el oligopolio o monopolio, directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias.<sup>33</sup>*

Para el caso de los medios de comunicación se entiende el acceso a éstos como un derecho de todas las personas; esto en la medida de que análogamente al caso de la banca antes citado, la norma constitucional no concibe a la comunicación como una actividad comercial con fin de lucro, sino más bien como un servicio a la colectividad.

El artículo declara expresamente que es potestad estatal la prevención y sanción de la concentración de los medios de producción en pocas manos.

---

<sup>33</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. REGISTRO OFICIAL 449, 20-X-2008.

Entendiendo claro está, que en el caso de la comunicación no existe un “libre mercado”, ya que el gobierno es el dueño y concesionante de las frecuencias.

Ya en un plano más general existen tres artículos dentro de la misma “Constitución Económica” que ciertamente deberán servir de base para la elaboración de una eventual Ley de Competencia:

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

*6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.*

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

*El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.*

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

*El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.<sup>34</sup>*

Si bien, cuando se hizo una breve revisión a la Constitución del 98 se encontró una norma similar a la del arriba citado Art. 304, notamos instantáneamente que en la Constitución actual existe otra connotación.

---

<sup>34</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. REGISTRO OFICIAL 449, 20-X-2008.

Se habla de que las prácticas restrictivas de la competencia son especialmente condenables para el sector privado. Entonces, debemos entender que en los otros sectores de la economía (el público sobre todo siendo el más importante), figuras como el monopolio y el oligopolio no son condenables per se. Si solo el sector privado va a ser sujeto de regulación en materia de competencia, si no van a existir reglas de juego comunes y equidad en el trato entre empresas públicas y privadas, encontramos desde ya un factor problemático en la Constitución, que dicho sea de paso, es bastante constante en determinar trato diferenciado entre el sector público y privado.

Refiriéndonos ahora al artículo 335 encontramos una desviación aún mayor a los principios de la libre competencia. Primero, cuando el Estado se otorga la potestad discrecional de regular, intervenir y controlar los mercados, estamos hablando que existe un permanente impedimento o amenaza por parte del Poder respecto de la libertad de las personas para desarrollar sus actividades económicas libremente. Algo inconcebible en el marco de una economía liberal, me atrevo a decir inconcebible también para una economía social de mercado.

Sobre la política de precios, el panorama es aún más peligroso. Como se deduce lógicamente y se verá más adelante en este trabajo, los precios son el elemento clave para definir el equilibrio de los mercados. Entonces, si el Estado puede en uso de su potestad constitucional manipular libremente los precios, está en la práctica eliminando la competencia en gran medida. Está creando distorsiones gravísimas en la economía, donde los precios reflejarán no la interacción de la oferta y demanda, sino obedecerán probablemente a otros criterios, lo cual está de más decirlo, es una forma práctica de eliminar el mercado y reemplazarlo por la planificación pública.

En cuanto a la protección de la producción nacional, es claro que dentro del esquema dibujado por la Constitución vigente, la apertura al comercio internacional también queda en entredicho. La forma de controlar precios y proteger la producción nacional, se da mediante las denominadas “barreras arancelarias y no arancelarias”. Los aranceles aumentan el precio de venta de

las mercancías importadas, y las barreras no arancelarias tienen que ver en cambio con requisitos de otra índole, como: fitosanitarios, cuotas de importación, entre otros. La libre competencia también se afecta en este esquema, puesto que se manipulan los precios artificialmente. El beneficio potencial a la producción nacional, puede verse desde otro enfoque como perjuicio a los consumidores en último término. Esto tomando en cuenta que su acceso a bienes provenientes del extranjero, que pueden ser más baratos, se ve restringido por la acción gubernamental.

El cambio de paradigma económico que propone nuestra actual Constitución es evidente a la luz de estas consideraciones. Cuando los precios y la productividad, las leyes de oferta y demanda han sido siempre los pilares de la economía de mercado, aquí se propone un modelo por el cual el consumo se oriente a productos atendiendo a cuestiones que no parecen siquiera estrictamente económicas. Bajo este esquema se pretende imponer una ideología contraria al capitalismo, como ya dijimos, cercana al colectivismo, lejana al individualismo. Redistributiva de la riqueza, que busca reivindicaciones sociales supuestamente dilatadas y justas.

En este contexto, el mismo Art. 336 hace referencia expresamente a la creación de una Ley de Libre Competencia. Continuando con este análisis, es aparente al menos, que una eventual ley trataría de asegurar el libre acceso al mercado de estas formas de producción asociativas (comercio justo, economía popular y solidaria), que la Constitución entiende han sido discriminadas mediante barreras por las formas de producción capitalistas tradicionales. Siendo que el Estado ecuatoriano actual está plenamente facultado a intervenir en los mercados se genera la preocupación de que se creen deliberadamente mediante nuestro marco legal condiciones excesivamente favorables para las dichas modalidades de producción en detrimento de las de libre mercado "clásico".

En suma cabe preguntarse cuál es el verdadero propósito de la Ley de Competencia del Ecuador; lograr el desarrollo y crecimiento de los mercados mediante un aumento en la competitividad y transparencia, o ser un cuerpo legal que cumpla totalmente otros objetivos, que restrinja en la práctica la actuación privada, que privilegie la actividad económica pública y comunitaria.



## **CAPÍTULO II Derecho de Competencia**

### **2.1 Bien jurídico protegido**

*“El bien jurídico es el valor, es decir, el interés que la sociedad, a través de sus reglamentaciones legales, tutela. La Constitución es el marco legal que regula cuáles son los valores y los intereses que se desea proteger y cautelar dentro de la sociedad. Los valores fundamentales están reconocidos por la Constitución. Cada bien jurídico tutelado tiene una propia ubicación dentro del ordenamiento constitucional”.*<sup>35</sup>

Cuando se hizo un repaso de la anterior y actual Constituciones del Ecuador se hizo mención a muchos bienes jurídicos tutelados por ambas. Por la naturaleza de este trabajo se hizo especial énfasis en los intereses económicos contenidos en dichas normas. Partiendo de éstos y esencialmente de las disposiciones constitucionales vigentes desde el 2008, corresponde ahora realizar una aproximación al Derecho de Competencia que se derivará eventualmente del actual marco constitucional. Entendiendo cuales son los elementos más importantes de este particular campo del derecho, cuáles coinciden con la visión constitucional, y cuáles, en cambio, se muestran opuestos a la misma.

### **Derecho de Competencia y Libre Mercado**

*“El Derecho de la Libre Competencia está íntimamente relacionado con el desarrollo de la economía de mercado. El Derecho de la libre competencia surge de la imperiosa 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 sentando las bases para un buen funcionamiento de la concurrencia en el mercado....Este derecho asume que la*

---

<sup>35</sup> FLINT, PINKAS; Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2002, p. 27

*competencia debe ser defendida y que como bien jurídico no puede dejarse al libre albedrío de los agentes económicos.”<sup>36</sup>*

Entendemos, pues, que el bien jurídico protegido es la competencia en sí misma. Ahora bien, la justificación de por qué el ordenamiento jurídico debe proteger la libre competencia está ligada estrechamente con lo que antes se dijo sobre el libre mercado, especialmente la “mano invisible”. Es así que el derecho de libre competencia en definitiva está tratando de que el “mercado” funcione correctamente, entendiendo su valor intrínseco, pero a la vez reconociendo que no es un ente que pueda auto regularse, y que por lo mismo está sujeto a desequilibrios de diversa índole.

Por lo expuesto se trata de solucionar la contradicción conceptual que a primera vista nace del enfrentamiento entre el “libre mercado” y el “derecho de la libre competencia”, el mismo que finalmente es una herramienta que le otorga al Estado la potestad de intervenir en el funcionamiento de los mercados; lo cual a su vez entraría en conflicto directo con la “libertad” de los particulares. Para los doctrinarios e impulsores del Derecho de Libre Competencia, existe justificación plena para la existencia de éste si se lo considera como la herramienta fundamental para la sobrevivencia y auge del mercado y por ende del modelo económico capitalista.

Al respecto Valerio hace un acertadísimo análisis cuando dice:

*“En una economía de mercado el principio de libertad de competencia es esencial. Las posibles restricciones o limitaciones de la libre competencia pueden venir del Estado cuando concede o crea monopolios para el ejercicio de una actividad económica o cuando prohíbe o evita la creación de nuevas industrias. Pero puede venir también de las propias empresas cuando establecen pactos o acuerdos dirigidos a limitar la competencia (...)*

---

<sup>36</sup> *Ibíd*em

*(...)La competencia económica es el principio rector de una economía de mercado y constituye la primera manifestación del ejercicio de la libertad de empresa por ello resulta esencial su protección”.*<sup>37</sup>

Se enuncia el criterio que como la competencia económica es el elemento más crucial para la existencia de una economía de mercado, para el ejercicio efectivo de la libertad de empresa también, entonces el derecho de libre competencia no debe ser entendido en su esencia como un esquema jurídico limitante de la acción e iniciativa de particulares, sino al contrario, como el medio para garantizarlos. Entendemos que el derecho de libre competencia entonces es uno de los pilares del libre mercado y que en último término solo tiene sentido en economías de este tipo.

### **Mercado de competencia perfecta e imperfecta**

Se ha dicho que el Derecho de la Libre Competencia tiene como finalidad principal corregir ciertos desequilibrios del mercado. Por tanto, es indispensable analizar dos conceptos que han sido estudiados mucho más en el ámbito de la economía que el derecho, pero que sin embargo, son utilizados ampliamente por diversas legislaciones: el mercado perfecto y el mercado imperfecto.

Para Mochón un mercado de competencia perfecta implica un modelo teórico más que una realidad. Es una referencia para el análisis de los mercados que se presentan en la práctica. Un mercado perfectamente competitivo es el que conjuga la existencia de muchos vendedores pequeños en relación con el mercado, los cuales a su vez ofrecen productos homogéneos. Es un mercado en el cual los compradores estén perfectamente informados, por ende, se elimina la incertidumbre; en el que exista libre entrada y salida de empresas; y por último, en el cual las decisiones de oferentes y demandantes son independientes.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> VELEIRO, BELÉN. “Mercado y Competencia”. El Derecho Editores S.A. Madrid, 2010, p. 13.

<sup>38</sup> MOCHÓN, FRANCISCO. “Principios de Economía”. McGraw Hill. Madrid, 2003, p. 108.

El mercado de competencia perfecta discutiblemente existe en cualquier actividad productiva. Evidentemente, en primer lugar, la homogeneidad en los productos ofrecidos es algo muy difícil de alcanzar. Podemos imaginarla en el campo agropecuario, o similares, pero en el campo de las nuevas tecnologías donde precisamente la innovación y el ánimo de diferenciación son los factores que impulsan la competencia esto sería poco probable. Lo mismo podemos decir respecto de las asimetrías de la información; al estar los oferentes en permanente pugna, resulta complicadísimo que exista total transparencia en este sentido.

Teniendo en cuenta las características que definen al mercado de competencia perfecta es más fácil hacer una aproximación a las deficiencias que en cambio alteran este balance ideal y provocan un marco de competencia imperfecta. Mochón hace otra acertada definición cuando dice que la diferencia fundamental entre los mercados de competencia perfecta e imperfecta consiste en que en los segundos los oferentes tienen la capacidad de influir individualmente en el precio de los productos. En otros términos, en la medida en que los mercados tengan menos oferentes cada uno de éstos tendrá mayor influencia en los precios. Se dice también que los dos elementos que conspiran para la creación de mercados de competencia imperfecta son: los altos costes de producción y las barreras de entrada.<sup>39</sup>

Los altos costes de producción crean un obstáculo para la entrada de oferentes a un mercado en la medida de que no todos los agentes económicos son capaces de soportar esta carga, o pueden invertir en materia prima o tecnología que alcance valores muy altos. Refiriéndonos a las barreras de entrada, se amplía este criterio, las barreras pueden ser de carácter legal, en cuanto la administración pública tiene el poder de restringir el acceso a ciertos mercados. Pueden ser barreras relacionadas también a la propiedad

---

<sup>39</sup> MOCHÓN, FRANCISCO. "Principios de Economía". McGraw Hill. Madrid, 2003, p. 126.

intelectual, puesto que las creaciones protegidas por este derecho no pueden ser usadas por oferentes distintos al que patente las invenciones.<sup>40</sup>

## Monopolio

El monopolio se puede definir en los términos siguientes:

*“Situación de un mercado en el que sólo hay un único vendedor. En el análisis económico tradicional, el concepto de monopolio se opone al de competencia perfecta. Por definición la curva de demanda del monopolizador es la del conjunto del sector y resulta decreciente. Por consiguiente, el monopolizador domina muy ampliamente el precio fijo que aplica, es decir, que no considera los precios como dados sino que puede fijarlos a su antojo”.*<sup>41</sup>

El monopolio es entonces la antítesis de la competencia perfecta donde un solo oferente puede imponer las condiciones que quiera. Evidentemente es un escenario contrario a la esencia conceptual del libre mercado y potencialmente muy dañino para los consumidores que no tienen capacidad de influir en los precios.

Los monopolios pueden suscitarse de varias maneras, pueden ser de carácter legal cuando la administración pública se reserva para sí ciertos mercados, como el transporte, la energía, las telecomunicaciones, etc. Otra forma “legal” de establecer un Monopolio es la exclusión de competidores en virtud de poseer productos patentados o únicos que nadie más pueda producir y ofrecer al público. Se llama también “monopolio natural” al que existe y se considera benigno en cierto sentido por cuanto en éste es más conveniente que una empresa se dedique a determinada actividad que varias<sup>42</sup>(un ejemplo práctico sería el sistema de alcantarillado, no es conveniente que sea provisto por

---

<sup>40</sup> Ibídem

<sup>41</sup> FLINT, PINKAS; Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2002, p. 164

<sup>42</sup> Ibídem

varios agentes, lo eficiente para su funcionamiento es que uno solo administre el sistema).

Hasta el momento entonces, se ha hecho mención a los dos extremos posibles en un mercado, el de competencia perfecta (plena competencia) y el monopolio (ausencia de competencia). El punto intermedio entre estos dos escenarios es en cambio el denominado “oligopolio”.

### **Oligopolio**

El oligopolio tiene como rasgos característicos los siguientes:

1. Hay un número reducido de productores. Es una industria con pocas empresas, pero donde éstas tienen poder para decidir sobre el precio de venta del bien o servicio.
2. El producto ofrecido por las empresas que forman el oligopolio es homogéneo o muy similar.
3. Hay gran interdependencia entre las empresas del oligopolio. Debido a ello, dentro de estas industrias se pueden plantear dos tipos de relaciones entre las empresas: comportamiento colusorio y no colusorio.<sup>43</sup>

En el oligopolio entonces existe competencia pero limitada y restringida a pocos participantes, se entiende como un modelo de competencia imperfecta bastante difundido en la actualidad, sus beneficios y perjuicios potenciales están determinados sobre todo por la interacción que tengan sus participantes. En tanto éstos actúen independientemente, se entiende que existirá competencia – al menos parcial –, mientras que si lo hacen de manera concertada existe una práctica restrictiva de la competencia, definida doctrinariamente como la “cartelización”.

---

<sup>43</sup> CUERDO MIGUEL. Introducción a la microeconomía: comportamientos, intercambio y mercados. ESIC Editorial, Madrid 1997, p. 198.

## 2.2 Principales Instituciones

### Mercado Relevante

Si bien se ha hablado ya de mercado en cuanto a la competencia (perfecta e imperfecta), el concepto de mercado relevante no debe confundirse con éste, puesto que obedece a otras consideraciones. El mercado relevante se define considerando dos factores primordiales, el mercado geográfico y el mercado de producto.

Si en un área determinada, un producto, al aumentar radicalmente de precio, o al reducir considerablemente su volumen de oferta no encuentra un proveedor o un producto que con la cantidad y rapidez suficiente restablezca la oferta inicial, se puede decir que estamos ante un “mercado relevante” de dicho producto.<sup>44</sup>

Continuando con las definiciones, la Unión Europea dice que por mercado relevante se debe entender lo siguiente:

*“El mercado de producto y de prestación de servicios comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles en razón de las características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos. El mercado geográfico relevante comprende, por otra parte, la zona en que las empresas desarrollan sus actividades de suministro de productos o prestación de servicios, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas, debido, a que en las otras condiciones de competencia son sustancialmente diferentes.”<sup>45</sup>*

---

<sup>44</sup> MERCANT, JUAN MANUEL. “Conceptos Claves para Analizar las Normas de Defensa de la Competencia”. Boletín Latinoamericano de Competencia N° 21, 2006. p. 67.

<sup>45</sup> Comunicación de fecha 9/12/1997 No. 97/C 372/ 03. Citada por MERCANT, JUAN MANUEL. “Conceptos Claves para Analizar las Normas de Defensa de la Competencia”. Boletín Latinoamericano de Competencia N° 21, 2006. p. 68.

Para analizar cualquier conflicto en el marco de la defensa de la competencia la determinación del “mercado relevante” va a ser evidentemente fundamental. Es el punto de partida, puesto que si nos referimos al concepto de la sustitución o reemplazo mencionado anteriormente, las prácticas anticompetitivas podrán desenvolverse únicamente en cuanto no exista un producto o un proveedor que reemplace la oferta de otro que haya aumentado arbitrariamente el precio, o restringido el volumen de su producción.

En otros términos, un agente que en su mercado relevante (geográfico y de producto) no encuentre competidores, se halla en una posición muy ventajosa respecto de los consumidores, en tanto sus acciones dependerán exclusivamente de sí mismo, lo cual es un tema también importantísimo en la estructura del derecho de la competencia como se podrá ver a continuación.

### **Poder de Mercado**

El poder de mercado está estrechamente ligado con los precios. Se entiende que un agente económico tiene poder en tanto puede influir en la fijación de los mismos. Cuando en un mercado competitivo, en cambio, las empresas tienden a tomar como referencia los precios antes que fijarlos. El poder de mercado puede existir en varios niveles del proceso productivo. Lo pueden ejercer tanto los vendedores como los compradores.<sup>46</sup>

Una forma de conceptualizar de mejor manera el poder de mercado es observando la interacción de dos agentes económicos. El que tiene poder (suponiendo en este caso que sea el vendedor) puede elegir vender a diferentes precios. En la medida en que el comprador no cuente con alternativas, por ejemplo, si el vendedor es proveedor único de determinado bien en el mercado relevante, es vulnerable y en gran medida dependiente de la primera empresa.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> MERCANT, JUAN MANUEL. “Conceptos Claves para Analizar las Normas de Defensa de la Competencia”. Boletín Latinoamericano de Competencia N° 21, 2006. p. 66.

<sup>47</sup> *Ibíd.*



Están por demás puntualizar que una empresa con poder de mercado puede perjudicar gravemente a las empresas “débiles” que en virtud de su dependencia están obligadas a acatar sus disposiciones. Evidentemente si la empresa con poder decide establecer condiciones lesivas existen pocas o ninguna opción para las empresas dependientes.

### **Posición de Dominio**

La posición de dominio es una situación parecida a la detallada anteriormente, sin embargo podríamos decir que es de carácter más extremo, y por lo mismo, el eventual abuso también es mayor. La existencia de una posición de dominio es fundamentalmente una cuestión de poderes económico y técnico. En definitiva, es el potencial de actuar en el mercado sin tener que someterse a las reglas efectivas de la competencia.<sup>48</sup>

Los factores que se estudian de manera casi universal para establecer la existencia de una posición dominante son: la cuota de mercado de la empresa y sus competidores; la posición en el mercado; el comportamiento de los competidores en el mercado; las barreras de entrada y a la expansión; las economías de escala y de alcance; los efectos de red; el poder de la demanda; el acceso a los mercados ascendentes o la integración vertical; la durabilidad del poder de mercado; la madurez o vitalidad del mercado y el acceso a los recursos esenciales. Son menos frecuentes, aunque no inexistentes, factores como los recursos financieros de las empresas y sus competidores, los precios elevados y los beneficios.<sup>49</sup>

La empresa que está en una posición dominante tiene una ventaja fundamental. Todas sus políticas, todas sus acciones las puede desarrollar sin que antes tenga que observar el comportamiento de sus competidores. Se podría visualizar como si los competidores de una empresa en posición de

---

<sup>48</sup> CREUS ANTONIO. “Código de Derecho de la Competencia” Wolter Kluwer España. Madrid, 2006. p. 36.

<sup>49</sup> Informe de la secretaría de la UNCTAD. “Abuso de la Posición Dominante”. 21 de mayo de 2008 p. 5.

dominio, no representan amenaza alguna para ésta. En la práctica, es casi como si no estuvieran presentes en el mercado relevante.

La independencia es pues, - por sobre todos los listados anteriormente - el criterio básico fundamental para determinar si una empresa tiene posición de dominio en un mercado. Es clarísimo entonces que la competencia está ampliamente restringida si en determinado mercado relevante un agente tiene enorme libertad para actuar. Cabe mencionar, que la doctrina a la vez que tiene una concepción casi unánime de lo que implica la posición de dominio, expresa además un punto que es fundamental, - la posición de dominio no es per se lesiva de la competencia -. Lo que sí es sancionado en casi todas las legislaciones de competencia en cambio, es el abuso de tal posición, lo cual se verá más adelante.

### **Barreras de Entrada**

Aunque se hizo mención anteriormente a las barreras de entrada cuando se habló de los monopolios y oligopolios, cabe ahora hacer una definición más amplia debido a la importancia de este tema.

Las barreras de entrada son impedimentos a la participación de empresas en determinados mercados. Se identifican cinco tipos de barreras principalmente:<sup>50</sup>

- *Obstáculos legales y administrativos tales como: cuestiones de propiedad intelectual, existencia de monopolios legales, necesidad de autorizaciones administrativas para el ejercicio del comercio.*
- *Inversiones de capital necesarias para crear la empresa que pueda entrar en el nuevo sector.*
- *Los costos de adaptación de las estructuras productivas y la capacitación del personal.*

---

<sup>50</sup> MERCANT, JUAN MANUEL. "Conceptos Claves para Analizar las Normas de Defensa de la Competencia". Boletín Latinoamericano de Competencia N° 21, 2006. p. 70.

- *La diferenciación del producto de las empresas establecidas.*
- *Las dificultades de acceso a los canales de distribución.*

El tema de la existencia de barreras de entrada es tan decisivo, que por ejemplo para la “Comisión Nacional de Defensa de la Competencia” de la República Argentina, *“aún si una operación de concentración económica aumenta significativamente el nivel de concentración existente en el mercado relevante, es posible que ella no afecte negativamente al interés económico general si en ese mercado no existen barreras que impidan el ingreso de nuevos competidores.”*<sup>51</sup>

Lo antedicho es una muestra clara de que la existencia de barreras de entrada en un mercado se concibe como un escenario eminentemente contrario a la competencia, aún más relevante que la existencia de concentraciones económicas (oligopolios), lo cual tiene sentido, ya que la competencia se garantiza en un mercado relevante en la medida en que cualquier agente emprendedor tiene la libertad de incorporarse.

Situándonos en el Ecuador podemos adelantar un criterio en el sentido que parece claro que el máximo obstáculo para la proliferación de la competencia tiene que ver precisamente con las regulaciones legales y administrativas citadas anteriormente. Siendo que nuestro Estado discutiblemente como nunca está imponiendo nuevos requisitos para el ejercicio de la iniciativa privada, además de que se está reservando para el ámbito público muchos sectores de la economía.

El análisis de los mercados es una disciplina muy compleja que sin duda entremezcla el ámbito de lo económico y lo jurídico. Hasta el momento en esta breve síntesis de la naturaleza del derecho de la competencia hemos tratado de definir lo que es el mercado; lo que es un mercado de competencia perfecta e imperfecta; lo que es un mercado relevante; lo que implica para el desarrollo

---

<sup>51</sup> *Ibídem*

de la competencia la existencia de empresas con poder de mercado o posición de dominio, así como las consecuencias que se producen cuando hay barreras de entrada. Todo esto con el fin de dibujar lo que las autoridades de la competencia considerarán para analizar la existencia eventual de prácticas lesivas a la competencia. Estos son efectivamente los parámetros indispensables para determinar en definitiva, si un mercado es “pro-competitivo” o “anti-competitivo”.

### **2.3 Conductas antijurídicas**

La colaboración o el acuerdo entre competidores (supuestos “rivales”) se podría entender como el concepto más antagónico posible a la competencia. Es por esto, que entre las múltiples prácticas que la doctrina considera potencial o efectivamente restrictivas o lesivas a la competencia se consideran especialmente a los convenios o acuerdos entre empresas competidoras. Evidentemente hay que puntualizar que no todas las interacciones (acuerdos) entre empresas están sancionadas o prohibidas por la ley, sino sólo las tendientes a afectar la competencia o el interés público de los consumidores.

#### **2.3.1. Acuerdos Horizontales**

*“Los convenios horizontales son aquellos celebrados entre empresas dedicadas a las mismas actividades productivas o distributivas, es decir convenios entre empresas que trabajan en un mismo nivel productivo y en un mismo mercado relevante, hallándose por tanto en posición de competir entre ellas.”<sup>52</sup>*

Tal vez una de las modalidades más comunes de acuerdos horizontales es el denominado “cartel”. En este sentido el estudio de los carteles puede servirnos enormemente para visualizar los tipos, efectos, y eventuales perjuicios de los acuerdos horizontales en general. Decimos esto por cuanto, para que los

---

<sup>52</sup> GRIJALVA AGUSTÍN; TROYA JOSÉ VICENTE. “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”. Publicado en Revista Foro de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2003. p.20.

acuerdos horizontales tengan alguna eficacia, es indiscutible que las empresas inmersas en el acuerdo deben ostentar una participación mayoritaria en el mercado, sino total. Podemos decir en contraste, que un cúmulo de pequeños agentes en el mercado podrían actuar concertadamente, pero si su participación es muy restringida, los efectos serán imperceptibles.

Un cartel consiste en un grupo de empresas de una determinada industria que acuerdan colusoriamente actuar coordinadamente como si fuesen un monopolio para obtener ganancias monopolísticas. Las empresas que forman parte de un cartel suelen producir menos, cobrar precios más elevados y bloquear la entrada de nuevas empresas.<sup>53</sup>

En los carteles existen beneficios adicionales para las empresas que lo constituyen. Evidentemente hay certeza respecto al comportamiento de los otros agentes en el mercado relevante (todos actúan concertadamente). También se genera un esfuerzo organizado para bloquear el acceso de nuevas empresas (barreras de entrada), lo cual asegura la “supervivencia” del cartel y por consiguiente, la perpetuación de ganancias desproporcionadas.<sup>54</sup>

Por el lado del consumidor entendemos además, que la existencia de carteles es eminentemente negativa, puesto que normalmente tendrán que sufrir precios más elevados que los que se hubieran generado en un mercado donde exista competencia.

En un plano general, entre los tipos de acuerdos horizontales más comunes podemos encontrar los siguientes:

- Fijación de precios: los participantes del mercado se ponen de acuerdo para fijar el precio directamente o hacerlo a través de fórmulas, o fijación de porcentajes en el aumento de precios. Cabe decir también, que muy en relación con los precios, están las formas de comercialización. Estos mecanismos incluyen los modos y formas de pago, como los días de

---

<sup>53</sup> McEachern, William. “Economía”. International Thomson Editores. México, 2003. p.228.

<sup>54</sup> *Ibíd*em

crédito, porcentajes de descuento, y promociones<sup>55</sup>. Siendo que el precio es tenido como el aspecto más importante respecto del cual compiten (lo primero que el consumidor considera para realizar sus compras normalmente), la fijación de precios constituye uno de los acuerdos horizontales más condenados.

- Reparto de Mercados: el reparto se hace ya sea desde el ámbito territorial, por la clientela, o por los productos<sup>56</sup>. Las empresas que en principio deberían competir, se asignan cuotas específicas. En el ámbito territorial se crean monopolios geográficos, los cuales sin embargo, deben mantenerse a base de una estricta disciplina (por ejemplo negarse a vender a consumidores de otras áreas). Análogamente, en el reparto de la clientela, las empresas acuerdan no realizar transacciones sino con los clientes previamente asignados a cada una. Por último el reparto de mercado de productos o servicios consiste en la renuncia a la competencia sobre elementos específicos.<sup>57</sup>
- Limitación de la producción: para distorsionar el mercado y crear ganancias extraordinarias las empresas inmersas en un acuerdo horizontal pueden decidir fijar un volumen de producción menor al que se generaría si existiera un régimen de competencia. Evidentemente, en aplicación de la regla de la oferta y demanda, una disminución en la oferta, enfrentada a la estabilización o aumento de la demanda significa una elevación en los precios, con el consiguiente perjuicio a los consumidores. Es pertinente mencionar que un caso emblemático de limitación de la producción como acuerdo horizontal es el del cartel de la “OPEP”, que comúnmente recurre a este mecanismo en procura de obtener mayores beneficios para sus miembros.

---

<sup>55</sup> ARTIGAS, ZULMARI; NAVARRO, EFRÉN. “Los Acuerdos Horizontales”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello No. 57. Caracas 2002, p. 156.

<sup>56</sup> *Ibidem*

<sup>57</sup> GRIJALVA AGUSTÍN; TROYA JOSÉ VICENTE. “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”. Publicado en Revista Foro de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2003. p.25.

- Boicot: en el caso de que intervengan varias empresas, el boicot es una práctica concertada en que los miembros de un determinado mercado relevante actúan en detrimento de otro dentro del mismo mercado. El boicot puede significar el establecimiento de determinadas barreras de entrada, a la vez que puede manifestarse como una serie de acciones encaminadas a propiciar la salida del mercado de ciertos competidores.

### 2.3.2. Acuerdos Verticales

*“Un acuerdo vertical existe cuando el acuerdo se celebra entre dos agentes que se encuentran en niveles diferentes de producción o distribución. Por ejemplo entre un fabricante y el proveedor de una de sus materias primas.*

*La mayoría de los acuerdos verticales no son perjudiciales para la competencia. Son una forma usual y normal de hacer negocios. Son parte del proceso competitivo una amplia variedad de tipos de acuerdos verticales.”<sup>58</sup>*

Las empresas que sostengan acuerdos verticales no son competidores directos como en el caso de las empresas que tomaban parte en convenios horizontales. *Mediante acuerdos verticales, una empresa con poder de mercado puede restringir la competencia en las fases productivas o distributivas anteriores o posteriores a la fase en la que ella opera, para así beneficiarse de la limitación de competencia. El ejemplo clásico de restricción vertical es el de la imposición de precios de reventa por parte del productor a sus distribuidores o del mayorista al minorista.*<sup>59</sup>

Como vemos, el criterio general de la legislación internacional es que mientras los acuerdos horizontales suelen ser casi siempre de naturaleza anticompetitiva, los acuerdos verticales son bastante más “benignos”. Cuando se haga un enfoque al análisis de las infracciones en el derecho de la competencia se verá también que en esta situación se implementa más la

<sup>58</sup> FLINT, PINKAS; Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2002, p. 240.

<sup>59</sup> GRIJALVA AGUSTÍN; TROYA JOSÉ VICENTE. “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”. Publicado en Revista Foro de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2003. p.28.

denominada “regla de la razón o razonabilidad”, en contraste con la “regla per se”, bastante más aplicada a acuerdos horizontales en los términos ya descritos.<sup>60</sup>

Cabe también hacer un breve esquema de cuáles son las prácticas o acuerdos horizontales que se consideran potencialmente lesivos a la competencia:

- Ventas atadas: la venta atada consiste en la acción de una determinada empresa que obliga al comprador –intermedio o final- a la aceptación de una prestación suplementaria que no guarda relación con el objeto del contrato principal. En otros términos, es un condicionamiento para la venta de un objeto que es de interés del consumidor, que debe someterse a la compra de un objeto que puede no serlo. Esto claro está, solo puede imponerse en casos en que la empresa vendedora tenga poder de mercado con respecto de la compradora<sup>61</sup>.
- Precios de Reventa: esta es una práctica difundida ampliamente en las relaciones productor – distribuidor. Consiste en la fijación del precio de venta al consumidor final por parte del productor. El distribuidor que adquiere el producto para su posterior comercialización tiene que atenerse a ese precio referencial. *“El principal efecto sobre la competencia de la imposición de precios de reventa mínimos o fijos es que los distribuidores ya no pueden competir por dicha marca mediante los precios, lo que da lugar a una eliminación total de la competencia de precios dentro de las marcas”*.<sup>62</sup> Esto es clarísimo pues todos los distribuidores se encuentran en situación análoga respecto al precio de venta de su producto, aunque es cierto que la competencia no se restringe exclusivamente al precio de un bien, este aspecto sí es tenido usualmente como el más importante.

---

<sup>60</sup> *Ibíd*em

<sup>61</sup> FLINT, PINKAS; Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2002, p. 554.

<sup>62</sup> ORTIZ, LUIS; DE LAS MUELAS, REYES. “Derecho de la competencia europeo y español”. Editorial DYKINSON. Madrid, 2008. p. 24.



- Acuerdos de exclusividad: requerimiento por parte del productor para con el vendedor de que éste no compre, distribuya o fabrique productos o servicios que compitan con los del proveedor. El distribuidor como contraprestación recibe en cambio derechos exclusivos para la compra, venta o reventa de bienes o servicios en un territorio determinado. Este acuerdo afecta a los demás productores en el sentido de que les dificulta el acceso a puntos de distribución y por tanto el acceso al mercado en cuestión.<sup>63</sup>
- Reparto de mercado: en el momento en que se habló de los acuerdos horizontales se hizo referencia al reparto de mercado entre competidores directos. El reparto de mercado también es aplicable bajo un esquema vertical en la medida en que las empresas productoras, impongan a las distribuidoras ciertas cuotas de mercado. Esto se puede dar mediante una limitación territorial o de clientela. Así los distintos distribuidores del producto ofertado por el productor no tendrán competencia unos con otros.

### **2.3.3. Abuso de la posición de dominio**

Cuando se hizo una breve referencia al concepto de posición de dominio, - que es absolutamente fundamental dentro del derecho de competencia -, se dijo también que es muy complejo establecer con certeza cuándo una empresa ocupa una posición de dominio. Esta determinación comprende la consideración de muchos factores, siendo tal vez el más preponderante, la capacidad de cada empresa para actuar sin consideración de los competidores, proveedores y consumidores.

Si bien la determinación de la existencia de posición de dominio ya plantea graves retos, el Derecho de la competencia debe además ocuparse de listar cuales son las prácticas que constituyen abuso de esa posición. Esto aclarando que si en algo la doctrina es prácticamente unánime, es en que la existencia de la posición de dominio no es por sí misma una amenaza a la competencia. Lo

---

<sup>63</sup> GRIJALVA AGUSTÍN; TROYA JOSÉ VICENTE. "Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador". Publicado en Revista Foro de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2003. p.30.

que sí se entiende como conducta antijurídica y lesiva de la competencia es el “abuso”.

*Las prácticas abusivas se dividen habitualmente en abusos de exclusión y abusos de explotación. Los abusos de exclusión obligan a los competidores a abandonar el mercado, no los dejan entrar en él, o los fuerzan a ejercer una competencia débil o a no expandirse... Los abusos de explotación son aquellos en que la empresa dominante sube los precios o reduce la calidad o la variedad, o toma otras medidas que le permiten enriquecerse de una manera que habría resultado imposible en un mercado competitivo.*<sup>64</sup>

Es importante constatar que en la definición propuesta se rescatan muchos de los elementos hasta ahora analizados. Cuando hablamos de exclusión, claramente nos referimos a las barreras de entrada a los mercados. El abuso de la posición de dominio ciertamente -y es hasta cierta medida lógico- puede encaminarse en este sentido. El evitar que empresas se incorporen al mercado relevante no hará otra cosa que perpetuar esa condición de “empresa dominante” para quien está ejerciendo el abuso.

Hay en el caso de abuso de posición de dominio también varias prácticas que conviene definir por separado:

- Precios excesivos: la empresa con posición de dominio fija precios de venta o de compra que difieren ampliamente con los precios que existirían en condiciones normales de competencia. En estos casos la empresa actúa de manera parecida a un monopolio para obtener rentas excesivas.<sup>65</sup>
- Precios predatorios: consiste en una estrategia deliberada para sacar a competidores del mercado al vender a precios muy bajos, o precios por debajo del costo de producción de la empresa. En el momento que el

---

<sup>64</sup> Informe de la secretaría de la UNCTAD. “Abuso de la Posición Dominante”. 21 de mayo de 2008 p.5

<sup>65</sup> GRIJALVA AGUSTÍN; TROYA JOSÉ VICENTE. “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”. Publicado en Revista Foro de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2003. p.36.

agente que estableció el precio predatorio ha eliminado a sus competidores del mercado e impedido la entrada de nuevos competidores puede volver a subir los precios para compensar las pérdidas, o bien empezar a generar rentas monopolísticas<sup>66</sup>.

- **Precios Discriminatorios:** son precios fijados de manera arbitraria u obedeciendo a consideraciones distintas que las de la oferta, demanda, costes de producción. Pueden ser beneficiosos para ciertos compradores, por concepto de sistemas de primas o descuentos por fidelidad.<sup>67</sup> La posible afectación a la competencia consiste en el diferente precio en que los compradores o consumidores adquieren el mismo producto. Puede extenderse igualmente el perjuicio en el sentido de que los compradores que hayan comprado bajo precios más bajos tendrán una ventaja frente a sus competidores directos en el momento en que quisieren vender estos productos.
- **Negativa unilateral a tratar:** consiste en negarse de manera injustificada a vender o negociar con otro agente económico. Las empresas que gozan de una posición de dominio en el mercado, ciertamente pueden abusar de ésta al incurrir en esta práctica. Los objetivos de la negativa pueden incluir, la intención de eliminar competidores, o de satisfacer deliberadamente a ciertos compradores, en detrimento de otros.

#### **2.3.4. Concentraciones**

Las concentraciones como su nombre lo indica consisten en la unión (fusión) de empresas o agentes económicos. No podemos considerarlas estrictamente como conductas antijurídicas, pero se ha decidido incluirlas dentro de este apartado por sus eventuales efectos anticompetitivos. En cuanto al aspecto societario estrictamente, recordemos que nuestra legislación de compañías

---

<sup>66</sup> OECD. Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law. p. 67.

<sup>67</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. "Ley Tipo de Defensa de la Competencia". Naciones Unidas. p. 10.

contempla la figura de fusión, sea esta por absorción (compañía comprante conserva su personería desapareciendo la absorbida) o bien por el nacimiento de una nueva persona jurídica producto de la combinación de las anteriores.<sup>68</sup> Debemos no obstante, recalcar que doctrinariamente las concentraciones no se restringen privativamente a las fusiones, sino que contemplan un margen más amplio. En general, cualquier cambio de control en las operaciones de un agente, puede eventualmente considerarse que provocan concentraciones – pensemos por ejemplo un “joint venture” –.

Las concentraciones en el marco del Derecho de la competencia han sido también materia de amplio estudio. Esto en la medida de que como se ha constatado repetidamente, el advenimiento de monopolios, oligopolios, carteles y empresas con posición de dominio es tenido en especial consideración por el potencial de perjuicio a la libre competencia que estas figuras representan.

La relación estrecha entre las concentraciones y las figuras antedichas, consiste en que mientras más concentraciones se produzcan, obviamente las empresas resultantes o sobrevivientes ocuparán un mayor porcentaje del mercado, - serán más “grandes” -. Las concentraciones al igual que los acuerdos pueden ser de naturaleza horizontal si se refieren a empresas que sean competidoras directas, u verticales si se refieren a compañías en distintos “pisos” de la cadena productiva.

Finalmente, lo más importante a tener en consideración en cuanto a concentraciones, - al igual que en todas las demás conductas que en este capítulo se han revisado -, es si ellas son efectivamente contrarias a la competencia; si son pro o anticompetitivas; si resultan en beneficio o perjuicio para el consumidor.

---

<sup>68</sup> Codificación de la Ley de Compañías (Registro Oficial 312, 5-XI-1999)

## 2.4 Análisis de las infracciones

Si tenemos al menos parcialmente claras cuáles son las conductas que el derecho de la libre competencia considera potencialmente restrictivas de la competencia, el siguiente paso del análisis consiste en solucionar precisamente esta duda, ¿en los casos concretos, cómo se define si una conducta es pro competitiva, o anti competitiva? Esta es una cuestión tan determinante como debatida por la doctrina del derecho de libre competencia. La mayor divergencia de criterios suele estar definida por qué clase de regla aplican las legislaciones: la “regla per se” o la “regla de la razón”.

### Regla per se

La regla per se es la aplicación de un criterio terminante, en el momento que una práctica aparece como que siempre o casi siempre tiende a restringir la competencia se considera per se ilegal (generalmente se restringe a los “acuerdos horizontales”)<sup>69</sup>. Bajo la aplicación de la regla per se, entonces, sin que medie un análisis elaborado del daño que ha causado determinada conducta, o la motivación que hubo detrás de cierta acción, se concluye la ilegalidad.<sup>70</sup>

En el esquema legal norteamericano, que es el pionero en materia de libre competencia, ciertamente se ha repetido el conflicto entre la regla per se y la regla de la razón. La regla per se, siendo de una naturaleza más drástica, en la práctica, se ha basado en la experiencia y jurisprudencia, fuente primerísima del derecho anglosajón. Mediante la comprobación de cuáles son las prácticas que casi invariablemente restringen la competencia o persiguen ese objetivo, se configura la regla per se. En suma, la regla per se es producto, tanto de la

---

<sup>69</sup> M. JACOBSON JONATHAN. Antitrust law developments. ABA Book Publishing. Sexta edición, 2007. p.49.

<sup>70</sup> Ibídem

experiencia de los tribunales que aplican el derecho “antitrust” como de la observación de la evolución de los mercados.<sup>71</sup>

Evidentemente, por la naturaleza de la regla per se se genera algunos problemas jurídicos y prácticos. En primer término, al prescindirse por la regla per se del análisis de los efectos económicos pro o anticompetitivos de determinada conducta, se puede estar incurriendo en una situación en que “el remedio es peor que la enfermedad”. Decimos esto, puesto que no todas las prácticas listadas en el capítulo anterior derivan necesariamente en situaciones que afecten la competencia. En algunos casos incluso, se puede llegar más bien a beneficiar la eficiencia de los mercados, reducir costos, y en último término servir al consumidor.

Es pertinente resaltar también, que la aplicación de la regla per se puede concebirse además como una lesión al principio de legítima defensa de las empresas que realicen actos que en general se puedan presumir como lesivos a la competencia<sup>72</sup>. En teoría, aunque las empresas alegaren que sus acciones no tenían la intencionalidad de afectar a la competencia, o aunque se pudiere demostrar mediante cifras que los efectos son pro competitivos, la aplicación de la regla per se ciertamente limita la posibilidad de hacer válidas estas alegaciones.

Ya centrándonos en nuestro caso ecuatoriano, sería desaconsejable que una eventual ley de competencia tome prominentemente el criterio de la ilegalidad per se de los actos en materia de competencia. Con la consideración adicional de que los efectos no deseados en nuestro país, podrían no restringirse a las consecuencias anticompetitivas “comunes”, sino que como ya se ha visto, podrían incluir temas como la justicia redistributiva, la igualdad de acceso a los medios de producción, entre otros.

---

<sup>71</sup> Ibídem

<sup>72</sup> Ibídem

## Regla de la razón

La regla de la razón es un método de análisis aplicado por las autoridades de la competencia por el cual se evalúan los efectos pro o anti competitivos para decidir si determinada práctica debe ser prohibida. Algunas conductas que en primer término pueden considerarse anticompetitivas, con un examen realizado en virtud de la regla de la razón pueden posteriormente definirse como que han tenido consecuencias positivas, o aumentado la eficiencia de los mercados<sup>73</sup>.

En este sentido, jurisprudencia norteamericana se manifiesta de la siguiente manera:

*“La mayoría de los reclamos en materia de libre competencia son analizados bajo la regla de la razón, de acuerdo a como el juzgador decida si la práctica cuestionada impone una restricción irracional a la competencia, tomando en cuenta una variedad de factores, incluyendo información específica sobre el mercado relevante, su condición antes y después de que la conducta fue impuesta, y el contexto de la práctica, su historia, naturaleza y efecto”*<sup>74</sup>

Como vemos, el criterio que se ha impuesto en la legislación norteamericana de competencia es el del privilegio a la regla de la razón, en detrimento a la regla per se. Tiene sentido esto, puesto que las operaciones comerciales modernas son muy complejas y por tanto requieren de un amplio y detallado estudio. La aplicación de la regla de la razón involucra así mismo sus retos. El examen detallado del mercado relevante y la determinación de la posición de dominio del sujeto que haya incurrido en la conducta supuestamente anticompetitiva, son dos de los elementos más importantes que las autoridades de competencia tienen en cuenta en el marco de la regla de la razón, y como ya vimos, en estos dos puntos clave intervienen a su vez múltiples elementos.

---

<sup>73</sup> OECD. Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law. P. 78

<sup>74</sup> State Oil Co. v. Kann, 522 U.S. 3, 10 (1997); Texaco, Inc. v. Dagher, 126 S. Ct. 1276, 1279 (2006). Citado en la obra: M. JACOBSON JONATHAN. Antitrust law developments. ABA Book Publishing. Sexta edición, 2007. p. 56.

Respecto del tema de la prueba, se dijo que en el análisis de infracciones a la libre competencia bajo la regla *per se*, podría eventualmente afectarse el derecho a la legítima defensa del investigado por existir la presunción de ilegalidad. En el marco de esta regla de la razón encontramos una diferencia sustancial. La carga de la prueba puede invertirse de tal forma, que le corresponderá a la autoridad administrativa o judicial probar los efectos anticompetitivos derivados de una conducta. En caso de no existir tal comprobación, lo lógico será la declaración de que la mencionada conducta no es lesiva de la competencia.

De más está decir que el juzgador tendrá en la aplicación del derecho de la competencia una tarea muy compleja. Esta disciplina combina decididamente las ciencias jurídicas con la economía, y por lo tanto incorpora elementos de ambas para el análisis de las conductas. La regla de la razón tiene por tanto una justificación conceptual en el sentido de que incorpora el análisis económico y busca sobre todo demostrar cuantificablemente el daño causado, como justificativo de sanción.

Se podría comentar finalmente que la regla de la razón, pese a todas las ventajas que parece tener sobre la regla *per se*, abre también campo al subjetivismo (procesalmente además la regla *per se* se puede considerar más “económica”). En este punto el dictamen de la autoridad respecto de los conflictos de competencia puede incluir un margen de discrecionalidad (por más técnica que sea la argumentación de las partes involucradas). La regla de la razón curiosamente, y volviendo al tema del nexo con la economía, se ocupa pragmáticamente, no tanto de la intencionalidad para establecer sanciones, sino, como se ha dicho varias veces, de los posibles efectos anticompetitivos en los mercados. Si establecer con certeza el mercado relevante, y la posición de dominio es muy complejo, determinar razonadamente la existencia de efectos negativos o positivos en un mercado (sobre todo atendiendo al tamaño e importancia de éste), es sin duda un verdadero reto.



## 2.5 Sanciones

Teniendo un panorama al menos somero de las prácticas que en el marco del derecho de la competencia pueden significar violatorias, se puede hacer una aproximación a las eventuales sanciones. En este punto habrá que hacer una proyección sobre cuál o cuáles serán los organismos del poder público que deberán imponerlas.

El derecho de la competencia es parte del derecho económico entendido globalmente, y su ubicación en este campo del derecho sin duda tiene incidencia en los tipos de sanciones que se pueden contemplar. Claramente el perjuicio a los mercados, a la libertad económica de los competidores, al interés público del consumidor, equivale a un perjuicio patrimonial y a la vez colectivo, puesto que la eficiente marcha de la economía es un objetivo social.

Sin embargo, poco sentido tendría que las sanciones en el marco del derecho de la competencia fueran de orden similar a las penales por ejemplo. Además, hay que tomar en consideración que es poco probable que una persona natural, - por la poca incidencia que puede tener en el tamaño de un mercado - tenga gran influencia en éste. El derecho de la libre competencia observa desde luego prominentemente a las empresas, y dentro de éstas a las que ocupen segmentos grandes del mercado. Como dijimos anteriormente al analizar los carteles, la posición de dominio, y el poder de mercado, los actores económicos que tengan mayor participación en el mercado relevante respectivo son los más “observados” por la legislación y autoridades de competencia.

La Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés), es un organismo que realiza estudios profundos en temas de derecho económico y dentro de éste, sobre derecho de la competencia. En este trabajo se han citado varios criterios emitidos por esta Conferencia, y en el ámbito de sanciones podemos tomar como referencia valiosísima también varias de sus observaciones. Esto, en la medida de que el

derecho de la competencia, se entiende que tiene una prevalencia global, por cuanto las relaciones comerciales actuales se han vuelto tan complejas y han rebasado decididamente las fronteras nacionales.

Las conductas que según la UNCTAD merecerían sanción en el ámbito de la legislación de competencia serían las siguientes.

- i) Violaciones de la ley;*
- ii) Desobediencia a las resoluciones o mandamientos del órgano encargado de la aplicación de la ley o de la autoridad judicial competente;*
- iii) No suministrar la información o los documentos requeridos dentro de los plazos señalados;*
- iv) Suministrar cualquier información o hacer cualquier declaración que la empresa sepa o tenga motivos para creer que es falsa o engañosa en algún aspecto esencial.<sup>75</sup>*

Haciendo un comentario a lo citado, sobre las violaciones a la ley, ya se ha discutido cuáles son las más conductas anticompetitivas más importantes. Sobre los siguientes puntos en cambio, si hay novedad. Se entiende que como medida para evitar la continuación de prácticas contrarias a la competencia, las autoridades públicas están en capacidad de detener estas acciones mediante resoluciones o providencias judiciales. Respecto de los dos últimos numerales, hay que comentar que tienen mucho sentido, si se ha constatado repetidamente en la práctica, que las controversias en materia de competencia requieren un arduo estudio.

El ocultamiento de información, o la entrega de información falsa, ha sido por ejemplo, algo sancionado en nuestro país en materias civil y penal. En el derecho de la competencia, también es lógico que si un agente económico es investigado, una buena parte de la información que conducirá a probar su culpabilidad o bien su inocencia, puede provenir del mismo y de sus

---

<sup>75</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. "Ley Tipo de Defensa de la Competencia". Naciones Unidas. Ginebra, 2000. p. 10

actuaciones legítimas o ilegítimas. Entonces, si no se dota a la autoridad de una medida coercitiva que logre el acceso efectivo a la información que requiera, ciertamente se está condicionando gravemente el ejercicio del control.

Conviene por tanto, ver ya específicamente cuáles son algunas de las sanciones específicas que se aplican en el derecho de competencia:

- i) Multas (proporcionales a la voluntad de disimulación, la gravedad y la ilegalidad manifiesta de las infracciones o a los beneficios ilícitos obtenidos mediante la actividad denunciada);*
- ii) Prisión (en caso de infracción grave que entrañe una violación notoria e intencional de la ley, o de una decisión para exigir su cumplimiento, por parte de una persona natural);*
- iii) Órdenes o mandamientos provisionales;*
- iv) Órdenes definitivas o por un plazo determinado de cesación de las prácticas prohibidas o de reparación de una violación mediante una conducta positiva, la divulgación de información o la presentación de excusas, etc.;*
- v) Venta o liquidación de los activos (en relación con fusiones o adquisiciones ya realizadas), o rescisión (en relación con determinadas fusiones y adquisiciones o determinados contratos restrictivos);*
- vi) Restitución a los consumidores perjudicados;*
- vii) Consideración de la declaración administrativa o judicial de ilegalidad como principio de prueba de responsabilidad en todas las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios ejecutados por los perjudicados.<sup>76</sup>*

En función de lo dicho anteriormente, nos encontramos con que las sanciones pueden caer principalmente dentro de tres ámbitos: las multas, órdenes de la autoridad (de hacer o no hacer), y resarcimiento de daños y perjuicios. Dejamos de lado la sanción penal que considera la UNCTAD, por cuanto como ya se argumentó es mucho más probable que las conductas lesivas a la competencia provengan de personas jurídicas, y no de personas naturales

---

<sup>76</sup> *Ibidem.*

(aunque los representantes legales, en similitud al tratamiento en el ámbito tributario pueden tener responsabilidad por sus actuaciones).

Sobre las multas, tendrán claramente que considerar factores como el mercado relevante en la que se aplican. Además, - y estos parecerían ser los criterios fundamentales - deberían estar vinculadas a la gravedad de la acción, al monto del perjuicio, y al tamaño del ente infractor.

En cuanto a la negativa de acatar órdenes de la autoridad, sería pertinente precisar ciertos puntos. Las órdenes que emanen de las autoridades deberán basarse en evidencias sólidas, no pueden emitirse ligeramente. El hecho de detener ciertas operaciones comerciales sin que exista al menos indicios muy poderosos de que éstas son gravemente lesivas para la competencia, puede derivar en pérdidas enormes para las empresas, sobre todo, considerando la naturaleza ágil de las operaciones mercantiles. Las órdenes de autoridad, pueden también funcionar para requerir información, en cuyo caso, se hace evidente que deben existir al menos indicios de violación de las normas de competencia. Recordemos que uno de los derechos consagrados en nuestra Constitución es precisamente el de la resistencia ante los actos inconstitucionales de la administración pública.

Respecto a las concentraciones o fusiones, encontramos de nuevo la potestad de la autoridad de intervenir. Si bien estos actos no son por sí mismos lesivos de la competencia han sido también históricamente regulados. Aquí hay un punto muy polémico puesto que si se hace un control *ex-ante*, - el cual consiste en analizar la posible fusión y concluir si tendrá efectos anticompetitivos - se impide la realización de un negocio o acto societario que pudo llevar mucho tiempo y planeación. Lo que es más grave aún, si se hace un control *post-fusión*, - el cual consiste en un proceso reversivo al estado

anterior de la operación de concentración - los efectos serán ciertamente más traumáticos aún.<sup>77</sup>

Sobre los daños y perjuicios, es interesante que se pueden considerar potenciales reclamantes, tanto los consumidores, como los competidores eventualmente lesionados por prácticas anticompetitivas. Esto en la medida de que el derecho de la competencia, si bien fue concebido precisamente para preservar e incentivar la competencia económica, tiene como uno de sus grandes objetivos finales, la satisfacción de los consumidores.

---

<sup>77</sup> GRIJALVA AGUSTÍN; TROYA JOSÉ VICENTE. "Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador". Publicado en Revista Foro de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2003. p.46.

## CAPÍTULO III Entorno normativo regional y local

### 3.1 Decisiones de la CAN

La Comunidad Andina de Naciones es un organismo supranacional que nació mediante la suscripción del “Acuerdo de Cartagena” el 26 de mayo de 1969. En un principio, la Comunidad Andina agrupaba a los siguientes países: Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador, Venezuela y Chile. En la actualidad, permanecen sus primeros cuatro miembros, Venezuela y Chile ya se separaron del grupo.

Entre los objetivos del Acuerdo de Cartagena se cita: *“promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.”*<sup>78</sup>

Como vemos, la Comunidad Andina de Naciones desde sus inicios, era una instancia que pretendía la liberalización del comercio entre sus miembros, con la finalidad de en algún momento, constituirse en un mercado común hacia el exterior. Aunque debatir sobre la consecución de esos objetivos no tiene relación directa con este trabajo, si es fundamental mencionarlos puesto que tienen estrecha relación con la legislación de competencia.

Se ha dicho ya, que la libre competencia, como se ha definido históricamente, es uno de los pilares del “mercado”. El derecho que protege la libre competencia, lo hace en la medida en que reconoce su valor para precisamente lograr el desarrollo y crecimiento de los mercados. Por tanto, es lógico que la Comunidad Andina se haya preocupado por establecer un marco normativo para sus miembros que regule en cierta medida la libre competencia.

---

<sup>78</sup> ACUERDO DE INTEGRACION SUBREGIONAL ANDINO "ACUERDO DE CARTAGENA" (Tratado Constitutivo de la CAN).

El instrumento que la Comunidad Andina ha creado para plasmar sus normas de libre competencia es la Decisión 608.<sup>79</sup> La Decisión 608, en su corto texto se ocupa de los siguientes aspectos:

- Definiciones
- Ámbito de aplicación
- Conductas Restrictivas de la Libre Competencia
- Procedimiento

Sobre los primeros dos puntos, las definiciones y el ámbito de aplicación no existen temas resaltables. Evidentemente el ámbito de aplicación será el territorio de los países miembros de la misma comunidad. Según las reglas del derecho internacional, los tratados internacionales como es consabido, tienen prevalencia sobre la legislación común. Por tanto la aplicación de la Decisión 608 es obligatoria en los países andinos, incluido entre ellos ciertamente el Ecuador.

Las conductas restrictivas a la Libre Competencia que lista la Decisión 608, tienen una estrecha relación y coincidencia con las que - tomando como referencia la doctrina - se han enumerado en este trabajo. En líneas generales:

*“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,*

---

<sup>79</sup> Decisión 608 “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”. Lima Perú, 29 de marzo del 2005.

*e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.*

*Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.”*

*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.<sup>80</sup>*

De nuevo, no hay grandes sorpresas ni desviaciones en la antedicha lista. Si observamos detenidamente, los acuerdos para fijar precios, alterar la oferta y demanda, repartirse el mercado, crear barreras de entrada, y prácticas colusorias, son precisamente las prácticas más “graves” y que con mayor frecuencia tienden a lesionar la competencia a criterio de los creadores de la Decisión 608. En su mayoría estas prácticas recaen en la categoría de “horizontales”, que como ya se ha repasado, en algunas legislaciones, se

---

<sup>80</sup> Decisión 608 “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”. Lima Perú, 29 de marzo del 2005 (Arts. 7 y8)



conciben incluso como *per se* restrictivas de la competencia. Un criterio que parece apoyar la decisión 608, cuando utiliza la frase “se presumen”.

Sobre el procedimiento, sí hay aspectos fuera de lo común, según el Art. 10 de la Decisión, éste inicia de la siguiente manera:

*“La Secretaría General podrá iniciar investigación de oficio o a solicitud de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia o de los organismos nacionales de integración de los Países Miembros, o de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, organizaciones de consumidores u otras entidades cuando existan indicios de que éstos han realizado conductas que pudieran restringir de manera indebida la competencia en el mercado.”*

Es evidente a la luz de esta disposición y las siguientes dentro del texto, que la aplicación de la Decisión 608 va a depender estrechísimamente de la interacción efectiva entre la Secretaría General de la CAN y las autoridades locales de la competencia. Tanto así, que la Investigación a la que hace referencia el citado artículo la llevará adelante el organismo dedicado a la defensa de la competencia de cada país.<sup>81</sup>

Finalizado el plazo para la investigación de las autoridades locales, la Secretaría General tendrá su propio plazo de 45 días para complementarla, o llevar a cabo sus propias indagaciones.<sup>82</sup> El proceso finaliza con una Resolución motivada emitida por la misma Secretaría General.

En cuanto a las sanciones, la Decisión 608, contempla la posibilidad de en cualquier etapa del proceso plantear medidas cautelares que *“podrán consistir,*

---

<sup>81</sup> “Artículo 17.- La investigación a cargo de la autoridad nacional competente deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días hábiles siguientes a la fecha de notificación del Plan de investigación a que hace referencia el artículo 15. Las partes interesadas podrán presentar sus alegatos dentro de dicho plazo, culminado el cual se dará por concluido el período probatorio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19.”

<sup>82</sup> Decisión 608 “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”. Lima Perú, 29 de marzo del 2005.

*entre otras, en la suspensión provisional de la conducta presuntamente restrictiva.*<sup>83</sup> En caso de comprobación de que se ha incurrido en las conductas previamente citadas, las sanciones propiamente dichas consisten *“entre otras, en el cese de la práctica en un plazo determinado, la imposición de condiciones u obligaciones determinadas o multas, al infractor.”*<sup>84</sup>

La ejecución de las medidas cautelares y las sanciones referidas tendrá que ser impuesta por las autoridades nacionales, con lo cual se confirma la estrecha relación entre los entes internos y la Secretaría General de la CAN. Como vemos, la Decisión 608, no es un sustituto a una ley de competencia para los países andinos (no se la podría considerar así para el Ecuador, que carece de una ley propia). Sí es un marco referencial corto, pero que confirma efectivamente los principios de la libre competencia, con un procedimiento sancionatorio que podría considerarse no muy rígido (y podría discutirse también cuán aplicable en la práctica).

Sobre su aplicabilidad en el Ecuador, existe una disposición transitoria que expresamente trata del tema:

*“Artículo 51.- Para Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela, la presente Decisión entrará en vigencia a su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena; y, para Ecuador, a los dos años calendarios siguientes o, si antes de este último período se aprobase la ley nacional de competencia de este país, en la fecha de la publicación de dicha norma nacional en el Registro Oficial de Ecuador.”*

### **Decisión 616**

La Decisión 616 deroga para el Ecuador la disposición transitoria citada y elimina de esta forma la consideración del tiempo (dos años) para la expedición de una ley de competencia en nuestro país. Su finalidad expresa es autorizar la vigencia de la Decisión 608 dentro del territorio ecuatoriano (cuyo efecto se da

---

<sup>83</sup> *Ibídem*

<sup>84</sup> *Ibídem*

exclusivamente en el mercado interno). Más allá, dispone que nuestro país se designe una autoridad interina de la competencia para alcanzar este fin<sup>85</sup>.

La creación de una ley de competencia ha sido un tópico bastante pospuesto dentro de nuestro país. Esto se hace evidente a la luz de las disposiciones constitucionales del 98 a las que ya se hizo referencia, esto sumado a la existencia de las dos Decisiones comunitarias referidas. Pese a que los esfuerzos por configurar una ley de competencia en nuestro país han sido infructuosos, hay que recalcar que la Decisión 608 se encuentra vigente en el territorio ecuatoriano por intermedio de la Decisión 616.

Si hay que decir que luego del breve análisis de la Decisión 608 es al menos discutible que su existencia no suple la necesidad de una verdadera ley de competencia en el Ecuador. En este particular estamos bastante atrasados respecto de varios de nuestros vecinos y asociados, ni qué decir del resto del mundo.

### **3.2 Países Andinos con leyes de libre competencia**

En los últimos años, el manejo económico de Perú y Colombia ha tendido hacia la liberalización de sus respectivas economías. Prueba de esto, son por ejemplo, las múltiples negociaciones que han desarrollado en pos de la firma de un tratado de libre comercio con los Estados Unidos. Proceso que sus inicios vio involucrado al Ecuador, que claro está, en la actualidad ha manifestado total alejamiento a esa posibilidad.

Coincidentemente, Perú y Colombia parecen tener grandes ventajas respecto a sus dos socios comunitarios Ecuador y Bolivia en el tema de competencia. Esta diferencia es patente, viendo cómo los primeros cuentan con sendas leyes de

---

<sup>85</sup> Decisión 616 "Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador". Lima Perú, 15 de julio del 2005.

defensa de la competencia desde hace un tiempo considerable (especialmente en el caso colombiano), mientras que los segundos aún no pueden expedir cuerpos legales con ese objetivo.

## Perú

En Perú, mediante Decreto Legislativo 1034 se expidió la “Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”<sup>86</sup>. Este cuerpo legal tiene un muy amplio ámbito de aplicación: *“se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.”*<sup>87</sup>

Aquí saltan a la vista principalmente dos cuestiones, en primer término, la legislación de competencia peruana incluye a las entidades de derecho público. Este es un aspecto muy importante, pues contribuye a crear un mercado más justo, sin validar inequidades del sector público, por el simple hecho de tener esta naturaleza. También es resaltable el hecho de que serán sujetos regulados los representantes legales de las entidades que cometan infracciones previstas en esta ley. Este punto, a la vez que puede ser polémico, se puede interpretar que refuerza la aplicación de la ley, ya que si las personas naturales pueden ser sujetos de sanciones, tendrán que tomar mayores resguardos respecto de sus actuaciones en calidad de representantes.

Respecto a las prácticas anticompetitivas, la ley usa los conceptos de las reglas per se y de la racionalidad al hacer una clasificación entre prohibiciones

---

<sup>86</sup> Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. 24 de junio de 2008.

<sup>87</sup> *Ibidem*

absolutas y prohibiciones relativas<sup>88</sup>. También se refiere expresamente al abuso de la posición de dominio, en los términos en que se explica en la doctrina. Respecto a los acuerdos antes estudiados, se refiere a ellos como “prácticas colusorias horizontales y prácticas colusorias verticales”.<sup>89</sup>

La autoridad encargada de controlar la aplicación de la ley en el caso peruano es de carácter administrativo (pertenece a la función ejecutiva). En primera instancia, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del “INDECOPI” (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), es la encargada de *declarar en Perú la existencia de una conducta anticompetitiva e imponer la sanción correspondiente, así como de dictar medidas cautelares. Otras funciones incluyen: dictar medidas correctivas respecto de las conductas anticompetitivas; expedir lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la Ley*<sup>90</sup>.” Como una segunda instancia (de apelación) el Decreto Legislativo 1034 instituye al “Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del mismo “INDECOPI”.

Respecto al INDECOPI, y tratando de establecer un nexo con el caso ecuatoriano, esta institución es en el Perú, a la vez la encargada de controlar el cumplimiento de la normativa de competencia, de propiedad intelectual y defensa al consumidor. Por lo cual se puede considerar en cierta medida un equivalente al IEPI (Instituto de Propiedad Intelectual) de nuestro país.

En la ley peruana se regula además al detalle, el procedimiento administrativo que deberá seguirse en caso de presumirse la existencia de conductas anticompetitivas. En el tema de sanciones, se consideran especialmente las multas, que en cuanto al monto, dependen de la gravedad de la infracción, tomando también como parámetro simultáneo el volumen de ventas o ingresos percibidos por el infractor.

---

<sup>88</sup> Arts. 8 y 9.

<sup>89</sup> Arts. 11 y 12.

<sup>90</sup> Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. 24 de junio de 2008.

Finalmente podemos mencionar que los sujetos que se consideren perjudicados por actos que se hayan declarado como anticompetitivos por la autoridad administrativa, deberán perseguir la reparación de daños y perjuicios por la vía civil.

## Colombia

El caso colombiano en cuanto al derecho de la competencia es bastante excepcional. Ellos cuentan con una primera ley de competencia que data del año 1959.<sup>91</sup> Posteriormente se han puesto en vigencia dos cuerpos legales complementarios en materia de competencia: el “Decreto 2153” (1992) y la “Ley 1340” aprobada el 24 de julio de 2009.<sup>92</sup>

La nueva legislación de competencia colombiana, tiene también algunos puntos dignos de resaltar. La función que en Perú cumple el INDECOPI, en Colombia la cumple ahora la denominada “Superintendencia de Industrias y Comercio”. Esto supone un cambio reciente en la institucionalidad colombiana, puesto que antes de la vigencia de la última Ley 1340, el control en materia de competencia se ejercía de manera descentralizada en el que *“varias autoridades económicas podían aplicar sanciones por prácticas restrictivas o abuso de poder de mercado y tener control sobre fusiones y adquisiciones”*<sup>93</sup>

La legislación de competencia colombiana además cuenta con un procedimiento para el control de concentraciones. En estos casos el control será previo, puesto que antes de una “operación de integración” de agentes económicos, éstos requerirán el pronunciamiento de la Superintendencia de Comercio e Integración.<sup>94</sup> En cuanto a la aprobación o desaprobación de la integración, se instituye una “excepción de eficiencia”, la cual consiste en la probar que el acuerdo entre empresas es “pro competitivo”, en otras palabras,

---

<sup>91</sup> DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA. OCDE; BID. 2009. p. 8.

<sup>92</sup> *Ibidem*

<sup>93</sup> DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA. OCDE; BID. 2009. p. 7.

<sup>94</sup> LEY 1340 DE 2009. Diario Oficial No. 47.420 de 24 de julio de 2009

que la competencia no se restringe o incluso que por la operación (fusión), las condiciones de eficiencia del mercado aumentan.

Es interesante a la vez, observar que en cuanto a las multas que puede imponer la administración, existe la posibilidad de exoneración total o parcial, en casos en que agentes involucrados en la conducta anticompetitiva, presten colaboración con la autoridad pública. En cuanto a las otras conductas lesivas de la competencia y sus clasificaciones, la legislación colombiana no muestra grandes diferencias respecto a los principios ya descritos ni a la legislación peruana.

Habiendo dado un vistazo a las legislaciones de nuestros socios comunitarios andinos, nos damos cuenta de la relación directa que existe entre la adopción de sistemas económicos liberales y el apareamiento de la legislación de competencia. Tomando en cuenta la dirección político – ideológica que Ecuador y Bolivia evidencian en la actualidad, aparece como un gran reto, la posibilidad de que estos dos países desarrollen instituciones como las peruanas y colombianas.

### **3.3 Normas de competencia dispersas en la legislación ecuatoriana**

En nuestro país existen varias referencias a la libre competencia en muchos y variados cuerpos legales. En general en estas disposiciones se recoge los criterios de condena a la existencia de monopolios, así como a la práctica de la denominada “competencia desleal”. A falta de un cuerpo legal consolidado, cabe mencionar algunas de estas normas que, por lo pronto, no parecen guardar ni siquiera mucha armonía, pero que han sido una especie de intento de “parchar” nuestra evidente carencia de una ley de competencia.

## Decreto 1614

El Decreto Ejecutivo No. 1614<sup>95</sup> es un instrumento cuyo fin ha sido el de volver aplicable a las normas de la Decisión 608 de la CAN en nuestra legislación interna. En vista de la falta de una ley de competencia propia, el Ecuador ha incorporado las disposiciones ya analizadas de la Decisión 608, para crear una especie de procedimiento interno de análisis y juzgamiento de prácticas lesivas a la competencia. En esta línea el Decreto 1614, también creó la denominada “Subsecretaría de Competencia, adscrita al Ministerio de Industrias y Productividad.

El Decreto 1614, en concordancia con lo establecido en la Decisión 616 toma de manera literal el proceso y las sanciones estipuladas en la Decisión 608. Confiere además atribuciones al ya mencionado Subsecretario de Competencia para que investigue y levante informes sobre las eventuales prácticas lesivas a la competencia determinadas en la Decisión 608.

Aparece sin embargo, que el Decreto 1614, no es un sustituto deseable para una ley de competencia “propia” (recordemos el rango que un Decreto tiene dentro de la pirámide jurídica). De hecho, es evidentemente discutible que la misma Decisión 608, pueda cumplir esta función, en vista de que su espíritu parece ser más bien el de constituir un procedimiento comunitario, aparte del que cada país miembro tenga en su jurisdicción (casos Colombia y Perú). A la luz de estas consideraciones surgen muchas interrogantes respecto de la validez jurídica y la conveniencia de la aplicación del Decreto 1614 en los términos en los que está planteado actualmente (aunque cumple ciertamente con lo dispuesto en la Decisión 616 que tiene carácter supranacional). Puede argumentarse a favor de este sistema, que es preferible en pos de defender el bien jurídico “libre competencia” contar con la existencia del Decreto 1614 a sufrir la total ausencia de algún marco legal dedicado a este propósito.

---

<sup>95</sup> Registro Oficial 558, 27-III-2009.



## **Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones**

El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones<sup>96</sup>, referido comúnmente simplemente como “Código de la Producción”, es un cuerpo legal bastante reciente que recoge en cierta medida esfuerzos anteriores en la historia ecuatoriana, como las antiguas leyes de fomento industrial. Pretende dinamizar la producción y la economía nacionales, con el establecimiento de incentivos tributarios, nuevas políticas en comercio exterior y aduanas. Esto claro está, enfocado a los objetivos gubernamentales y a los sectores geográficos y de la producción que interesan a las autoridades actualmente.

En referencia a la libre competencia, entre los derecho de los inversionistas que suscriban contratos de inversión con el Estado ecuatoriano, el Código de la Producción, les reconoce: *“El acceso a los procedimientos administrativos y acciones de control que establezca el Estado para evitar cualquier práctica especulativa o de monopolio u oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal”*.<sup>97</sup>

De nuevo, como ya se citó en el análisis a la Constitución de Montecristi, es evidente que existe una posición por parte del Estado ecuatoriano encaminada a la regulación de la competencia económica. Ahora bien, por ahora solo existe el procedimiento de la Decisión 608, asumido como vimos, por intermedio de la Decisión 616 y a través del Decreto 1614. Interpretando la norma del Código de la Producción, podemos especular al menos, que en el futuro, se plantea crear nuevos procedimientos o normas sobre competencia en el Ecuador.

---

<sup>96</sup> Registro Oficial 351, 29-XII-2010.

<sup>97</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN, COMERCIO E INVERSIONES. Registro Oficial 351, 29-XII-2010.

## Ley de Compañías

La Ley de Compañías tiene dos artículos en los cuales se menciona el término “monopolio”. De hecho, estas disposiciones evidencian una grave condena de la ley en contra de los monopolios. En el artículo 3, se dice “*Se prohíbe la formación y funcionamiento de compañías contrarias al orden público, a las leyes mercantiles y a las buenas costumbres; de las que no tengan un objeto real y de lícita negociación y de las que tienden al monopolio de las subsistencias o de algún ramo de cualquier industria, mediante prácticas comerciales orientadas a esa finalidad.*”<sup>98</sup> Con lo cual queda claro que la constitución de una compañía que en su objeto demuestre la intención de establecer un monopolio (esto es claro no va a suceder en la práctica pero tiene una significación como “principio”) sería un proceso que adolece de un objeto francamente ilícito.

Concordantemente, el artículo 35 de la misma Ley de Compañías, cuando habla de la posibilidad de convalidación de la escritura pública de constitución de una compañía, elimina expresamente la posibilidad de la convalidación en el siguiente caso:

*b) En las compañías que tiendan al monopolio, de cualquier clase que fueren;*<sup>99</sup>

Por tanto, la tendencia al monopolio es visto como un vicio insubsanable al momento de constituir una compañía en el Ecuador. Esto claro está, hay que tomarlo como algo referencial, y como la evidencia de que en el ámbito comercial privado, el legislador ha tenido el criterio de que los monopolios son ciertamente perjudiciales.

---

<sup>98</sup> Codificación de la Ley de Compañías (Registro Oficial 312, 5-XI-1999)

<sup>99</sup> *Ibíd*em

## **CAPÍTULO IV Desafíos para la libre competencia en el caso ecuatoriano**

### **4.1 Monopolios públicos**

Se reconoce al definir a los monopolios que son la antítesis absoluta a la competencia. Por lo mismo, es natural que tengan gran resistencia. Lo que no es tan evidente, es por qué los monopolios públicos no reciben la condena generalizada que sí reciben los monopolios privados.

En el transcurso de este trabajo se han tratado de afianzar ciertas nociones básicas sobre el concepto de mercado. Una de éstas es que la iniciativa privada está alimentada por el fin de lucro. Esta búsqueda de lucro, es muchas veces condenada por sectores ideológicos opuestos a las tesis liberales. En el caso ecuatoriano, luego del análisis constitucional es al menos discutible que nuestras normas también condenan en determinada medida el afán (desmedido) de lucro.

¿Cuál sería entonces la justificación para la defensa de mercados monopólicos públicos? La respuesta tiene una estrecha relación con el citado afán de lucro. Se defiende al menos teóricamente que como el Gobierno es una institución que pretende únicamente el bien común, su participación en la economía puede asegurar la ausencia de las supuestas inequidades que van de la mano de la actividad económica privada. Para los representantes de las tendencias económicas más liberales en cambio, esto significa una falsedad absoluta, siendo que interpretan que las intervenciones gubernamentales son puramente fuente de distorsiones. Respecto de estas posiciones aparentemente irreconciliables se ha legislado ampliamente en nuestro país.

Probablemente desde el retorno a la democracia en nuestro país –1979 hasta la fecha – solo existió un período en que se pretendió sacudir este esquema de monopolios públicos y fuerte participación estatal en la economía. La primera mitad de la década de 1990, vio salir a la luz una norma que tenía

precisamente este objetivo, la “Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada”. Esta ley pretendía justamente eliminar el papel del Estado de actor en la economía, y confiar enteramente el ámbito productivo a la empresa privada. Empero, los intentos de consolidar este proyecto fueron infructuosos debido a la inestabilidad política ecuatoriana y a la enorme resistencia que grupos de sindicatos públicos y otros actores manifestaron respecto de las intenciones privatizadoras.

Para poder exponer de manera más evidente cómo la Ley de Modernización pretendía romper con el esquema de monopolios públicos hay que citar algunos de sus artículos, curiosamente, aún vigentes:

*“Art. 42.- Procedimientos.- Los procesos de desmonopolización, privatización, y delegación previstos en esta ley se realizarán mediante los siguientes procedimientos:*

*a) La reestructuración administrativa y reforma financiera de aquellas entidades e instituciones de derecho público que deban permanecer como parte del Estado, incluyendo la reforma de sus directorios, cambio de su adscripción, nombre y ejercicio de competencias; y,*

*b) La delegación total o parcial, o la transferencia definitiva al sector privado, de la gestión que desarrollan.”*

*Art. 43.- Modalidades.- Los procesos a que se refiere el artículo que antecede se llevarán a cabo por medio de una o más de las siguientes modalidades:*

*a) Aporte total o parcial al capital de sociedades por acciones;*

*b) Arrendamiento mercantil o negocios fiduciarios;*

*c) Concesión de uso, de servicio público o de obra pública, licencia, permiso u otras figuras jurídicas reconocidas por el derecho administrativo;*

- ch) Venta;
- d) *Transformación, fusión, escisión y liquidación de empresas estatales o mixtas;*
- e) *Cualquier otra modalidad que mediante Decreto determine el Ejecutivo y que esté amparada por la Ley ecuatoriana.*<sup>100</sup>

Cuando se usa el término “desmonopolización” se entiende que la Ley de Modernización condena la existencia de monopolios del sector público. En definitiva rompe esta noción a la que nos referimos, de que cuando el Estado ejerce actividades económicas lo hace en beneficio de todos, y se ajusta al criterio de eficiencia y efectividad que normalmente se le atribuye al sector privado de la economía. La Ley de Modernización no se limita a aspectos teóricos; sin embargo, a continuación vemos como propone mecanismos financieros, administrativos y societarios para en la práctica “desarmar” este aparataje público. Respecto a los monopolios como tales, existe una disposición expresa e inequívoca sobre la prohibición a la existencia de monopolios en el Ecuador.

*“Art. 47.- Monopolios.- Prohíbese la existencia de monopolios en cualesquiera de sus formas y en consecuencia, se autoriza a terceros el establecimiento de actividades o la prestación de servicios de igual o similar naturaleza.*

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

Cuando la ley expresa que se prohíben los monopolios en cualquiera de sus formas, debemos entender, interpretando la Ley de Modernización en su conjunto que esto claramente está incluyendo a los monopolios de carácter

---

<sup>100</sup> LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, PRIVATIZACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DE LA INICIATIVA PRIVADA. Registro Oficial 349, 31-XII-1993.

privado y público, ambas formas de monopolio son consideradas perjudiciales. Se desprende igualmente, que el Estado no puede reservar para sí mismo con exclusividad ningún sector de la economía. Incluso en cuanto a las delegaciones del sector público, se refiere a “exclusividad regulada” y propone un carácter temporal, por lo cual, el establecimiento legal de un monopolio está negado absolutamente. La Ley de Modernización entendemos fue un esfuerzo para equiparar en cierto sentido a los dos sectores “clásicos” de la economía, el público y el privado. Existe, por lo dicho, definitivamente un “sesgo” liberal en la Ley de Modernización. Vemos plasmado el concepto de limitación del poder público (en el aspecto económico sobre todo), consideración que en la actualidad parece revertida absolutamente.

Este cambio de “paradigma” está evidenciado en la Constitución de Montecristi como se ha defendido reiterativamente, pero además está claro en la realidad. Las pruebas son múltiples, más allá del discurso político que generó el último proyecto constituyente ecuatoriano, el continuo aumento del gasto público ya es un factor a tomar en cuenta para confirmar esta prevalencia de la actividad estatal. Los monopolios públicos se han reafirmado como algo “positivo”, como el mecanismo efectivo y obvio de eliminar de ciertas áreas del mercado a la inversión privada.

A favor de esta tesis podemos simplemente listar la cantidad de empresas estatales que se han mantenido vigentes en el Ecuador, las que se han creado en tiempos recientes y las que aún peor, han pasado a manos públicas siendo que en un principio pertenecían al sector privado. Hay que recalcar que algunas de estas empresas no son monopolios ciertamente, pero que respaldadas por el Estado, ejercen al menos una posición de dominio evidente.

Actualmente, algunas de las empresas públicas más importantes son: Petroecuador (con sus filiales Petroproducción, Petrocomercial y Petroindustrial); Corporación Nacional de Telecomunicaciones (CNT), que incorporó a la telefónica móvil pública “Alegro”; Corporación Eléctrica del

Ecuador (CELEC, fusión de cinco compañías de generación y una de transmisión eléctrica); Correos del Ecuador; Empresa de Ferrocarriles Ecuatorianos (ENFE).

Entre las empresas recién conformadas podemos mencionar: Empresa Pública Cementera; Empresa Nacional Minera; Empresa Pública de Fármacos; Empresa Pública de Televisión y Radio, entre otras.

A estas se debería adicionar las empresas incautadas por la ex AGD, en total suman más de 200 empresas en manos del Estado. Entre ellas: Agrícola Agrimiosa S.A.; Agrícola e Inmobiliaria del Pacífico S.A. (AIPSA); Cadena Ecuatoriana de Televisión CA Canal 10 CETV; Cadena Hotelera Hotelca C.A.; Compañía Aérea Aéreo Expreso S.A. Comarprex; EICA Emilio Isaías Compañía Anónima de Comercio; Petromanabí S.A.; Empresa de Televisión Satelcom S.A.; Tevecable S.A.; Rocafuerte Seguros S.A.

No habría como discutir entonces que el vuelco constitucional y legal de nuestro país ya se está manifestando en la práctica. El Estado se extiende paulatinamente y se convierte en un prestador de bienes y servicios. No sólo en un actor de la economía, sino en el más determinante. Una manera de visualizar esto de manera clara es revisar las cifras referentes al gasto público en los últimos años, *“en 2007, los desembolsos crecieron en 26%, en 2008 en 71%, en 2009 se redujeron en 5% y en 2010 aumentaron en 13%....El gasto de 2010 fue 6 veces superior al del año 2000, y 2.3 veces mayor al de 2006. Hasta el año 2007, los gastos totales representaron en promedio, el 24% del PIB, pero desde 2008, cuando los fondos petroleros se incorporaron al Presupuesto General del Estado, esta relación subió al 40%”*.<sup>101</sup>

Sin entrar en excesivo detalle, si consideramos que el PIB representa el “tamaño” de la economía nacional, la participación el Estado casi se ha

---

<sup>101</sup> Balance de los primeros cuatro años del Gobierno del Presidente Rafael Correa, Transformaciones, logros y pendientes. Cámara de Industrias y Producción; Centro de Investigación y Análisis de las Políticas Públicas. Pantone Impresiones, Quito, 2011. p. 75.

duplicado. Buena parte de este aumento se ha encaminado a las inversiones del Estado, entre éstas claro está, el establecimiento y operación de las empresas públicas. En este marco, sí hay que obligadamente cuestionarse cómo se está afectando la competencia en el Ecuador, si empresas estatales respaldadas por capitales extraordinarios, se enfrentan a sus contrapartes privadas, las cuales ciertamente carecen de fuentes de financiamiento como los ingresos petroleros y los ingresos tributarios.

#### **4.2 Sectores Estratégicos**

Se ha hecho un acercamiento al manejo macroeconómico de nuestro país y al destino del gasto de inversión estatal en las múltiples empresas públicas que funcionan en la actualidad. Sin embargo, esta realidad necesariamente debe ser entendida como originada e inspirada en nuestra Constitución, y por lo tanto, es imperativo analizar lo que ésta dice sobre los denominados “sectores estratégicos”.

*“Art. 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.*

*Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son 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.*

*Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.*



*Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.*

*El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.”<sup>102</sup>*

Cuando la Constitución declara reservados los sectores estratégicos al control gubernamental y supedita el manejo de éstos al pleno desarrollo de los derechos y al interés social, da un dictamen lapidario respecto de la participación privada. No hay mucho lugar a la interpretación en este sentido. Las actividades económicas que el Art. 313 lista están por regla general fuera del alcance del sector privado. Lo preocupante del asunto es que entre los sectores estratégicos (que sobra decirlo son muy amplios) están algunos de los mejores “negocios” de nuestro país. En cuanto al manejo de recursos naturales no renovables, éstos han sido históricamente y son actualmente la mayor fuente de ingresos para el Ecuador - tomando en consideración que nunca hemos tenido una economía manufacturera sino exportadora de materias primas -. En cuanto al petróleo se ha dicho hasta el cansancio – y con razón – que es el campo más rentable y determinante de la economía nacional. Las telecomunicaciones finalmente, se ubican debatiblemente como el sector económico más importante, no solo a nivel nacional, sino mundial.

No se puede ignorar sin embargo en este análisis que existe una pequeña ventana al respecto de los sectores estratégicos, el Art. 316 de la Constitución reconoce la posibilidad de delegación del ejercicio de las actividades citadas. Claro que dice también que esta delegación será excepcional para los sectores

---

<sup>102</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. REGISTRO OFICIAL 449, 20-X-2008.

privado y popular y solidario. Si bien se podría argumentar que en virtud de la existencia de esta disposición no se puede afirmar categóricamente que se restringe al sector público la intervención en los sectores estratégicos, parece evidente que al menos tiene otro espíritu que por ejemplo, las de la Constitución del 98, y ni qué decir de las de la Ley de Modernización. Mientras estos dos cuerpos legales, tomaban la delegación casi como la “regla” para la prestación de servicios públicos, la Constitución de Montecristi tiene otro concepto, el cual se expresa clarísimamente en su Artículo 315:

*“Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.*

*Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales...*

*....La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.”<sup>103</sup>*

De hecho este artículo está constando como motivación en todos los Decretos Ejecutivos que sirvieron para crear las “nuevas” empresas públicas desde la vigencia de la Constitución de Montecristi. No queda duda ciertamente, que el esquema escogido en el Ecuador de la nueva Constitución es el de un Estado que toma los asuntos referentes a los sectores estratégicos bajo su propia administración. ¿Qué impacto tiene esto en el tema que nos ocupa?

---

<sup>103</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. REGISTRO OFICIAL 449, 20-X-2008.

Ciertamente es decisivo, se ha creado un aura de intocable para la Administración Pública y dentro de ésta para sus empresas. ¿Qué ventaja más grande puede existir para un competidor que estar respaldado por los organismos que imponen las reglas de juego del mercado?, y que con la herramienta más poderosa de todas, – la ley – pueden establecer barreras de entrada tan terminantes como las que constatamos existen para los sectores estratégicos.

### 4.3 Comercio Justo

Recapitulando un poco, en este punto conviene referirnos nuevamente a nuestra Constitución. Si bien se hizo un repaso sobre las disposiciones de la máxima ley en cuanto al derecho de competencia; sobre el “comercio justo”, definido en el Artículo 336, no se hizo gran mención. En la realidad, el concepto de comercio justo, es bastante más amplio y complejo de lo que aparece a primera vista y tiene además su respectivo desarrollo doctrinario.

Respecto de los orígenes del comercio justo, se dice que no tiene una fecha específica. Lo que sí se reconoce, es que las organizaciones conocidas en sus siglas en inglés como “ATOS” (organizaciones de comercio alternativo), fueron las primeras impulsoras de este movimiento, en Estados Unidos primeramente, en la década de los cuarenta y en Europa en la década de los sesenta.<sup>104</sup>

El comercio justo nace de la interacción de varios agentes. Como vimos, organizaciones del que podríamos llamar “primer mundo”, nacieron con la intención de promover una forma de comercio internacional distinta de los parámetros clásicos. *La esencia del Comercio Justo es trabajar con los productores y los trabajadores marginados para salir de una posición de exclusión y vulnerabilidad y para que logren una posición de mayor seguridad y*

---

<sup>104</sup> Cecon, Brisa. “El Comercio Justo en América Latina”. Copit Arxives, 2008. p.68.

*autosuficiencia económica a través del gradual empoderamiento hacia un papel activo en un comercio internacional más equitativo.*<sup>105</sup>

El comercio justo según esta definición y concordantemente con la Constitución es un modo de ejercer el comercio por el cual se privilegian ciertas condiciones como el desarrollo humano, la calidad del empleo, el desarrollo sustentable y la escasa intermediación. Esto, en detrimento aparente de otros criterios “clásicos” como los precios y la productividad. En cuanto a los precios habría que precisar, que en el contexto del comercio justo, éstos *no sólo tienen que cubrir los gastos de la producción, sino también hacer posible un sistema de producción más justo y ecológicamente sostenible.*<sup>106</sup>

Es a todas luces revelador cómo estos conceptos han marcado muchas de las disposiciones de nuestra “Constitución Económica”. Haciendo un comentario más profundo en cuanto a los derechos que consagra la Constitución de Montecristi, una breve revisión es suficiente para encontrar que términos como desarrollo, empleo digno, justicia, responsabilidad ambiental, son prevalentes. Bajo una visión clásica de la economía, los precios deben ser un reflejo de la productividad, de la interacción de las consabidas oferta y demanda. Sin embargo, aquí nos encontramos con una propuesta dramáticamente diferente. Bajo los criterios del Comercio Justo, los precios deben estar en función de garantizar el desarrollo de los productores. Ciertamente, es reconocible que los pequeños productores agrícolas y artesanos de zonas de América Latina, y de nuestro Ecuador tienen desventajas reales en el contexto internacional, puesto que sus métodos carecen de herramientas tecnológicas y de financiación entre varios otros elementos, para competir con productores de otras partes del globo. Sin embargo, parece lo menos utópico que como sociedad global de consumidores, privilegiemos la equidad, la inclusión y el progreso de los productores menos favorecidos sobre la ventaja de precios más competitivos en bienes, esto desde el punto de vista del bienestar del consumidor.

---

<sup>105</sup> Coscione, Marco. “El Comercio Justo una alianza estratégica para el desarrollo de América Latina”. Catarata, Madrid, 2008. p. 59.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, viene la pregunta clave, ¿cómo se instrumentará una legislación de competencia que cumpla con el principio constitucional de promover y velar por el comercio justo? Ciertamente, hasta ahora esta tendencia se ha internacionalizado en base a la “buena voluntad” de actores en el extranjero, pero en el Ecuador es incierto el camino que se puede seguir. A todo esto, es claro que dentro de nuestro país los pequeños productores agrícolas están también en una posición desventajosa, pero es discutible la cuestión de si se debe atribuir esta condición a la existencia de barreras de entrada, que podríamos definir como “históricas” (la supuesta exclusión por parte de grupos económicos y sociales).

Más allá de la discusión teórica, económica y sociológica, podemos ya ver en nuestro país un ejemplo clarísimo de la intención del Estado de promover la inclusión de sectores interpretados como “menos favorecidos”, la “Ley de la Economía Popular y Solidaria”. Este cuerpo legal (no nos olvidemos que uno de los “sectores de la economía” es precisamente éste “popular y solidario”), ha creado toda una nueva institucionalidad para regular y promover este modelo. En cierto sentido funge como una especie de “ley de compañías” para “formas de organización de la economía popular y solidaria”.<sup>107</sup>

Instituye también otros aspectos que son más resaltables aún: se crea la “Superintendencia de la Economía Popular y Solidaria”, y se les extiende muchas mayores libertades a las entidades del “Sector Financiero Popular y Solidario.”<sup>108</sup> Fuera de los reparos que se pueden generar de este cuerpo legal

---

<sup>107</sup> Art. 2  
Organizaciones del Sector Comunitario;  
Organizaciones del Sector Asociativo;  
Organizaciones del Sector Cooperativo.

<sup>108</sup> Art. 2  
Cooperativas de ahorro y crédito: Organizaciones formadas por personas que se unen para realizar intermediación financiera. (Equivalentes a bancos). Se clasificarán por segmentos dependiendo de volumen de operaciones, número de socios, ubicación, monto de activos y productos y servicios financieros.  
Cajas Centrales: Constituidas por al menos 20 cooperativas de ahorro y crédito. (tienen la posibilidad de realizar más operaciones que las cooperativas).  
Entidades Asociativas o Solidarias, Cajas y Bancos Comunes y Cajas de Ahorro: Captan ahorros de sus socios y sirven para el otorgamiento de créditos a los mismos. (se transformarán en cooperativas si exceden cierto monto en activos, socios o volumen de operaciones).

en cuanto a la conveniencia o no de que ciertas entidades fueras del sector financiero “clásico” lleven a cabo operaciones de intermediación financiera, es clarísimo que esta norma está llevando ya a un nivel más práctico muchos de los principios constitucionales sobre los que hemos hecho hincapié.

En el marco de la competencia, aunque es entendible y hasta de cierto modo justificable que la acción gubernamental vaya encaminada a reducir las diferencias en la sociedad, ¿Hasta qué punto, todas estas acciones direccionadas al mejoramiento de sectores de la economía que no se pertenecen al ámbito privado formal constituyen un conflicto? Más grave aún, y aquí entramos en el campo de la especulación en cierta medida, pero ¿Cuál es el mensaje que se envía por parte de nuestra legislación (constitucional y común) a la empresa privada? En términos de defensa de la competencia, este poderoso aparato estatal e institucional, ciertamente puede alterar considerablemente las reglas del juego, no como un simple regulador del mercado, sino como hemos dicho, como un actor que entra en una posición ciertamente ventajosa.

#### **4.4 Monopolios y Oligopolios privados**

Los dos extremos del mercado son el modelo de competencia perfecta y el monopolio absoluto. Tanto el primero como el segundo son vistos comúnmente como escenarios puramente teóricos. Esto tiene sentido, puesto que un modelo de competencia perfecta es en última instancia imposible, dado que la competencia es justamente la búsqueda de sobresalir sobre otros agentes del mercado.

En cuanto al monopolio absoluto, alcanzarlo puede ser imaginable, pero mantenerlo se concibe por decir lo menos muy complicado. Teniendo en cuenta que la asignación de recursos en un mercado monopolístico es ineficiente (la ausencia de competencia permite al monopolista cobrar más por sus productos o alterar las condiciones de mercado restringiendo

intencionadamente la producción), siempre queda una puerta abierta para la entrada de competidores que con innovación, o con mayores niveles de eficiencia puedan incursionar en el mercado relevante. Claro está que el poder de mercado del monopolista se encaminará a imponer barreras para conservar su posición; sin embargo, parece que en la dinámica económica es prácticamente imposible eliminar indefinidamente la competencia. Al respecto, podemos citar un ejemplo bastante claro: *“dado que el rendimiento monopolístico es mayor que el rendimiento competitivo, los vendedores de los mercados competitivos gravitarán hacia un mercado donde se esté cobrando un precio monopolístico. A fin de obtener algunos de los beneficios monopolísticos de ese mercado...”*<sup>109</sup> Este criterio se hace más patente si consideramos la globalización de los mercados, y que en este marco, existirán siempre más competidores potenciales.

En cuanto a monopolios privados en nuestro país parece difícil encontrar alguno. Al contrario de los monopolios públicos que son instituidos por ley, en el sector privado, la capacidad de imponer barreras es más limitada. Aquí sobreviene un factor decisivo, el de la propiedad intelectual. Es precisamente la propiedad intelectual la herramienta legal más poderosa que una empresa privada tendrá para suprimir la competencia de cierto producto. Cuando un sujeto patenta una invención, se le otorga el derecho exclusivo de usufructo por dicha invención. De manera evidente si sólo un agente económico tiene capacidad de vender determinado producto, se configura un monopolio. Pero aún en este caso, las patentes no tienen carácter indefinido, por lo tanto, al finalizar el período que podríamos llamar de “exclusividad”, la competencia queda “abierta” nuevamente. El derecho de la propiedad intelectual, muy inteligentemente pretende entonces que los autores de innovaciones obtengan réditos justos por sus creaciones, sin embargo, no es un mecanismo para suprimir la competencia “para siempre”.

---

<sup>109</sup> FLINT, PINKAS; Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2002, p. 177.

La concesión es otro de los mecanismos legales para que se configure un monopolio a favor del sector privado. Bajo el modelo de concesión, la construcción de una obra pública por ejemplo, que en principio debería realizar el Estado, es mediante un contrato asignada a una empresa privada que tendrá exclusividad. Lo mismo una concesión para prestación de servicios públicos por parte de una empresa privada, en este caso, la empresa privada en un área geográfica determinada tendrá un monopolio en virtud de la relación contractual con el Estado.

Dicho esto, los oligopolios en cambio sí son decisivamente más comunes que los monopolios. Un concepto económico básico es que mientras los volúmenes de ventas aumentan, los márgenes de utilidad por unidad vendida pueden ser menores, pero la utilidad global podrá ser considerable. Por lo tanto se podría concluir que en muchos casos, empresas con gran envergadura podrán ser más competitivas al vender a menores precios en virtud del volumen global de ventas. En este esquema es discutible si las concentraciones tienen efectos nocivos o beneficiosos en los mercados (considerando casos concretos).

El Ecuador es un país pequeño de algo más de 14 millones de habitantes, con una población económicamente activa aún menor, por tanto las personas que tienen poder adquisitivo es ciertamente reducida. Considerando este número reducido de compradores, para captar grandes utilidades se requiere que se den concentraciones. En otras palabras, en el caso que existan muchos productores pequeños, los precios de oferta, - aun existiendo competencia - pueden tender a ser más altos, pues la utilidad por unidad deberá ser mayor para que los productores obtengan rentabilidad. Por esta circunstancia se ha justificado en alguna medida, que en ciertas economías pequeñas existan concentraciones económicas u oligopolios. Sobre todo tomando en cuenta la complejidad del comercio internacional, en el cual, la competitividad de precios es absolutamente determinante (para tener oportunidad en los mercados externos los productores nacionales deberán ofertar a precios equivalentes a los productores internacionales). Anteriormente vimos que en el esquema de



“comercio justo” la idea era revertir estos parámetros, pero ciertamente este movimiento es más una excepción que la regla.

Respecto de la concentración de la economía ecuatoriana a la que nos hemos referido, existe un índice internacional que es capaz de dar cifras en este rubro, este es el denominado “Índice de Herfindahl e Hirschman”.<sup>110</sup>

Explicando rápidamente su funcionamiento podemos decir que es calculado como la suma de los cuadrados de los tamaños relativos de las empresas de la industria considerada. Así, puede variar desde 0 hasta 10.000 (los dos extremos, el primero sería el de “competencia perfecta” y el segundo de “monopolio absoluto”). Tomando en cuenta estas cifras, se dice que una concentración de 0-1000, se considera baja; una concentración de 1000-1800, se considera media, y finalmente, una concentración de 1800-10.000 es alta.<sup>111</sup> En la IV Conferencia Internacional de Derecho Económico realizada en nuestro país, se presentaron los siguientes resultados sobre la concentración global de la economía ecuatoriana, valiéndose de cifras provistas por la Superintendencia de Compañías<sup>112</sup>:

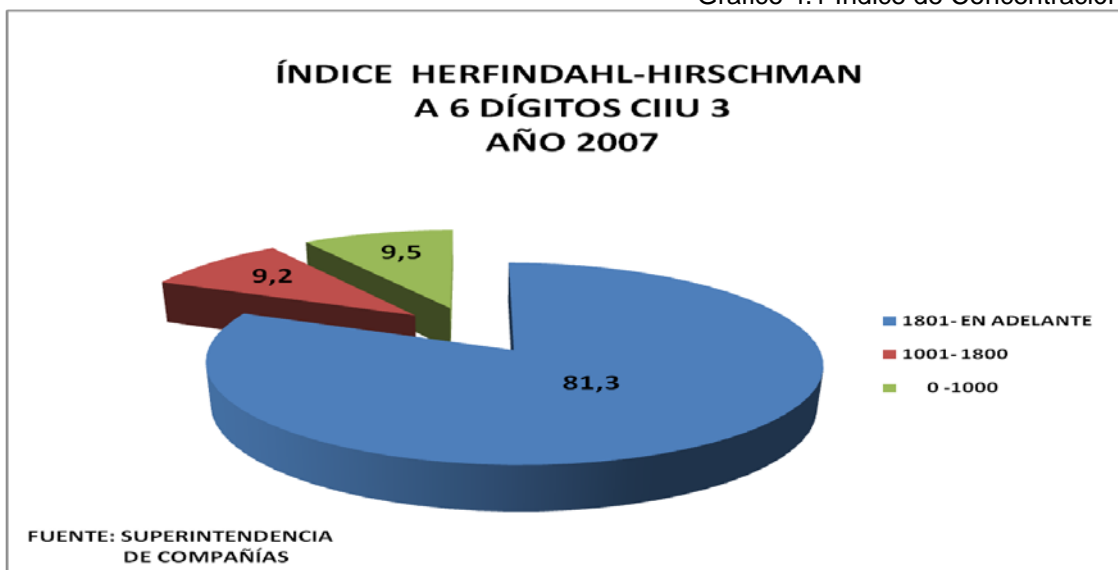
---

<sup>110</sup> IV Conferencia Internacional de Derecho Económico- Universidad Andina Simón Bolívar, mesa sobre competencia. Mayo-2010.

<sup>111</sup> IV Conferencia Internacional de Derecho Económico- Universidad Andina Simón Bolívar, mesa sobre competencia. Mayo-2010.

<sup>112</sup> *Ibidem*

Gráfico 4.1 Índice de Concentración



De manera indiscutible queda establecido entonces que la economía ecuatoriana es altamente concentrada. Este hecho podrá entonces representar un reto para la legislación de competencia.

Ya en la práctica, hay casos de oligopolios privados en el Ecuador que son del conocimiento público. Un mercado en que se ha dado esta situación es el de las comunicaciones móviles por ejemplo. Las actuales empresas “Telefónica MoviStar” y “Claro” (nombres comerciales) son básicamente las dos únicas prestadoras del servicio celular en el Ecuador. Este oligopolio trató de romperse en algún momento por parte del sector público con la empresa “Alegro” sin embargo, con el posicionamiento de las dos primeras empresas, la tercera no pudo captar un importante sector de consumidores, y de hecho su incursión se puede discutir si fue un despilfarro innecesario y enorme de recursos del sector público. En este ejemplo es patente que por la naturaleza del mercado ecuatoriano la entrada de más empresas, - la ruptura de este “oligopolio” - es poco probable, más que por la existencia de barreras de entrada impuestas por las empresas que constituyen el oligopolio en sí mismo, por otras de carácter práctico (Ej. costo de instalación de tecnología).

Siempre se ha dicho que el Ecuador es un estado que se conserva mayormente agrícola. Nuestra capacidad industrial es bastante limitada, y las mayores exportaciones (fuera del petróleo) son ciertamente las de productos agrícolas. Aunque la producción de alimentos esta diversificada en múltiples pequeños, medianos y grandes productores, la comercialización y la exportación está concentrada en menos y más grandes actores. De nuevo en este punto hay que recordar que la productividad en el exterior es vital para lograr la salida de estos productos, y que por tanto las exportaciones en grandes volúmenes permiten ofrecer precios más bajos. En el mercado interno la distribución de alimentos ha sido dominada por dos compañías desde hace varios años. Corporación La Favorita y Corporación El Rosado. Mientras que en el mercado externo, existen muchos menos “exportadores”, que “productores”.

Aunque estos son meramente ejemplos, y existen ciertamente más casos de oligopolios en el Ecuador el punto neurálgico del análisis tendrá que centrarse en los efectos pro o anticompetitivos que éstos tengan en los mercados. Parece conveniente que este análisis se circunscriba a la ya mencionada “regla de la razón”, y tenga un carácter técnico (eliminar las consideraciones políticas en la medida de lo posible). Recordemos que uno de los objetivos de la legislación de competencia es el beneficio de los consumidores, y mayor productividad expresada en menores precios de venta ciertamente puede cumplir con este objetivo.

#### **4.5 Discriminación a la Inversión extranjera**

Desde que nuestro país renunció a la política monetaria e inició la llamada “dolarización”, forzosamente ha existido un proceso de adaptación a este nuevo sistema. La incapacidad de emitir moneda presenta un problema crítico, el Ecuador debe obtener divisas para mantener su funcionamiento. En vista de esta situación, forzosamente los ingresos de dólares deben ser mayores a los egresos. La balanza comercial ecuatoriana es decisiva, puesto que si los

gastos por importación exceden los ingresos por exportación, simplemente como país quedamos desfinanciados. Los modos de ingreso de divisas incluyen las exportaciones, la deuda externa, las remesas y la inversión extranjera directa.

Entendemos porque atraer capitales del extranjero mediante la inversión extranjera es tan importante. Pero ciertamente existen cifras que demuestran que el Ecuador ha fallado en los últimos años en este punto. Normalmente se considera que para atraer la inversión extranjera se necesitan ciertas condiciones, como apertura, seguridad jurídica (no cambios constantes en las normas, claridad en cuanto al derecho de propiedad), estabilidad política, entre otras garantías. Si vemos este listado es discutible que hayamos cumplido con estos parámetros. Ciertamente sobre la seguridad jurídica, desde la promulgación de nuestra nueva Constitución el proceso adaptativo y reformatorio de las normas de inferior categoría, ha sido una evidencia incontrovertible de que en cuanto al derecho se refiere vivimos en constante inestabilidad.

¿Qué aspectos podrían considerarse discriminatorios en cuanto al manejo legal y económico del Ecuador? Bueno, en primer lugar con el advenimiento de la nueva Constitución se creó una barrera legal bastante drástica en cuanto a la diplomacia. La aplicación de los instrumentos comerciales internacionales según el Art. 421 *“no menoscabará directa o indirectamente, el derecho a la salud, el acceso a medicamentos, insumos, servicios, ni los avances científicos o tecnológicos”*<sup>113</sup>. La sujeción de los tratados internacionales a la Constitución, establecida en el Art. 417 confirma el criterio de que el Ecuador impone condiciones estrictas a estos instrumentos. En la práctica ¿Qué significan estas disposiciones?, que el Ecuador está imponiendo un régimen bastante más “cerrado” e inflexible respecto a las relaciones internacionales.

---

<sup>113</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. REGISTRO OFICIAL 449, 20-X-2008.

Si recordamos, antes del advenimiento de la nueva Constitución, el Ecuador junto con Perú y Colombia estaba en plenas negociaciones para firmar “Tratados de Libre Comercio” con Estados Unidos o Europa. Desde entonces, esta posibilidad se ha ido cerrando paulatinamente sin embargo. Otro aspecto relevante, y que se considera una de las garantías más importantes para la atracción de la inversión extranjera, el arbitraje internacional, está ahora expresamente prohibido, con lo cual las controversias Estado – empresas internacionales tendrán que ventilarse bajo la jurisdicción nacional (donde se crea el dilema de juez y parte).

Bajo estas condiciones, ciertamente se ha dificultado la atracción de capitales extranjeros, que ciertamente buscan lucro y garantías efectivas para el armonioso desarrollo de sus actividades. Existe además un clarísimo parámetro discriminatorio en nuestra Constitución, el Art. 423 dice lo siguiente:

*La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe, será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y proceso de integración, el Estado Ecuatoriano se comprometerá a:*

*7. Favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacionales conformadas por Estados de América Latina y el Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.*

Así queda demostrado una vez más que nuestra Carta Magna se aleja nuevamente de los criterios clásicos del libre mercado, donde no pueden existir este tipo de consideraciones, donde las relaciones internacionales deben ser generalmente abiertas.

Existe además otro elemento fundamental que clarifica cómo se ha cambiado radicalmente la política comercial del Ecuador, la denuncia de los “Tratados Bilaterales de Inversión”. Estos, como su nombre lo indica, son instrumentos que el Ecuador firmó con varios países, por los cuales se establecían ciertas garantías. Entre ellas, se creaba un marco de “estabilidad” para la inversión y

beneficios generales para todos los inversionistas del país signatario. Si bien es cierto que en el nuevo Código de la Producción, Comercio e Inversiones, se declara que las inversiones extranjeras tendrán los mismos derechos que las inversiones nacionales, es discutible qué instrumento será más idóneo a final de cuentas. Si bien, bajo la modalidad de “contrato de inversión” del mencionado Código existe la figura de “estabilidad tributaria”<sup>114</sup>, ciertamente la carencia del arbitraje internacional, por ser francamente inconstitucional es un elemento faltante que puede ser decisivo (no tiene el Ecuador la reputación de contar con un sistema de justicia especialmente eficiente).

En cuanto a cómo la discriminación de la inversión extranjera constituye un impedimento a la libre competencia, es claro que la libre competencia significa en su esencia el no establecimiento de barreras. Consideraciones legales, ideológicas y políticas que alejen a las empresas extranjeras, ya sea en beneficio de las nacionales, o de la de los países con los cuales el Ecuador pretende privilegiar sus relaciones internacionales, restringen ciertamente la libre competencia dentro de nuestro país. No es lo más lógico y equitativo que por medio de su política exterior el Ecuador esté “escogiendo” qué empresas, provenientes de qué países “amigos” gozarán de ventajas en nuestro territorio.

#### **4.6 Análisis del proyecto de ley de competencia ecuatoriano**

Objeto El objeto es regular y controlar el poder de mercado para evitar, prevenir, corregir y sancionar el abuso del mismo por parte de operadores económicos; la prevención, prohibición y sanción de otras prácticas que impidan, restrinjan, falseen, alteren o distorsionen la competencia; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas de competencia desleal.

Ámbito Son sujetos a la ley todos los operadores económicos, personas naturales o jurídicas públicas (con excepciones) o privadas, con o sin fines de

---

<sup>114</sup> En este modelo, se mantendrán los beneficios y condiciones tributarias durante la duración del contrato, aún si la legislación tributaria cambia en el transcurso de la relación contractual.

lucro, que realicen actividades económicas en el país, o en el extranjero, si éstas producen efectos en el mercado nacional.

Principios El proyecto lista algunos principios para la aplicación de la ley: i) ser humano como sujeto y fin del sistema económico; ii) La defensa irrestricta del interés colectivo de la sociedad; iii) La libertad de empresa y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado; iv) El reconocimiento de las diferentes formas de organización económica, populares y solidarias.

Mercado Relevante Crítico para la aplicación de la ley. Está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico. Se determinará en cada caso específico siguiendo algunos criterios como: i) posibilidad de sustituir bienes y servicios; ii) costos de distribución; iii) acceso a otros mercados; iv) restricciones normativas de acceso; v) avances tecnológicos.

El mercado relevante en otros términos, es el campo de acción de cada operador económico.

Poder de Mercado La definición de poder de mercado es el punto céntrico del proyecto, ya que el abuso del mismo será la conducta más gravemente sancionada. Se entiende que se tiene poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos pueden establecer su conducta sin tomar en consideración a los competidores, compradores, proveedores, distribuidores o consumidores. La posición de dominio per se, no atenta contra la competencia, sin embargo, reforzarla si constituirá una conducta sujeta a control, regulación y eventual sanción.

Se determina que un operador económico tiene poder de mercado en su respectivo mercado relevante según algunos criterios, entre otros se mencionan: i) participación y posibilidad de fijar precios; ii) restricción del abastecimiento; iii) barreras de entrada y salida; iv) acceso de competidores a insumos; v) acceso a información, crédito y tecnología.

Abuso Cuando uno a varios operadores económicos cometan entre otras, estas conductas:

- i) acciones u omisiones que afecten la participación de competidores, su entrada o expansión en el mercado relevante;
- ii) acciones u omisiones que permitan aumentar ganancias en perjuicio de consumidores o competidores;
- iii) discriminación o fijación de precios;
- iv) alteración de niveles de producción o limitación del desarrollo tecnológico;
- v) ventas atadas;
- vi) negativa unilateral a tratar;
- viii) descuentos condicionados (tarjetas de afiliación);
- ix) dumping;
- x) abuso de un derecho de propiedad intelectual;
- xi) explotación de una situación de dependencia económica;
- xi) La negativa injustificada del acceso para otro operador económico a redes;

Estos actos son nulos de pleno derecho. No se admitirá como defensa la valoración del acto jurídico que pueda contenerlas.

Aquí hay que comentar algunos puntos, el de los descuentos condicionados, que es una práctica muy común como estrategia de venta y parece fuera de lugar. El abuso de derechos de propiedad intelectual es así mismo preocupante (medicamentos, tecnologías, etc.)

Acuerdos Se prohíben los acuerdos entre operadores económicos.

Serán nulos de pleno derecho, los acuerdos, decisiones y recomendaciones:

Fijación de Precios

Controlar concertadamente la producción, distribución o comercialización

Reparto de clientes o zonas geográficas

Coordinar posturas en oferta pública

Negarse a satisfacer demandas de compras o prestación de servicios



## Boicot

Suspender injustificadamente la prestación de un servicio monopólico

Imponer injustificadamente precios de reventa

Excepto cuando éstos contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, cumpliendo estas condiciones:

- a. Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
- b. No impongan restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
- c. No otorguen a los operadores económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Competencia desleal El proyecto introduce el concepto de competencia desleal, antes sólo citado en la ley de propiedad intelectual. Consiste en todo acto contrario a los usos y costumbres honestos en las actividades económicas (comercio de bienes y servicios). Se consideran desleales entre otros, estos actos: i) publicaciones o manifestaciones falsas que puedan inducir confusión sobre las características de productos; ii) imitación de prestaciones e iniciativas; iii) apropiación, divulgación o explotación de información adquirida por espionaje o compra. iv) aseveraciones falsas sobre competidores; v) publicidad que irrespete al competidor.

Concentración Económica Es la toma de control de una o varias empresas por: fusión; adquisición de acciones o participaciones que otorguen derechos de decisión; cualquier otro acto que otorgue influencia en la administración de una empresa.

Prohibición: la Superintendencia de Control y Poder de Mercado, puede prohibir, o imponer condiciones cuando se vaya a implementar una operación

de concentración económica. Puede ordenar medidas correctiva o de desconcentración, cuando la operación ya se haya concretado.

Notificación: Dependiendo de la magnitud de las empresas (volumen de negocios), las operaciones de concentración obligadamente se tendrán que notificar a la Superintendencia para su examen. La autoridad en 45 días podrá: autorizar la operación, imponer condiciones o, prohibirla.

Excepciones al Régimen de competencia en favor del Gobierno Aunque el proyecto menciona que las empresas públicas están sujetas a la ley, ciertamente cuentan con varios beneficios sobre el sector privado.

Las Ayudas Públicas (Art. 24): el Estado podrá otorgar ayudas cuando: i) sean de carácter social; ii) reparen perjuicios ocasionados por fenómenos naturales; iii) quieran desarrollar económicamente a regiones o grupos sociales pobres, entre otras. En este punto hay que mencionar que se considera contrario al régimen de competencia el favorecer a determinadas personas o grupos mediante el uso de recursos públicos.

La Junta de Regulación podrá establecer excepciones al Régimen de Competencia para: i) provisión de bienes y servicios públicos; ii) monopolios naturales de interés público; iii) desarrollo de sectores estratégicos; iv) desarrollo tecnológico e industrial de la economía nacional; v) iniciativas a favor de la economía popular y solidaria.

Lo que es más, el Presidente mediante Decreto Ejecutivo, podrá autorizar fijación de precios mínimos o máximos a productos o servicios para el consumo popular.

Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Organismo técnico de control con personalidad jurídica, patrimonio, propio, autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa. Presidida por un Superintendente, elegido por el Consejo de Participación Ciudadana y Control social, de una terna enviada por el Presidente. El Superintendente durará 5 años en su cargo.

Entre sus atribuciones, se destacan: i) realizar labores investigativas (de mercado, careos, inspecciones, declaraciones, peritajes etc.) ii) examinar e investigar las concentraciones económicas; iii) disponer la suspensión de prácticas y conductas prohibidas por la ley; iv) mantener un registro de los operadores económicos que tengan poder de mercado; v) emitir informes y conocer notificaciones; vi) aplicar sanciones. Ejercerá también la acción coactiva.

Procedimientos en materia de regulación y control La Superintendencia antes de iniciar el expediente o en cualquier etapa del procedimiento podrá requerir a cualquier operador económico, institución u órgano del sector público o privado los informes, información o documentos que estime para realizar sus investigaciones. La Superintendencia tiene la potestad de acceder, revisar, archivar, procesar y utilizar datos de carácter personal para las investigaciones, casos o resoluciones dentro de su competencia.

Facultad Investigativa Puede la Superintendencia:

- Solicitar y exigir a cualquier persona la exhibición de cualquier información, documentos, libros contables y societarios, comprobantes de pagos, acuerdos, mensajes, faxes, agendas personales, notas, correspondencia comercial y registros magnéticos e informáticos.
- Notificar, examinar y receptar declaración, testimonio o confesión de las personas materia de investigación o representantes, empleados funcionarios, asesores.
- Realizar inspecciones con o sin previa notificación, en los establecimientos, locales o inmuebles de las personas naturales o jurídicas. De ser necesario, el descerraje, se deberá contar con autorización judicial (proveniente de cualquier juez)

**Daños y Perjuicios:** las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por la ley, podrán

ejercer acción de daños y perjuicios, tramitada vía verbal sumaria ante juez de lo civil. El valor de la indemnización será del triple del daño causado.

Medidas Correctivas Tienen por finalidad prevenir o evitar los efectos de una conducta contraria a la ley, o si ocurren, suspenderlos, corregirlos o revertirlos. En caso de incumplimiento la Superintendencia podrá: i) ordenar medidas adicionales; ii) imponer multas; iii) en caso de abuso de poder de mercado, designar un interventor temporal para los involucrados.

### Infracciones

- Leves: a) presentar tarde la notificación de concentración económica; b) no haber notificado a la Superintendencia una concentración requerida de oficio; c) no haber cumplido medidas correctivas; d) no haber cumplido compromisos adquiridos; e) no haberse sometido a una inspección ordenada; g) obstrucción de la labor de inspección.

Sanción: Hasta el 8% del volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio anterior a la multa.

- Graves: a) desarrollo de conductas colusorias (acuerdos); b) abuso de poder de mercado que no tenga consideración de muy grave; c) actos desleales; d) ejecución de una concentración.

Sanción: Hasta el 10% del volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio anterior a la multa.

- Muy Graves: a) conductas colusorias que consistan en carteles, o prácticas concertadas; b) abuso de poder de mercado; c) incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado (en materias de conductas restrictivas y control de concentraciones).

Sanción: Hasta el 12% del volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio anterior a la multa.

Se podrá imponer multa de hasta USD 150.000 a cada uno de los representantes legales o las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión a menos que no hayan asistido a las reuniones, hubieran votado en contra o salvado su voto.

Si no se puede delimitar el volumen de negocios, las infracciones serán sancionadas:

- Infracciones Leves: multa de 10.000 a 500.000
- Infracciones Graves: multa de 100.000 a 10'000.000
- Infracciones muy Graves: más de 10'000.000

La Superintendencia podrá ordenar desinvertir, dividir o escindir en los casos en que considere que es el único camino para establecer la competencia.

El importe de las sanciones se fijará atendiendo a criterios de: i) dimensión de la empresa; ii) dimensión del mercado afectado; iii) alcance de la infracción; iv) efectos; v) circunstancias agravantes o atenuantes, entre otras.

Estará exenta de pago de multa la persona natural o jurídica que colabora aportando elementos de prueba que le permitan a la Superintendencia comprobar una infracción.

Multas Coercitivas: Independientemente de las multas sancionadoras descritas, la Superintendencia podrá imponer previo requerimiento multas de hasta 20.000 dólares para: a) cesar una conducta prohibida; deshacer una operación de concentración; c) remoción de los efectos provocados por conducta restrictiva de la competencia; d) cumplimiento de compromisos.

### Recursos

- Lesividad o Revisión
- Apelación
- Impugnación (Acción Contencioso Administrativa)

Compromisos de Cese.- Finalmente, el proyecto da la opción de una cierta salida extrajudicial mediante acuerdo entre la Superintendencia con el actor económico infractor. (Previo reconocimiento del último de algunos o todos los cargos)

## CONCLUSIÓN

La libertad es uno de los derechos y uno de los valores más decisivos para la humanidad. El ser humano como tal, ha tenido que plantear una perenne lucha para alcanzar esa esquiva libertad. Los propósitos de las revoluciones americana y francesa, tenían la virtud fundamental de buscar la liberación del ciudadano común. Pretendían reconocer sus derechos para que no pudiesen ser violentados nunca más por el poder público. La limitación del poder público ha sido y será siempre un tema polémico, como es lógico. Es más, esa es la disyuntiva fundamental del mundo político moderno. Se puede decir entonces, que el alineamiento a modelos políticos que den mayor o menor prevalencia al aparato gubernamental tiene una influencia decisiva en el desarrollo, en el presente y futuro de las naciones. Ese alineamiento dependerá y se sostendrá evidentemente con la creación del Derecho, y dentro de éste, fundamentalmente del Derecho Constitucional.

Nuestro país ha optado por un modelo que privilegia algunos objetivos como la inclusión, la redistribución de la riqueza y la equidad. Para lograr estas ambiciosas metas, se ha trazado constitucional y políticamente un camino que toma a la planificación y acción pública como las dos herramientas esenciales. De este modo, sin decir que ha suprimido la actividad e iniciativa privadas, ciertamente ha dado prevalencia marcada al aparato gubernamental.

La Constitución del Ecuador como se ha repasado brevemente, está direccionada de manera plena a constituirse en el marco de legalidad y legitimidad de esta nueva visión para nuestro país. Es por lo mismo, que en este trabajo se ha hecho un especial énfasis en sus disposiciones, que lejos de ser meras referencias o conceptos etéreos, son conceptualmente el germen de todo nuestro derecho común, y ya en la práctica, de muchas normas expedidas desde la vigencia de la Carta Magna.

Refiriéndonos de nuevo al tema de la libertad, entre las libertades fundamentales encontramos que las libertades de empresa, de propiedad y de

asociación han estado fuertemente ligadas a los inicios de los procesos emancipatorios y constituyentes a los que hemos hecho referencia. Estas libertades han sido también el factor fundamental en la definición de los sistemas económicos bajo los cuales nos desenvolvemos. El desarrollo constitucional de las libertades es, como hemos dicho fundamental, pero así mismo lo es el desarrollo de estos principios en el derecho común.

Direccionándonos al ámbito del derecho común es precisamente que nos encontramos con el Derecho de Libre Competencia. Cabe reconocer en primer término que el derecho de libre competencia es uno de los componentes fundamentales de lo que se conoce como Derecho Económico. Precisamente el carácter de “derecho económico” es el que ha forzado en este análisis a mezclar estas dos disciplinas, que desde sus respectivos ámbitos han valorado a la competencia como un medio para alcanzar múltiples y variados beneficios.

Encontramos cuatro elementos dignos de destacarse en pos de establecer la situación de nuestro país con relación a este Derecho de Libre Competencia. El primero, como ya dijimos, es el constitucional; materia absolutamente fundamental pues todo lo derivado del marco constitucional deberá necesariamente transmitir sus mandatos, mensaje y esencia. El segundo es ya más precisamente el Derecho de Libre Competencia y sus más importantes instituciones. Este aspecto es también decisivo, puesto que se necesita describir cómo es que las normas de competencia pretenden encaminar a la sociedad hacia una serie de conductas que finalicen en el establecimiento de un régimen de respeto y defensa del bien jurídico “libre competencia”.

Existen también otros desafíos y variables dignos de resaltar además de los dos descritos. De nuevo, el aspecto económico del derecho, implica ahora la internacionalización de las relaciones y de las normas. Por tanto, apartándose algo del concepto estrictísimo y clásico de soberanía, los parámetros normativos externos en materia de libre competencia inciden también sobre nuestras propias normas. Más aún cuando tomamos como referencia a los

países o sectores que con nosotros comparten las mayores similitudes culturales, históricas y políticas.

El Derecho en general no puede tampoco divorciarse de las condiciones reales y prácticas; de hacerlo pierde absolutamente su efectividad. En nuestro país existen particularidades históricas y económicas que ciertamente tendrán que tomarse en cuenta para la expedición de una eventual ley de competencia. Estos elementos, reiteramos, son tan importantes como los de carácter normativo a la hora de definir las disposiciones legales que intentarán crear un régimen económico de mejores condiciones en cuanto a la competencia.

Corresponde finalmente tratar de responder el cuestionamiento que dio origen al presente trabajo. ¿Es posible en el Estado ecuatoriano actual formular y aprobar una Ley de Competencia?, evidentemente la respuesta es afirmativa. La cuestión de fondo es más compleja, sin embargo. En un país que legalmente está configurado para que el sector público sea el segmento más importante de la sociedad, encontramos una diferencia conceptual cierta respecto de los principios de libertad de mercado y de participación en el mismo perseguidos por la doctrina de libre competencia. De modo didáctico, si se quiere, si entendemos a la economía nacional como un “pastel”, del cual un porcentaje mayoritario está bajo el control gubernamental, y unas secciones menores en manos privadas, una ley de libre competencia tendrá así mismo un ámbito de aplicación reducido.

El Derecho de Libre Competencia nace como una disciplina que busca el crecimiento del mercado. El progreso de sus actores, el mejoramiento continuo de la oferta, de la tecnología y de la innovación. Curiosamente, visión tan liberal, necesita de la intervención pública para cumplir con la función de control. Sin embargo, sería un error creer que ese control está encaminado a limitar las libertades o a inmiscuirse indiscriminadamente en el sector privado, mucho menos podría enfocarse intencionalmente en ese sentido. Eso sería



verdaderamente traicionar los principios de la libre competencia; su origen filosófico incluso.

Hasta aquí agotamos el análisis jurídico, mencionando que ciertamente dependerán mucho la expedición y la aplicación de las normas de competencia de la voluntad política existente. Con un marco Constitucional que le ha dotado al gobierno central de herramientas poderosísimas, desde el control de precios, hasta la dirección exclusiva de la macroeconomía, sectores estratégicos, etc., será crucial el enfoque que se escoja, bien usar la ley como impulsora del desarrollo privado, como defensora de la libertad de hacer empresa, o bien como un modo de imponer más restricciones y límites a los particulares.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros:

**CÁMARA DE INDUSTRIAS Y PRODUCCIÓN; CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS**, “Balance de los primeros cuatro años del Gobierno del Presidente Rafael Correa, Transformaciones, logros y pendientes”, Pantone Impresiones, Quito, 2011. p. 75.

**CASTRO**, Román, “Temas Clave de Ciencia Política”. Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1995, p. 73, 78, 85.

**CECCON**, Brisa, “El Comercio Justo en América Latina”, Copit Arxives, 2008, p.68

**CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO**, “Ley Tipo de Defensa de la Competencia”, Naciones Unidas, Ginebra, 2000, p. 10.

**COSCIONE**, Marco, “El Comercio Justo una alianza estratégica para el desarrollo de América Latina”, Catarata, Madrid, 2008, p. 59.

**CREUS** Antonio, “Código de Derecho de la Competencia” Wolter Kluwer España, Madrid, 2006, p. 36.

**CUERDO MIGUEL**, Introducción a la microeconomía: comportamientos, intercambio y mercados, ESIC Editorial, Madrid 1997, p. 198.

**FLINT**, Pinkas, Tratado de Defensa de la Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2002, p. 27, 164, 177, 240, 554.

**GONNARD**, René, “Historia de las Doctrinas Económicas”, Editorial Aguilar, Madrid, 1964, p.330.

**INFORME DE LA SECRETARÍA DE LA UNCTAD**, “Abuso de la Posición Dominante”, Naciones Unidas, 21 de mayo de 2008, p. 5.

**LARREA** Holguín, Juan, “Derecho Constitucional”, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2000, p. 49.

**M. JACOBSON** Jonathan, Antitrust law developments, ABA Book Publishing, Sexta edición, 2007, p. 49, 56.

**McEACHERN**, William, “Economía”, International Thomson Editores. México, 2003, p.228.

**MERCANT**, Juan Manuel, “Conceptos Claves para Analizar las Normas de Defensa de la Competencia”, Boletín Latinoamericano de Competencia N° 21, 2006, p. 66, 67, 68, 70.

**MOCHÓN**, Francisco. “Principios de Economía”, McGraw Hill, Madrid, 2003, p. 108, 126.

**MORALES**, Juan Pablo, “Democracia Sustancial: sus Elementos y Conflicto en la Práctica”. Dentro de la obra: “Neoconstitucionalismo y Sociedad”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 87.

**OECD**, Glossary or Industrial Organization Economics and Competition Law, p. 67, 78.

**OCDE; BID**, “Derecho y Política de la Competencia en Colombia”, 2009. p. 7, 8.

**ORTIZ**, Luis; DE LAS MUELAS, Reyes, “Derecho de la competencia europeo y español”, Editorial DYKINSON, Madrid, 2008, p. 24.

**PONCE**, Juan Estaban, “El Neoconstitucionalismo en el Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010, p. 15, 20.

**SILVA** Portero, Carolina, “Las garantías de los derechos ¿invencción o reconstrucción?”. Dentro de la obra: “Neoconstitucionalismo y Sociedad”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 65, 66.

**VELEIRO**, Belén, “Mercado y Competencia”, El Derecho Editores S.A. Madrid, 2010, p. 13.

#### **Revistas:**

**ARTIGAS**, Zulmari; **NAVARRO**, Efrén. “Los Acuerdos Horizontales”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello No. 57. Caracas 2002, p. 156.

**GRIJALVA** Agustín, **TROYA** José Vicente, “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, Publicado en Revista Foro de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2003, p.20.

#### **Normas:**

CODIFICACIÓN DE LA LEY DE COMPAÑÍAS. Registro Oficial 312, 5-XI-1999.

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN, COMERCIO E INVERSIONES. Registro Oficial 351, 29-XII-2010.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Registro Oficial 1, 11-VIII-1998.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial, 449, 20-X-2008.

DECISIÓN 608, “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”, Lima Perú, 29 de marzo del 2005.

DECISIÓN 616, “Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador”, Lima Perú, 15 de julio del 2005

DECRETO EJECUTIVO NO. 1614, REGISTRO OFICIAL 558, 27-III-2009.

LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, PRIVATIZACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DE LA INICIATIVA PRIVADA. Registro Oficial 349, 31-XII-1993.

LEY ORGÁNICA DE LA ECONOMÍA POPULAR Y SOLIDARIA Y DEL SECTOR FINANCIERO POPULAR Y SOLIDARIO, Registro Oficial 444, 10-V-2011.

LEY 1340 DE 2009, Diario Oficial No. 47.420 de 24 de julio de 2009. (Colombia)

LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, 24 de junio de 2008. (Perú)

PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA. Rafael Dávila, Asamblea Nacional del Ecuador, 13 de octubre, 2009.

**Otros medios:**

**ALBUJA**, CHRISTIAN. “Economía Política y libre Mercado”. Presentación Programa de Liderazgo y Competitividad, Quito, 2010.

IV Conferencia Internacional de Derecho Económico, Universidad Andina Simón Bolívar mesa sobre competencia, Mayo de 2010.