

UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

**LA COMPETENCIA ECONÓMICA EN EL CONTEXTO DE LA
GLOBALIZACIÓN Y LA COMPETITIVIDAD**

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

PROFESOR GUÍA: DOCTOR ANGEL POLIBIO CHAVES

AUTOR: FREDDY EDUARDO SUQUILANDA JARAMILLO

AÑO DE PRESENTACIÓN: 2.003

Quito, 20 de noviembre del 2003

Señor doctor
Antonio Terán Salazar,
**DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
DE LA UNIVERSIDAD DE LAS AMERICAS, UDLA**
Presente.

Señor Decano :

De conformidad con lo establecido en el numeral 1.3. del instructivo para la presentación de los trabajos de titulación, Anexo No. 7, tengo a bien extender la declaración en el sentido de que la tesis previa a la obtención del título de **DOCTOR EN JURISPRUDENCIA** sobre el tema : **“La Competencia Económica en el contexto de la Globalización y la Competitividad”**, fue efectivamente realizada por el señor abogado **FREDDY EDUARDO SUQUILANDA JARAMILLO**, bajo mi orientación y guía.

Particular de lo que dejo constancia para los fines consiguientes.

Atentamente,



Dr. Angel Polibio Chaves A.
PROFESOR GUIA

AGRADECIMIENTOS

Mi más sincero y profundo agradecimiento a Dios, por ser mi fuente de inspiración diaria, a profesores y amigos que compartieron sus conocimientos conmigo y sirvieron de guía para la realización del presente trabajo, a mi director de tesis por su paciencia y dedicación y un especial agradecimiento a mis padres y hermanos por su apoyo incondicional, quienes me supieron guiar y darme las fuerzas para seguir adelante.

DEDICATORIA

Una persona puede medir sus triunfos no solo por lo vivido, sino por lo mucho que haya dado, sin duda alguna la vida es una meta para lograr, una idea para concebir, una carrera para ganar. El presente trabajo tiene un gran significado que materializa la satisfacción de una de mis metas, y no hubiera sido posible sin la ayuda de quienes han estado junto a mí y sobre todo han creído en mí, aquel ser querido que sin estar presente en cuerpo, su alma estará siempre a mi lado. El presente trabajo se lo dedico a mis padres a quienes considero mi guía, por enseñarme a tener confianza en mí y por dejar que yo solucione mis problemas y aprenda de mis errores. Sin duda alguna este trabajo es tan suyo como mío, gracias por su inmenso cariño que supo retenerme y cuando dejarme ir a descubrir un mundo que ustedes ya conocían.

RESUMEN

La libertad de empresa y la libre competencia constituyen prácticas comunes en los negocios que se realizan tanto a nivel nacional como internacional y constituyen derechos que se consagran en las leyes y en la Constitución Política de la República del Ecuador.

El Proyecto de “LEY ORGANICA DE PROMOCION Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA” se fundamenta precisamente en el enunciado anterior, asumiendo desde el inicio de manera responsable su reto de contribuir al desarrollo económico del Ecuador, dentro de una economía social de mercado competitiva a través de una competencia sana entre los agentes económicos. En este contexto estamos convencidos que países como el Ecuador, al contar con una política de competencia y su correspondiente normativa obtienen una de las poquísimas “armas” que nos ayudará ha hacer frente a la globalización y la liberalización comercial.

Ante el notable proceso de cambio que se observa a nivel mundial, cualquier iniciativa para establecer y aplicar normas de competencia se enfrenta con los límites impuestos por las fronteras nacionales. De allí la necesidad que los países en vía de desarrollo como el nuestro tenga la capacidad de actuar eficientemente al respecto, ello implica por un lado, la adopción de una Ley

Orgánica de Competencia y la designación de una autoridad, tal como lo prevé el texto del proyecto de Ley discutido; y, por otro lado que esta autoridad tenga los medios suficientes para asegurar sus investigaciones y aplicar sus decisiones, lo cual no es tarea fácil en tanto exista una ausencia de normas nacionales como internacionales de complemento obligatorio.

Es hora ya de que la realización de estudios e investigaciones en materia de derecho partan de realidades vigentes y actuales y dejen de ser el fruto de la mera lucubración, del respeto a la costumbre y a los tradicionalismos jurídicos caducos o simplemente de una transposición de elementos que choquen con el ser mismo de un ente social determinado.

Por lo tanto, y a manera de conclusión, esperando aportar para el desarrollo de nuestro país, considero necesario que se continúe en este tema de trascendental importancia para proteger el derecho de los ecuatorianos y por ende dejar a un lado los intereses de carácter políticos que son los únicos que traban e impiden el desarrollo de un país que busca pese a toda adversidad salir adelante y seguir creciendo como Nación

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	1
Capítulo I	
Legislación Antimonopolio	
1. Origen de la Legislación Antimonopolio.....	9
1.1 Antecedentes Nacionales.....	13
1.2 Particularidades de la Legislación Antimonopolio.....	26
2. Principios Generales de la Ley de Defensa de la	
Competencia.....	27
2.1 Concepto de Competencia.....	33
2.2 Bien Jurídico protegido.....	37
2.3 Restricción del Comercio.....	46
2.4 Protección a la Competencia no a los competidores..	46
3. Importancia de una buena Política de Defensa de la	
Competencia.....	48
Capítulo II	
Aspectos Jurídicos de la Competencia en el Ecuador	
4. Política de Competencia.....	54
5. Pilares de una Ley de Competencia.....	56
5.1 Prácticas Colusorias o Carteles.....	56
5.2	
Fusiones.....	59
5.3 Abuso de Predominio.....	62
6. Competencia Desleal.....	63
6.1 La Protección al Consumidor	66
6.1.1 Ámbito de explicación de la Ley Orgánica de Defensa al	
Consumidor en el Ecuador.....	70
6.1.2 Juzgamiento de las infracciones contra los derechos de los	
consumidores.....	77
6.1.3 Disposiciones en la Ley de Defensa al Consumidor que tienen un	
impacto directo en la competencia.....	84
6.2 Disposiciones relativas a la competencia desleal dentro del	
Derecho de Propiedad Intelectual.....	93

6.2.1 Funciones de las marcas.....	96
a) Función indicadora de la procedencia empresarial de los productos o Servicios.....	96
b) Función indicadora de la calidad del producto o servicio.....	97
c) Función de constituir un good will o buena fama.....	98
d) Función de publicidad de la marca.....	99
6.2.2 Registro de Marcas.....	99
6.2.3 Caducidad del derecho de marcas.....	101
6.2.4 Situaciones del Derecho de la Competencia.....	102
6.2.5 Competencia desleal a través de la imitación de signos.....	103
6.2.6 El “Know how”.....	104
6.2.7 Decisión 486 de la Comunidad Andina.....	105
7. Sectores Regulados.....	106
7.1 Telecomunicaciones.....	106
7.1.1 Disposiciones reguladoras respecto de la competencia en el Ecuador.....	108
7.2 Electricidad.....	111
7.2.1 Especificidad de la Industria en cuanto a la aplicación de los principios de Competencia.....	117

Capítulo III

Actos y Conductas Anticompetitivas

8. Actos Horizontales.....	120
8.1 Acuerdo de Precios.....	122
8.2 Discriminación de Precios.....	127
8.3 Cláusulas de No Competencia.....	129
8.4 Obstaculizar el Acceso al Mercado.....	130
8.5 Negativa a satisfacer pedidos.....	134
8.6 Joint Venture.....	135
9. Actos Verticales.....	137
9.1 Acuerdos de Distribución Exclusiva.....	139
10. Abuso de Posición Dominante.....	144
10.1 Mercado Relevante.....	149
10.2 Factor Tiempo.....	151
10.3 Situaciones de Emergencia y Dependencia de los Consumidores.....	152
10.4 Número de Empresas.....	154
11. Otros Actos Competitivos.....	155

11.1 Acciones que impiden a los competidores el acceso a insumos.....	155
11.2 Acciones diseñadas para aumentar el costo y/o disminuir el precio de venta del rival.....	156
11.2.1. Especificaciones del producto exclusivas.....	157
12. Excepciones.....	159

CAPÍTULO IV

Sanciones e infracciones. Organismos competentes

13. Teoría jurídica de las sanciones por infracción a la competencia.....	163
14. Naturaleza de la sanción.....	164
14.1 Sanciones Administrativas.....	165
14.1.a Cese definitivo de actos, conductas o práctica infractora.....	168
14.1.b Imposición de condiciones y obligaciones.....	169
14.1.c Remoción de los efectos del acto.....	170
14.1.d Multa.....	171
14.1.e Inhabilitación.....	173
14.2 Sanciones Civiles.....	173
14.2.a Resarcimiento de Daños y Perjuicios.....	175
14.2.b Nulidad.....	176
14.2.c Disolución, liquidación, desconcentración o división de la sociedad o del grupo económico.....	177
14.2.c.1 Disolución y liquidación.....	178
14.2.c.2 Desconcentración o división.....	179
14.3 Sanciones Penales.....	179
14.3.a Multa.....	180
14.3.b Prisión.....	180
14.3.c Inhabilitación.....	181
15. De las Autoridades de aplicación.....	181
15.1 En la Legislación Ecuatoriana.....	181
15.2 Procedimiento para adoptar medidas ante la infracción de normas.....	184
15.3 Sanciones.....	187
16. Derecho Comparado.....	189
16.1 En el régimen Argentino. El Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia	190
16.2 En el régimen Francés. Consejo de la Concurrencia.	191

16.3	En el Sistema Español.....	192
	a) Tribunal de Defensa de la Competencia.....	193
	b) Servicio de Defensa de la Competencia.....	193
16.4	En los Estados Unidos.....	194
	a) División Antimonopolio del Departamento de Justicia..	194
	b) Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission).....	194
17.	Órganos encargados de sancionar por el incumplimiento a la Ley de Defensa del Consumidor.....	196
	17.1 Competencia para el juzgamiento de las infracciones a la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.....	197
	17.2 La Defensoría del Pueblo y su rol en el juzgamiento de las infracciones a la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.....	199
	17.2.1 Trámite o procedimiento ante la Defensoría del Pueblo.....	201
	17.3 Trámite de juzgamiento de las infracciones.....	204
18.	Efectividad de los medios de defensa y control.....	208
	Conclusiones.....	210
	Recomendaciones.....	218
	Bibliografía.....	226

INTRODUCCION

La libertad de empresa y la libre competencia constituyen prácticas comunes en los negocios que se realizan tanto a nivel nacional como internacional y constituyen derechos que se consagran en las leyes y en la Constitución Política de la República del Ecuador.

Al realizar un enfoque retrospectivo, se aprecia que se han ido introduciendo algunas reformas legales como de estrategia económica para modernizar el Estado, sanear las finanzas y bajar la inflación lo que revela la decisión gubernamental de redefinir las estructuras tradicionales y controlar los desequilibrios macroeconómicos fundamentales en base a disposiciones cuya referencia clave son la Leyes de mercado y la competencia entre los distintos agentes sociales.

En Ecuador se está viviendo un proceso de cambios dentro de la política y la economía nacional, cuya primera manifestación importante se dio con la entrada a un régimen monetario diferente (la dolarización).

Pero la transformación de nuestro entorno socioeconómico y político no puede quedar únicamente en medidas "coyunturales", sino que deberá calar en la esencia misma de sociedad y sobre todo en su institucionalidad.

Es bajo este proceso de cambio que desde 1998 se viene afianzando, con la vigencia de la nueva constitución, la reforma estructural del Estado Ecuatoriano. En efecto, como una manifestación político-jurídica de esa corriente se establece claramente, como Política de Estado, la institución de una economía social de mercado en el Ecuador.

Concomitantemente, y vista la necesidad de crear las condiciones que viabilicen la realización de dicho sistema económico, se consagra constitucionalmente que el Estado promueva el desarrollo de actividades y mercados competitivos, impulsando la **“libre competencia”** y sancionando las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen, todo esto en beneficio y defensa del bien común.

El desgaste institucional y la inseguridad jurídica que son el producto de la debilidad de normas e instituciones nos obliga a la tarea fundamental de consolidar y crear instituciones fuertes, transparentes y bajo el control de ciudadanos probos, para de esta manera redundar positivamente generando certidumbre y seguridad jurídica que se transforman en inversión y crecimiento para el Ecuador.

El éxito o fracaso en la transformación y creación institucional es vital dentro de la vida democrática en la que pretendemos vivir.

El Proyecto de "LEY ORGANICA DE PROMOCION Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA" se fundamenta precisamente en el enunciado anterior, asumiendo desde el inicio de manera responsable su reto de contribuir al desarrollo económico del Ecuador, dentro de una economía social de mercado competitiva a través de una competencia sana entre los agentes económicos. En este contexto estamos convencidos que países como el Ecuador, al contar con una política de competencia y su correspondiente normativa obtienen una de las poquísimas "armas" que nos ayudará a hacer frente a la globalización y la liberalización comercial.

Sin embargo, dentro de este contexto existe una verdad aceptada por los economistas de todas las tendencias, que la excesiva intervención de Estado puede conducir a problemas de ineficiencia económica, concentración de poder y corrupción. Pero simultáneamente se sabe que los resultados eficientes que se le atribuyen al mercado requieren de un conjunto de regulaciones que establezcan las condiciones que faciliten a los agentes económicos en sus decisiones económicas y de mercado. Por ello, la existencia de una economía social de mercado basada en la libre competencia y la libertad económica no sólo es perfectamente compatible con la actividad legislativa del Estado, sino que necesita de ellas.

Pero la necesidad que tiene el mercado y la actividad privada no sólo se refiere a la mera creación de normas. La razón es que las leyes en sí mismas no son suficientes para que el mercado funcione, pues también se requiere algún

mecanismo que garantice que esas normas y leyes se cumplirán. Por ello, la actividad económica también requiere de un Poder (Instituciones) que orienten y garanticen que todos los miembros de una sociedad a que se comporten de acuerdo a dichas normas.

Entender al Estado como un sistema de creación y aplicación de normas que coordinen el comportamiento social y como un sistema de apoyo a la iniciativa privada, no sólo permitirá que nuestros niveles de vida se incrementen sino que también admitirá que dichos beneficios lleguen a todos los ciudadanos, a través de la tan deseada redistribución de la riqueza que es tan concentrada, y por ende discriminatorio, en nuestro país.

En efecto, la actividad natural del Estado o, más precisamente, el instrumento natural de que dispone el Estado para relacionarse con los ciudadanos es la creación de leyes, normas y reglas que regulen la vida social, así como diseñar las organizaciones encargadas de aplicar y controlar el cumplimiento de esas normas.

Es evidente que los esfuerzos emprendidos por el Ecuador en el campo de la apertura de su economía tendrán éxito con la vigencia de reglas claras en el comercio, tanto a nivel nacional como internacional, y en las relaciones entre los estados, hecho que justifica ya de manera fehaciente su adhesión a la Organización Mundial del Comercio OMC.

El tratamiento que se reconoce, a través de los años a la protección de los derechos inherentes a la persona, en cuanto a la libertad de empresa para competir en un mercado justo y equitativo y, consecuentemente con esto, el derecho que tiene el individuo como consumidor de elegir lo que mejor le convenga, ha tomado en los últimos años un especial crecimiento en cuanto a su tratamiento estableciéndose como política interna de común interés para el mundo entero y en particular para el Ecuador.

El tema de análisis de la presente tesis, se basa en la negativa por parte del Ejecutivo al Proyecto de Ley de Libertad de Empresa y Derecho de la Competencia, que se produjo en el mes de noviembre del dos mil dos, negativa que no tomo en cuenta que en el Ecuador no existe un régimen que tipifique en forma concreta y ampare estos derechos, así como la problemática de un mundo cada vez más competitivo, en donde el establecimiento de reglas claras es lo que nos permitirá como país, alcanzar un mayor crecimiento y desarrollo interno y de esta forma proyectarnos hacia una economía globalizada como un país competitivo.

La libre competencia es un derecho que emana y radica en la Constitución Política, es por lo tanto un derecho constitucional que debe ser respetado.

Por esta razón el análisis en el presente trabajo se encarga de establecer y dejar claro que la libre competencia es el derecho que tenemos las personas de elegir y participar en el mercado como productores, distribuidores, consumidores, etc,

evitando para esto la formación de monopolios, oligopolios, y cualquier forma que represente competencia desleal, que prive tanto a productores como consumidores, ejercer sus derechos, que como tales están amparados y protegidos por la Constitución.

El presente trabajo pretende, partiendo de algunas consideraciones conceptuales sobre el tema de la competencia económica, realizar una investigación del proceso que se ha llevado en cuanto al tratamiento de la protección de las libertades económicas en el Ecuador, su deficiencia, cambios y diversos proyectos presentados para su aprobación al Congreso Nacional, así mismo de su reciente tratamiento y posterior veto por el Ejecutivo. Las consecuencias con miras a futuro de lo que implica que nuestro país no cuente con una Ley que proteja y garantice un derecho establecido en la Constitución, y constituya una herramienta que provea de estabilidad y seguridad jurídica frente a un proceso de globalización en el ámbito mundial.

Constituyéndose el presente en un tema de amplia base bibliográfica e investigación, considero pertinente enlistar los siguientes temas como parte del trabajo de tesis, que serán tratados en los diversos capítulos del mismo:

- Origen, importancia y necesidad del fenómeno de la Protección de la Libre Competencia, libertades económicas, ley antimonopolio; negativa del Proyecto de Ley Antimonopolio. Consecuencias.

- Los monopolios, los oligopolios, conceptos, diferencias, sus causas y consecuencias;
- La Competencia Desleal, concepto origen, causas y consecuencias;
- La Libertad Económica, libre participación empresarial, principio consagrado en la Constitución;
- Los monopolios, considerados como delitos comerciales;
- La importancia de la participación del consumidor en cuanto al servicio óptimo y de buena calidad de los productos, es decir la posibilidad que tiene el consumidor en cuanto a la elección del producto que mejor le convenga en cuanto a precio y calidad; la Especulación, el alza y baja de precios injustificadamente (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor);
- Estructuras monopólicas de los servicios públicos, la participación del Estado en cuanto al servicio de los bienes declarados de interés público, esto constituye un deber del estado que va ligado o no al monopolio estatal. Qué tan ventajoso es para el Ecuador que se cuente con un mayor número de participación privada en cuanto a los servicios públicos;

- Competencia y Competitividad, conceptos, diferencias, la importancia de la competitividad en el mercado ecuatoriano con miras a mejorar la calidad de los productos;
- La importancia de la protección antimonopólica en el Ecuador.

Considero importante promover la expedición de una Ley de Competencia, considerado como un derecho fundamental, tomando como punto de partida que la Ley regula esa garantía y considera de forma detenida aquellos elementos que constituyen el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de empresa.

La promulgación de esta Ley, daría el poder suficiente a los ecuatorianos, para defender en forma eficiente sus intereses. La Competencia legalizada traería un poderosa organización, que dejaría sin oficio a especuladores e intermediarios, constituyéndose así, en un incuestionable factor hacia la verdadera libertad.

CAPITULO I

LEGISLACION ANTIMONOPOLIO

1. Origen de la Legislación Antimonopolio¹

Siguiendo el consejo de quienes señalan a la historia como maestra y orientadora de la vida, considero que una muy breve reseña del como y porqué del nacimiento de la legislación antimonopolio, puede servir como eje para comprender sus fundamentos y finalidades, lo que a la vez permitirá un pensamiento más crítico y posibilitará analizar con mayor profundidad las leyes que se dicten en la materia, en el futuro y las que se encuentran en vigencia.

Esta perspectiva histórica también servirá para ver como las leyes antimonopolio están especialmente ligadas a procesos históricos y políticos determinados, lo que lleva a un examen más atento aún en la evolución de su jurisprudencia y en la necesidad de establecer criterios más o menos uniformes y estables en pro de una mayor seguridad jurídica.

Las leyes antimonopolio han sido diseñadas para controlar el ejercicio del poder económico, así como la doctrina de la división de poderes (o de funciones) ha servido para evitar el control político de alguno de los poderes del sistema

republicano del gobierno, se podría decir que las leyes antimonopolio, en particular, han sido diseñadas para controlar el poder económico.

La insatisfacción con el proteccionismo del common law y, lo más importante, una creciente preocupación por las prácticas abusivas de las grandes corporaciones en la segunda mitad del siglo XIX, han llevado a los legisladores norteamericanos - país donde tiene su origen la legislación antimonopolio y que han seguido la mayoría de resto de los países -, a tomar medidas al respecto. En este sentido el Congreso de los EE.UU. sancionan la Interstate Commerec Act de 1887 y la Sherman Antitrust Act en 1890.

No obstante la sanción de dichas leyes no satisfizo a la opinión pública, los continuos abusos y las prácticas desleales del comercio, así como el desagrado por las interpretaciones judiciales de la nueva ley antimonopolio, dieron lugar a crecientes presiones hasta que el tema se instaló en el centro del debate en campaña presidencial de 1912 y dio lugar a la sanción, en 1914 de la Clayton Act y Federal Trade Commision Act.

La idea subyacente en el origen de la legislación antimonopolio era la de que el público en la calidad de consumidor, debía ser protegido, tanto como el derecho de comerciar y competir libremente estaba garantizado; la inadecuación entre ambos objetivos salió a la luz, por primera vez, con motivo del conflicto planteado

¹ Evolución y doctrina de la Ley de Defensa de la Competencia CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo: Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia, Heliasta 1983.

por los ferrocarriles que avanzaban y consolidaban su posición dominante y privilegiada en el mercado obstaculizando las inversiones y el crecimiento de servicios competitivos.

Muchos Estados respondieron creando agencias para controlar las ganancias y el servicio de los ferrocarriles en su territorio y cuando tales agencias fueron demandadas, la justicia sostuvo que los ferrocarriles eran un servicio que afectaba el "interés público" sujeto a la regulación del Estado, pero la jurisprudencia estatal era limitada y constitucionalmente inefectiva para el comercio interestadual, como consecuencia de ella el Congreso creó una Comisión de Comercio Interestadual en 1887 para asegurar un justo y razonable precio y prohibir el comercio desleal y las indebidas discriminaciones.

En otras palabras, el gobierno vio necesaria su intervención para regular los mercados y templar la competencia, aunque para que tal regulación fuera realmente efectiva tuvieron que pasar veinte años más.

Como alternativa a las empresas privadas competitivas para controlar el poder monopólico, el gobierno se mostró ineficiente y su actuación fue vista con cierto escepticismo, sus tácticas se mostraron insuficientes ante los trusts (acuerdo entre empresas), que controlaba la mayoría de las industrias consumidoras de sus bienes.

Los trusts parecían absorber cada vez más nuevas industrias en expansión,

además incurrían en prácticas predatorias que causaban la ruina de sus competidores (como la venta por debajo de los costos) o espionaje comercial para luego monopolizar el mercado, estos métodos evidentemente fulminaban a los pequeños y medianos empresarios.

Un tercer aspecto dañoso de los trusts se vincula con el uso de métodos desleales de comercio, de este modo los inversores eran defraudados, los trabajadores eran desechados como herramientas usadas por la indiscriminada y compulsiva clausura de plantas; la libertad y a paz pública estaba amenazada por oficiales públicos sobornados y por incendios y la competencia leal distorsionada por falsas compañías y acosadoras demandas.

Las frecuentes depresiones de los ciclos económicos y las escandalosas transacciones comerciales, provocaron un shock en la opinión pública y destruyeron la confianza de los mercados, la atmósfera era difícil y el público era escéptico (en algunos países este problema no solamente se daba por las transacciones comerciales, pues sucedían a causa de devaluaciones, o políticas de control de precios y otras políticas monetarias).

A pesar de este natural descontento y oposición del público en general contra los trusts, aún no era claro el modo de controlarlos o limitarlos sin destruir las empresas, los negocios y los empleos al mismo tiempo.

Los economistas generalmente sostenían que todo tipo de intervención o

regulación sería útil desde que los trusts eran una consecuencia natural de la competencia, por otra parte los abogados proclamaban prohibiciones legales contra los monopolios y otro tipo de combinaciones a los que el tradicional common law había dejado sin control legal de ningún tipo.

Con estos antecedentes, el Congreso recogió bases comunes en el common law y en principios éticos para diseñar una ley que a la vez que prohibiera los acuerdos, contratos u otros tipos de combinaciones que restrinjan el comercio y monopolicen un sector de comercio, al mismo tiempo permitieran la competencia leal y las rectas combinaciones.

1.1. Antecedentes Nacionales

La iniciativa de presentar un Proyecto de Ley que defienda la competencia y la libertad de empresa en el Ecuador, no es muy antigua, es a partir del año 1999 que el Diputado por la Provincia de Loja Rafael Dávila Egeuz, presentó el primer Proyecto de Ley denominado Ley de Protección de libertades Económicas.

El mencionado Proyecto de Ley sirvió de base para la presentación de una serie de Proyectos, esta vez con la participación e iniciativa de las siguientes instituciones en representación de los diversos sectores económicos del país²:

² Informe del Proyecto de Ley de Promoción y Defensa de la Competencia, Noviembre de 2.002. Quito-Ecuador

Institución	Area de participación
Departamento de Justicia de los Estados Unidos.	Análisis del borrador del proyecto de Ley a través de mesas de trabajo / seminario internacional "hacia un régimen de competencia en el Ecuador".
Federal Trade Comission de los Estados Unidos.	Análisis del borrador a través de mesas de trabajo / seminario internacional "hacia un régimen de competencia en el Ecuador".
Comunidad Andina de Naciones.	Análisis del borrador del Proyecto de Ley a través de mesas de trabajo.
Oficina Regional para América Latina y El Caribe de "Consumers International".	Análisis del borrador del Proyecto de Ley a través de mesas de trabajo.
Superintendencia de Compañías de Venezuela.	Análisis del borrador del Proyecto de Ley a través de mesas de trabajo.
Ministerio de Economía de Argentina.	Análisis del borrador del Proyecto de Ley a través de mesas de trabajo.

UNCTAD, Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo.	Análisis del borrador del Proyecto de Ley a través de mesas de trabajo.
Cámara de Comercio del Perú.	Análisis del borrador del Proyecto de Ley a través de mesas de trabajo.
Ministerio de Economía de Uruguay.	Análisis del borrador del Proyecto de Ley a través de mesas de trabajo.
Institución	Area de Participación
Ex Fiscal Económico de Chile.	Análisis del borrador del Proyecto de Ley a través de mesas de trabajo.
Comisión del Consumidor del Congreso Nacional.	Elaboración del texto único de la Ley (en base al modelo de la UNCTAD).
Superintendencia de Compañías Ecuador.	Elaboración del texto único de la Ley (en base al modelo de la UNCTAD).
Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD.	Difusión, investigación y recopilación de información para la elaboración del

	Proyecto de Ley.
Superintendencia de Bancos.	Difusión, investigación y recopilación de información para la elaboración del Proyecto de Ley.
Corte Suprema de Justicia.	Seminario Internacional "hacia un régimen de competencia en el Ecuador.
Diputado Rafael Dávila.	Iniciativa Parlamentaria de "Proyecto de Ley de Competencia Económica".
Diputado Julio Noboa.	Iniciativa Parlamentaria de "Proyecto de Ley Antimonopolio".
Ministerio de Comercio Exterior.	Elaboración de Proyecto de Ley Antimonopolio (no se llegó a presentar al Congreso) / elaboración del texto único de Ley (en base al modelo de la UNCTAD.
Ministerio de Relaciones Exteriores.	Elaboración de Proyecto de Ley Antimonopolio (no se llegó a presentar

		al Congreso) / elaboración del texto único de Ley (en base al modelo de la UNCTAD).
Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios.		Elaboración de Proyecto de Ley Antimonopolio (no se llegó a presentar al Congreso) / elaboración del texto único de Ley (en base al modelo de la UNCTAD).
CARE- Ecuador.		Elaboración de Proyecto de Ley Antimonopolio (no se llegó a presentar al Congreso) / elaboración del texto único de Ley.
Universidad Andina Simón Bolívar.		Elaboración de Proyecto de Ley Antimonopolio (no se llegó a presentar al Congreso) / elaboración del texto único de Ley (en base al modelo de la UNCTAD).
Unión Europea.		Análisis del borrador del Proyecto de

	Ley a través de mesas de trabajo / seminario internacional "hacia un régimen de competencia en el Ecuador.
--	--

Los diversos Proyectos de ley presentados en la materia, sin duda alguna recogen los principios constitucionales relativos a la libertad de empresa, con al finalidad de evitar la competencia desleal.

Cada texto y contenido de los Proyectos, han sido modificados y perfeccionados de acuerdo a las necesidades que se presentan para la protección de los derechos de los ecuatorianos, es así que el primer Proyecto signado con el No. 20-189, denominado Ley de Protección de Libertades Económicas, presentado pro el Diputado Rafael Dávila Eguez el 21 de abril de 1.999, pasó a denominarse Ley Antimonopolio y de la Libre Competencia por el Proyecto No. 22-641, esta vez presentado por el Diputado Julio Noboa, el 13 de marzo de 2001.

El texto del Proyecto No. 20-189, presenta conceptos tales como la libertad de empresa, la libertad de comercio; define lo que se entiende por monopolios, los oligopolios, guardando relación con la Constitución, así mismo establecía un procedimiento a través de los jueces de lo civil, quienes eran los competentes para conocer acerca de alguna acción contraria a la competencia, la reparación de los daños mediante la indemnización, haciendo referencia únicamente a la

responsabilidad civil.

El Proyecto No. 22-641, presenta un texto más completo, con un glosario de términos más amplio, definiendo lo que se entiende por operaciones de concentración vertical y horizontal, conceptos básicos para establecer en que grado un acto es anticompetitivo, introduce un cambio significativo en cuanto al órgano encargado de control y regulación, la Comisión de Control de Competencia, con la misión de establecer las sanciones que se produzcan a la ley, a través de la investigación de la existencia de monopolios, oligopolios y demás prácticas que pueden impedir o limitar el goce de las libertades económicas, en este Proyecto ya no son los jueces de lo civil encargados de conocer los asuntos en materia de competencia, así mismo este Proyecto, establece las sanciones que corresponden, es por esto que en el artículo 24, establece como sanción la suspensión del permiso de operación, multas que van desde USD 500 a USD 5.000, según la gravedad de la infracción.

Sin embargo y pese a la presentación de los Proyectos antes mencionados, el 17 de abril de 2001 se presentó un nuevo texto, esta vez denominado Ley de Protección de las Libertades Económicas Proyecto No. 22-660, por iniciativa de la Dra. Susana González, este texto era mucho más amplio que los anteriores, estableciendo una protección a los derechos de los consumidores y los derechos de propiedad Intelectual, estableciendo como órgano encargado al Consejo Ecuatoriano de Competencia, con atribuciones similares a los de la Comisión establecidos en el anterior Proyecto, establece la creación de un Intendente

Nacional de Competencia, encargado de coordinar la implementación de políticas diseñadas por el CEC, se crean también las Comisiones Distritales de Competencia, encargados de realizar las indagaciones e investigaciones sobre prácticas anticompetitivas, así mismo estableció lo que debe contener la denuncia para ser presentada, el procedimiento que se debe observar, la Audiencia de Prueba y el término de 19 días para resolver, así como los recursos que se pueden presentar, la determinación de responsabilidad civil, penal y administrativa.

Primer Debate: 28-08-2002 (Sesión Extraordinaria)

Dentro de este contexto, a la Comisión Especializada Permanente de Defensa del Consumidor, del Usuario, del Productor y el Contribuyente, ingresaron los Proyectos de Ley antes mencionados; el Proyecto de Ley de Protección de las libertades Económicas signado con el No. 20-189, ingresado el 21 de abril de 1999, auspiciado por el Diputado Rafael Dávila, el Proyecto de Ley Antimonopolio y de la Libre Competencia signado con el No. 22-641, ingresado el 19 de marzo de 2001, auspiciado por el Diputado Julio Noboa, EL Proyecto de ley de Protección de la Libertades Económicas signado con el No. 22-660, ingresado el 17 de abril de 2001, auspiciado por la Diputada Susana González.

Posteriormente con fecha 26 de marzo de 2002, el Señor Presidente de la República Dr. Gustavo Noboa, remite al Congreso, el Proyecto de ley Orgánica de Responsabilidad y Transparencia Fiscal, cuyo artículo 50 crea el "Consejo

Nacional de Competitividad", artículo que no fue tramitado por el Legislativo, ya que no correspondía al ámbito del citado proyecto.

La Comisión Especializada Permanente de Defensa del Consumidor, del Usuario, del productor y el Contribuyente, en sesión del día 13 de junio de 2001, resolvió por unanimidad, unificar estos Proyectos y a su vez decide que el proyecto unificado sea tramitado con la participación de todos los sectores involucrados.

La Comisión dada la especialización del tema, resolvió remitir la copia del proyecto unificado a diversas entidades tanto públicas como privadas, a fin de que realicen las observaciones que consideren pertinentes, entre ellas: Secretarías de Estado (Ministerios), Superintendencias de Compañías, Bancos, Telecomunicaciones, CONAM, Federación de Cámaras de producción, Cámaras de Comercio e Industrias de Quito, Guayaquil y Cuenca, Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana de Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Estudio Jurídicos y profesionales relacionados con la materia, empresas como Microsoft, Nestlé. Macosa, Schullo. Coca Cola Inc., Coordinadora Política de Mujeres, Departamento de Justicia de los Estados Unidos en coordinación con la Federal Trade Comisión, la Unión Europea a través de la Oficina General de Competencia, Embajada de Chile, Asesoría Jurídica de la Cámara de Comercio de Perú, Superintendente de la Competencia en Venezuela, Consumers International.

El Proyecto unificado fue analizado por la Comisión de Defensa al Consumidor, en sesiones de los días 21 y 29 de agosto, 5, 12 y 26 de septiembre de 2001; y,

las del 5 de febrero y 9 de julio de 2002, en las que los honorables Vocales hicieron varias observaciones y sugerencias.

Dentro del proceso de depuración del proyecto se conformó un equipo técnico jurídico con representación de varias entidades del sector público que se encontraban elaborando anteproyectos de ley sobre la materia de la Libre Competencia Económica. El equipo quedó conformado por asesores técnicos de la Comisión de Defensa al Consumidor del Congreso Nacional, Ministerio de Industrias, Comercio Integración y Pesca, Ministerio de Relaciones Exteriores, CONAM, Superintendente de Compañías, Bancos, PNUD y la Tribuna Ecuatoriana de Consumidores, quienes recomendaron el Trámite urgente a este Proyecto, el mismo que recoge las observaciones, conclusiones y recomendaciones a través de un amplio proceso de debate sobre el tema y que además recibió el asesoramiento del Señor Embajador de la República de Chile en Ecuador el Dr. Rodrigo Asenjo, quien fué por varios años Fiscal de la Competencia en su país; y, de las Naciones Unidas a través del PNUD y la UNCTAD.

La Comisión de Defensa al Consumidor, en consideración a que el Señor Presidente de la República mediante Decreto Ejecutivo No. 2048 de 31 de octubre de 2001, declara como política prioritaria del Estado la Agenda Nacional de Competitividad, por lo cual mediante el artículo 50 del proyecto de Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia fiscal, se pretendía crear el Consejo Nacional de Competitividad, iniciativa que no fue aprobada en dicha Ley, y que ha sido recogida por los Señores Diputados miembros de la Comisión en

este Proyecto, y en coordinación con la Superintendencia de Compañías se mejoro la redacción del mismo, creándose por lo tanto el Consejo Ecuatoriano de Competencia (CECOM), como un organismo adscrito a la Superintendencia de Compañías. Con ello el proyecto se ajusta a lo dispuesto en el artículo 147 de la Constitución, sin embargo de lo cual la Comisión deja expresa constancia que a pesar de crearse una entidad pública, no se incrementa el gasto público ya que esta Entidad CECOM, funcionará con personal de la propia Superintendencia de Compañías en una reestructura organizacional interna y de dependencias del Ejecutivo o de otras entidades del Estado relacionadas con el tema.

La Presidencia y Secretaria de la Comisión conjuntamente con el equipo técnico jurídico, en base al documento derivado del proceso de consulta y consenso preparó la versión final del referido proyecto de Ley introduciendo cambios de fondo y forma, principalmente para lograr compatibilizar todas y cada una de las disposiciones del proyecto con la Constitución y demás cuerpos jurídicos relacionados.

Segundo Debate: 01, 02-10-2002, y, 30-10.2002 (Sesión Ordinaria)

Mediante Oficio No. 3620-DGSL, de dos de septiembre de 2002, la Presidencia de la República recibe por parte del Director General de Servicios Legislativos copia de la transcripción con las observaciones de los Señores Legisladores en el

Primer Debate del Proyecto de Ley de Promoción y Defensa de la Competencia Económica, Nos 20-189; 22-641, y, 22-660, efectuado en la sesión extraordinaria del 28 de agosto de 2002.

La Comisión consideró tomar en cuenta ciertas observaciones llegadas a la Comisión que fueron presentadas por el Diputado René Mauge, la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana de Quito, la Superintendencia de Compañías a través del Diputado Fultón Serrano y las realizadas por el profesor titular de Derecho Mercantil y Competencia de la Universidad de Valencia España, Dr. Juan Ignacio Ruiz.

Luego del análisis respectivo, la Comisión, en base del documento derivado del proceso de consulta y consenso, preparó la versión final del referido Proyecto de Ley, introduciendo además cambios con el propósito de mejorar todas y cada una de las disposiciones legales.

En este sentido y dando cumplimiento a lo establecido en la constitución, la ley Orgánica de la Función Legislativa y su reglamento respecto a al formación de leyes, la Comisión llevó a cabo el análisis e incorporación de las observaciones remitidas y en sesión de 10 de septiembre de 2002, resolvió elevar a conocimiento del Pleno del H. Congreso Nacional para Segundo Debate el Proyecto unificado de "Ley Orgánica de Promoción y Defensa de la Competencia Económica".

Aprobado el Proyecto, es presentado al Señor Presidente de la República Doctor

Gustavo Noboa, mediante oficio No. 791 PCN, con fecha 31 de octubre de 2002, y para los fines previstos en el artículo 153 de la Constitución Política de la República.

En efecto y en cumplimiento de la precitada norma Constitucional, el Vicepresidente de la República Pedro Pinto Rubianes a nombre y en representación del Presidente de la República, hace conocer la decisión del Ejecutivo, mediante Oficio No. T. 1913 DAJ - 2002- 6484, en el sentido de vetar totalmente el Proyecto en cuestión, con un sustento poco razonable, afirmando en la misma carta que:

"No cabe duda que el país necesita urgentes regulaciones sobre competencia, acordes con la situación que vive el mundo en los actuales momentos y con la debida proyección hacia las inevitables tendencias mundiales.....".

En este sentido entonces ¿porqué no seguir trabajando en un texto que regule la competencia en el Ecuador?.

Contradiciéndose en el párrafo que sigue estableciendo que:

" La delimitación señalada, sumada a la imperiosa necesidad de aunar esfuerzos en busca de consolidar la seguridad jurídica en el país, exige que un tema de tal trascendencia como el que nos ocupa, asegure una regulación que propicie la interdicción de la arbitrariedad a través de una gran precisión en el uso del

lenguaje jurídico....”.

Consideraciones nada justificables para tomar la decisión de vetar el Proyecto de Ley, con la única consecuencia de retardar el proceso de crecimiento en miras a un desarrollo político-económico de nuestro País.

1.2. Particularidades de la Legislación Antimonopolio.

La práctica norteamericana en la aplicación de su legislación antimonopolio como el modelo seguido en la Comunidad Europea (las dos experiencias más vastas) dejan una enseñanza común: la llave de una adecuada legislación más que en su texto, su modelo o sus definiciones está en la interpretación que de ella haga el órgano de aplicación.

Tal conclusión no es válida sólo para la legislación antimonopolio, sino para cualquier ley en cualquier sistema, sin embargo en lo que respecta a la Ley antimonopolio o de defensa de la competencia existe un valor agregado, características propias que la pueden llegar a distinguir, en cuanto a su debido análisis e interpretación, de otro tipo de leyes.

En primer lugar, el interés público directamente comprometido lo cual puede observarse a simple vista, tanto la legislación norteamericana (restricción al comercio enterestadual o internacional) como en la de la Comunidad Europea

(afectación al comercio entre los Estados miembros de la Comunidad) existe una previsión clara en cuanto al interés público que protege la Ley cuya violación sanciona al punto de que en la legislación norteamericana la ley tenía carácter penal y sancionaba su incumplimiento hasta con la prisión.

A la cuestión del interés público directamente comprometido en la Ley se suma su carácter económico, lo cual representa una dificultad adicional cual es la de conocer el funcionamiento del mercado, del comercio, de los negocios y todo lo relativo a la producción de bienes y servicios, la dificultad adicional, radica en la esencial interrelación que este tipo de leyes implica entre conceptos económicos, jurídicos y también políticos, por lo tanto esta esencial interrelación implica la existencia de un órgano de aplicación que debe integrarse necesariamente con especialistas de las ciencias económicas y del derecho que al mismo tiempo debe dejar reservada también una instancia política.

El cómo integrar estos aspectos antes mencionados es el interrogante que se plantea y se considera ante la eventual expedición de una Ley de Defensa de la Competencia, sin embargo tanto la experiencia norteamericana como la de la Comunidad Europea son un ejemplo del funcionamiento equilibrado entre estos tres componentes de la Legislación antimonopolio.

2. Principios Generales de la Ley de Defensa de la Competencia.

El principio general sentado por los diversos Proyectos de Ley de Defensa de la Competencia, es claramente que los actos y conductas prohibidas son aquellos que afectan al mercado y al interés económico general, para ello, es importante aclarar estos conceptos.

El término competencia no admite una definición unívoca, es un cuerpo de leyes y regulaciones que gobiernan las prácticas comerciales (convenios horizontales o verticales entre empresas, abusos de posiciones dominantes, el monopolismo, fusiones y adquisiciones).

Según Sánchez Calero³, la competencia en términos generales, es: "la aptitud de las empresas en un mercado de bienes y servicios, para influir con su actividad en las condiciones del mercado, es decir, en la oferta y la demanda de determinados bienes y servicios".

Según Dominick Armentano⁴, existe una confusión muy generalizada en cuanto al significado de "competencia", tal confusión manifiesta el autor, ha desorientado a las Cortes y a los Administradores encargados de aplicar la legislación antimonopolio, por ejemplo: cuándo una empresa baja su precio, ¿es esto competencia o un intento de monopolización?, Cuándo una empresa gana

³ Ver "El derecho de la competencia y Mercosur, Visión desde Argentina", LL, 13/8/1997

⁴ Armentano, Dominick: Antitrust: A case for repeal, Ludwig von Mises Institute, 1999.

participación en el mercado, ¿es esto evidencia de su eficiencia o una amenaza a la competencia? cuando una empresa compromete grandes sumas de dinero en investigación y desarrollo que sus competidores no pueden igualar, ¿es esto un intento de monopolización?

Los fundamentos teóricos de tales concepciones de la "competencia" parecen estar en la economía neoclásica y elaborada por especialistas en organización industrial, éstos parecen haber centrado su atención en aquellas industrias que estaban entre la "pura competencia" y el monopolio absoluto: su objetivo era entender las relaciones entre la estructura del mercado, el mundo de los negocios y un desarrollo total de la economía.

Con este objetivo y panorama, estos economistas de la "organización industrial" han aceptado una relación determinista entre la estructura del mercado y el desarrollo económico, en este sentido entienden que si el mercado estuviera completamente estructurado (pequeñas firmas, productos homogéneos, y facilidad de entrada), luego el proceso de mercado permite automáticamente una eficiente asignación de recursos donde el precio, los costos marginales, y el promedio mínimo de los costos fueran todos iguales.

Alternativamente un mercado altamente concentrado, actitudes colusorias de las empresas, economías de escala y diferenciación de productos, podrían crear barreras de entrada y un poder de mercado que perjudicaría la eficiente asignación de recursos; en síntesis, para los seguidores de este pensamiento, un

mercado estructuralmente competitivo se desarrolla mejor que los mercados concentrados.

En lo que si parece haber más acuerdo en la doctrina (aunque tampoco absoluto), es en que no existe el mercado de competencia perfecta, sino más bien se intenta proteger la libertad de los consumidores dándoles la posibilidad de que puedan, efectivamente elegir entre varios oferentes de un mismo producto en el mercado.

El mercado es el ámbito dentro del cual concurren oferentes y demandantes de bienes y servicios y donde deben medirse las consecuencias y efectos de las conductas para considerarlas anticompetitivas, éste puede ser geográfico (ámbito espacial) o de productos (definido por el alcance de la venta del producto en cuestión).

El espíritu de la Ley de Defensa de la Competencia, es proteger el interés económico general, el cual puede ser definido como el beneficio del público consumidor para comparar artículos de la mejor calidad al más bajo precio, ello requiere, necesariamente no que este beneficio efectivamente exista, sino que el proceder que se adopte tenga aptitud para provocarlo.

Con la afectación del interés económico general se deja en claro que es el que sufre al trabarse el funcionamiento de un mercado de suerte que quedan a salvo las conductas que puedan parecer anticompetitivas pero que en verdad resultan beneficiosas para la comunidad.

De este modo quedan excluidas las conductas que aunque importan una restricción (por ejemplo contratos de exclusividad o el de aprovisionamiento), el beneficio que se deriva de ellos es mayor que el daño que causa la restricción, con este precepto, la ley nos sugiere que no hay actos ilegales per se⁵.

Este sistema, copiado de la legislación de la Comunidad Europea, aparentemente, parece mucho más flexible que el que rige en los Estados Unidos, no obstante la letra de la Ley y siendo fiel a su sentido práctico y a su régimen de Common Law, la Corte Norteamericana ha sido flexible al momento de interpretar su legislación antimonopolio y ha acogido, en la práctica, la llamada rule of reason (regla de razón).

Debemos tener en cuenta que el objetivo primario de la Sherman Act ha sido el de combatir el "monopolio" a través del control de ciertas prácticas anticompetitivas como los acuerdos de precios, restricción de ventas, división de mercados, exclusión de competidores, y otros. No obstante, los actos y conductas anticompetitivas que sanciona la Sherman Act no se centran en el éxito o el fracaso de las conductas dirigidas a constituir un poder monopolio, el fundamento de actos y conductas restrictivas de la competencia es la presunción de que el bienestar general de la población se vería seriamente amenazada si se permitiera que los competidores hagan acuerdos entre ellos y procuren de este modo una

⁵ Ver OTAMENDI, Jorge: "Presupuestos básicos para la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia", LL, 181-b, Sección Doctrina, p. 913.

mayor participación del mercado (nótese que se habla de "acuerdos" y no de aquella participación que se obtiene como fruto de la libre competencia).

En el caso "United States vs. E.I. Du Pont de Nemours & Co."⁶ Donde se analizaba un acuerdo "vertical" por el cual Du Pont compraba el 23% del stock de General Motors (GM) se arribó a la construcción de que tal acuerdo "cerraba" la posibilidad de que GM sea abastecida por otros fabricantes de pinturas para autos, y de este modo, tenía un efecto anticompetitivo.

Lo que se quiere destacar en este caso es que la Corte no varió el criterio por el cual la determinación del tamaño y la naturaleza del mercado en cuestión es esencial para saber si una fusión disminuirá substancialmente la competencia.

En el caso "Brown Shoe Co vs United States"⁷ donde se trataba una fusión "horizontal y vertical" al mismo tiempo y por lo cual dos empresas de fabricación de calzado (Brown and Kinney) fabricaban y vendían a través de sus propios comercios minoristas, se tuvo una primera impresión de que tal tipo de acuerdos eran aquellos que cerraban la posibilidad de que Kinney distribuyera zapatos de otros fabricantes, la Corte extendió el criterio que utilizaron en Du Pont, considerando:

La potencial concentración del mercado geográfico y de producto en cuestión;

⁶ 353 U.S. 586 (1957)

⁷ 370, U.S. 294, (1962)

El efecto de la fusión sobre las preferencias de los clientes, del resto de los distribuidores y del hombre medio, y,

La existencia o no de la justificación de la fusión.

El concepto de "interés económico general" es el resultado de ambos sistemas (europeo y norteamericano) y aunque es amplio y puede dar lugar a interpretaciones diversas, es la llave de entrada para determinar la aplicación (o no) de la Ley de Defensa de la Competencia), por eso es importante señalar que el rol a desempeñar por un futuro Tribunal de Defensa de la Competencia (Consejo Ecuatoriano de la Competencia), es vital y es allí más que en su análisis exegético, donde se podrá juzgar los efectos beneficiosos o no en la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.

Estas breves consideraciones sobre el criterio de aplicación de la Ley antimonopolio norteamericana han sido la consecuencia de una interpretación rígida en los primeros años de su vigencia (Ley sancionada en 1890) y es repetida durante la década del cincuenta y del sesenta, donde se hacía una lectura sumamente estrecha de la Ley y donde regía el criterio de los "actos ilegales per se", por el cual se hacía la Ley impracticable.

2.1. Concepto de Competencia.

Este concepto es de difícil definición, no obstante, de la doctrina y la jurisprudencia (especialmente extranjera) pueden extraerse algunos elementos que ayuden a delimitar tal concepto.

En una primera aproximación se podría decir que el concepto de competencia es utilizado en el campo del derecho y la economía como opuesto al "monopolio", esto es, el poder del mercado en un producto y territorio determinado recae sobre una sola persona (o algunas pocas en cuyo caso se constituiría un "oligopolio").

En síntesis, lo que se procura evitar es el poder discrecional que tiene un monopolio sobre los precios y la producción, lo que se procura es que estos sean el resultado de libre juego de la oferta y de la demanda.

Algunos de los elementos identificados para la doctrina como demostrativos de un mercado competitivo son los siguientes⁸:

Número e importancia relativa de los distintos competidores;

Oportunidad de acceso al mercado;

Independencia de los competidores;

Existencia de prácticas depredatorias;

Tasa de crecimiento del mercado;

⁸ CARBAJALES, Mirian O; MARCHESISNI, Dardo, Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia, AD-HOC Vilella Editor Buenos Aires, marzo de 2.002.

Incentivos para adoptar conductas competitivas;

Igualación y regulación de precios;

Diferenciación y homogeneidad de productos;

Diferenciación de precios.

Según Fikentscher⁹, la competencia es: "la tendencia autónoma de oferentes y demandantes (competidores), que se influyen recíprocamente en el proceso económico, a la celebración de contratos con terceros (clientes o proveedores) mediante la puesta en práctica de las condiciones negociales que se muestren más favorables".

En la doctrina moderna, y especialmente en la europea, ya no se habla de libre competencia o competencia perfecta (lo cual parece haber acuerdo unánime sobre su imposibilidad), sino de workable competition (competencia efectiva o practicable). Esta nueva concepción, evaluando las características de la economía moderna y el cambio de los sistemas productivos, persigue demostrar que la competencia no se da tanto por el número de competidores existentes en un mercado determinado sino por el hecho de no obstaculizar la entrada de nuevos competidores.

Bajo las conductas sancionadas es el de la independencia de los distintos oferentes y demandantes en el mercado, desde el punto de vista opuesto la

⁹ CARBAJALES, Mirian O; MARCHEISNI, Dardo, Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia, AD-HOC Vilela Editor Buenos Aires, marzo de 2.002.

doctrina no cree que existe per se una estructura de mercado anticompetitiva, es decir, que aún una situación monopólica puede ser compatible con la competencia.

Según Christiensen¹⁰, el objetivo de una Ley antimonopolio es la eficiencia económica, originalmente, estaba dada por una multitud de pequeñas o medianas empresas concurriendo en un mercado, pero que actualmente dicha situación ha cambiado y la competencia debe tener en cuenta otros aspectos.

En definitiva La competencia es una situación en la cual varios operantes en un mercado tratan de ganar cuotas de mercado, es decir, (tratan de ganar los favores de los consumidores), con precios más atractivos, mejor calidad y servicio de venta y posventa, etc. Pero esta situación es muy inestable: cuando uno de los competidores gana y está en posición de eliminar a sus competidores, pierde el deseo de ser atractivo para sus consumidores. A medida que "el ganador " toma una "posición dominante", puede llegar a su "abuso", es decir, que puede actuar sin preocuparse de las reacciones (baja precios, baja el incremento en calidad) de sus rivales y que se acerca a una situación de monopolio (suministrador exclusivo) desaparece la "competencia".

Con estas definiciones y conceptos, lo que se pretende señalar es que una estructura monopólica o de concentración económica no sólo "no es por sí misma"

¹⁰ CARBAJALES, Mirian O; MARCHESISNI, Dardo, Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia, AD-HOC Vilella Editor Buenos Aires, marzo de 2.002.

violatoria de la competencia sino que puede ser compatible con la eficiencia económica y el interés económico general.

2.2. Bien Jurídico protegido.

El bien jurídico que protege el derecho a la competencia es el "interés económico general" (la competencia es un instrumento para lograr aquel) concepto mucho más amplio y genético que el de libre competencia o concurrencia y, que el concepto de "eficiencia económica", por ello se torna muy importante, al momento de evaluar una conducta que parece, es anticompetitiva sí, aún así, causa un beneficio al interés económico de toda la comunidad.

El interés económico general como bien jurídico protegido, tiene una definición muy amplia, ya que según Holmes¹¹, "no hay una regla definida para este concepto y se toman en cuenta todas las circunstancias" estas incluyen el intento y el propósito al adoptar la restricción, la estructura y condiciones competitivas de la industria, la presencia de barreras a la entrada de nuevos competidores, y también las justificaciones para la restricción, como eficiencias obtenidas, protección de los clientes y la inducción de fidelidad del distribuidor.

De lo expuesto se puede observar que el primero en ser analizado es el mercado y en que medida las conductas analizadas lo afectan, luego las ventajas

competitivas que pueden surgir de las conductas analizadas (a pesar de restringir al mercado). En este sentido, los famosos contratos de distribución o aprovisionamiento (franquicias), si bien, en general, restringen la competencia, al mismo tiempo estimulan la misma.

También existen justificaciones a modo de excepción de otro tipo, aquí entran a jugar otros objetivos que pretende proteger subsidiariamente la legislación de defensa de la competencia (o antimonopolio en la terminología norteamericana) como las pequeñas empresas o economías regionales, la preservación de las instituciones democráticas, institucionales y sociales el progreso de la industria, etc.

En este sentido, la preocupación de Otaegui¹² a partir del caso YPF¹³, donde la comisión nacional de defensa de la competencia de Argentina, cambió su tradicional criterio de identificar al "interés económico general" con el "correcto funcionamiento del mercado" expresado claramente en la exposición de motivos de la Ley, identificándolo ahora con el concepto de eficiencia económica.

En el citado caso, la empresa fue condenada a pagar una multa de casi 110 millones de pesos por haber reducido el abastecimiento de gas al mercado local; por haber exportado al exterior lo que pudo haber ofrecido en el mercado local, lo cual provocó que el precio cobrado localmente fuera más elevado que si la

¹¹ HOLMES, William C: Antitrust Law Handbook, citado por Otamendi

¹² El interés general y la eficiencia económica

exportación no se hubiera producido, en su dictamen el Consejo Nacional de Defensa de la Competencia explica como funciona el mercado de competencia perfecta y como se determina el precio de equilibrio, en este sentido manifiesta lo siguiente:

"Con el precio de equilibrio se maximiza el bienestar social y cualquier alejamiento del mismo producirá una caída en el bienestar social neto".

El dictamen también asume que una empresa con posición de dominio cobrará un mayor precio para luego afirmar que:

"La existencia de una empresa con posición de dominio implica una pérdida de bienestar social, puesto que la misma implica un alejamiento de la cantidad comercializada en el equilibrio competitivo..."

Y concluye:

"Esta disminución de bienestar social es precisamente el hecho al que la Ley se refiere

¹³ "CNDC c/YPF", dictamen del 19/3/1999.

cuando penaliza las conductas que impliquen un daño al interés económico general... el concepto de daño al interés económico general, entendido como la eficiencia económica, se refiere a aquellas circunstancias en las que la acción anticompetitiva o abusiva resulta en una menor cantidad comercializada que la correspondiente al equilibrio competitivo del mercado en cuestión."

Antes de este resonado caso, el Consejo Nacional de Defensa de la Competencia ya había emitido un documento¹⁴ donde se dice que el concepto de interés económico general es un concepto vago y difícil de definir desde el punto de vista jurídico pero, desde el punto de vista económico, resulta posible a través del empleo de los conceptos de "excedentes del consumidor", "excedente del productor", "excedente total" y "función de bienestar social".

Los términos económicos mencionados en el párrafo anterior, traslucen sin lugar a duda un criterio absolutamente "economicista" como lo reconocen las mismas consideraciones del Consejo Nacional de Defensa de la Competencia Argentino en la interpretación de la Ley sin considerar otros aspectos no menos importantes, entre ellos, basta decir solo que es muy difícil, sino imposible, saber cual es el precio de equilibrio puesto que el mercado de competencia perfecta no existe, por

¹⁴ "Breve análisis económico de la Ley argentina de Defensa de la Competencia". Serie documentos, año 1, No. 1, p.4.

este motivo, las decisiones del Consejo Nacional de Defensa de la Competencia en este aspecto guardarán siempre una gran dosis de arbitrariedad.

En el mismo sentido parece expresarse Guillermo Cabanellas¹⁵, cuando dice que: "... no sería conveniente en efecto, que la interpretación de un concepto tan profundamente ligados a las concepciones económicas en vigor, fuera realizado totalmente de espaldas a las autoridades políticas existentes, de allí que la explicación participen, junto con éstas, un organismo administrativo relativamente independiente y estable, y el poder judicial".

Por otra parte, continua diciendo el mismo autor, la flexibilidad del concepto del interés económico general sufre las limitaciones que surgen de la valoración que dicha Ley efectúa de ciertos hechos económicos, ese cuerpo normativo no puede ser aplicado en contra de tales valoraciones sin caer en un interpretación contra Legem, y agrega más adelante (y he aquí lo que queremos resaltar de lo expuesto por el citado autor puesto que en principio pareciera una diferencia con la opinión sentada precedentemente), que: "...la legislación argentina se diferencia de la estadounidense, la cual está dirigida al logro de metas que exceden de las puramente vinculadas al sistema económico, en consecuencia, aspectos tales como el impacto político de determinado acuerdo entre productores o su influencia sobre las relaciones, son totalmente ajenos a la Defensa de la Competencia", lo que no implica de que el interés general deba entenderse en un sentido puramente dirigido a la mayor producción de bienes y servicios.

Respecto de la voz "general", utilizada para calificar al interés económico, no debe entenderse que la misma hace necesario que un acto tenga un impacto sustancial sobre toda la economía del país, para que resulte prohibida, su sentido es que los efectos de las conductas anticompetitivas deben evaluarse no con relación a un aspecto aislado del sistema productivo, sino considerando en conjunto las consecuencias de estas conductas sobre los valores económicos reconocido con la comunidad.

Necesario y oportuno, es distinguir entre el concepto de competencia y "monopolio", este , es aquel sobre el cual gira la legislación norteamericana, mientras que aquel es más bien el que ha gobernado la legislación europea, el concepto de competencia es más amplio que el de monopolio, y que éste, como también lo dice la Ley, no debe atacarse en sí mismo, sino en la medida que cause perjuicio a la comunidad, en síntesis, el monopolio no es malo en sí mismo, sino una de las tantas formas de competencia a que puede dar lugar el libre mercado.

Adentrándonos un poco más en el concepto mismo de monopolio respecto de él, nos dice el doctor Aftalión citando la jurisprudencia en la materia¹⁵, que según el diccionario de la Real Academia Española el monopolio es un "aprovechamiento

¹⁵ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo; ob, cit.

¹⁶ En su obra monopolios y sociedades multinacionales, el doctor Aftalión transcribe un meduloso y analizado caso, "Gilumer, S.A y otros de la Cámara en lo penal económico de la Capital (LL, 20/1/1969) cobn el voto de los jueces Romero y Echegaray.

exclusivo de alguna industria o comercio, bien provenga de un privilegio, bien de otra causa cualquiera o convenio hecho entre los mercados de vender los géneros a un determinado precio".

Por su parte, la palabra reveladora del verbo "monopolizar" significa "adquirir, usurpar o atribuirse uno o el exclusivo aprovechamiento de una industria, facultad o negocio".

Sobre este concepto, es absolutamente necesario, para declarar la existencia del delito del monopolio, que concurren los dos elementos que lo integran conforme a la definición legal: acción monopolista y lucro.

En este sentido, lo reprimido no es el aumento de los precios de venta, sino los actos que incrementa las ganancias sin responder al capital invertido y sin importar progreso técnico ni económico, se ha dicho, así mismo que no existe monopolio si los convenios no se han propuesto dividir el mercado, controlar los precios, unificar empresas y suprimir la competencia.

Otros criterios han expuesto que no basta la existencia de un convenio económico para afirmar que se ha establecido un monopolio y que se lucre con él la Ley, quiere la competencia sin restricciones y exige que el productor maneje su negocio independientemente sin arreglos entre sus competidores.

Así también, se ha dicho que el delito derivado del monopolio es formal o material

según los casos allí contemplados y sus elementos tipificantes lo constituyen: a) acto que dificulte o tienda dificultar a otras personas físicas o ideales; b) la libre concurrencia; c) en uno o más ramos del comercio, industria o transporte.

Para que exista violación a la Ley antimonopolio es menester que los actos de monopolio tengan por objeto aumentar "arbitrariamente" las ganancias, basta la realización de actos pendientes al establecimiento de un monopolio con fines de lucro, aunque en definitiva no se llegue a su constitución, para que esa conducta pueda ser incriminada como violatoria a la Ley antimonopolio, el titular portador del derecho violado en los procesos antimonopólicos no es el público consumidor, sino él o los comerciantes impedidos de concurrir libremente al mercado interno o externo por la acción de los monopolios.

La figura del monopolio tiene dos consecuencias; a) la de los que sin importar un progreso técnico, ni un progreso económico aumenten arbitrariamente las propias ganancias sin proporción con el capital empleado; b) y la de aquellos actos que dificulten, o se dificultan a otras personas naturales o jurídicas la libre concurrencia en la producción y en comercio interno o exterior.

De los conceptos expuestos por la jurisprudencia internacional surge otra duda razonable, cual es la de que entender por "lucro o ganancia excesiva" puesto que parece ser un elemento decisivo para que un monopolio sea sancionado por la Ley, a este respecto, en diversos casos los jueces se preguntan: ¿si ha de ser una ganancia o provecho que se saca de una cosa o bien una ganancia o utilidad

que se regula por la que podría producir el dinero en el tiempo que ha estado dado en empréstito o mutuo...?, evidentemente no, este sería el beneficio lógico normal, perseguido por cualquier comerciante, por el contrario el lucro presumido por la Ley, ha de ser una ganancia "exorbitante", en cuanto a su monto, "injustificada", en cuanto a su forma de obtención "ilegítima", en cuanto proviene de procederes reñidos con primarios preceptos legales "desproporcionada", teniendo en cuenta la norma y aceptable rentabilidad de un capital invertido, y el esfuerzo cumplido; "anómala" por cuanto no constituye un resultado equivalente a la labor cumplida en iguales condiciones con similares medios; por último "inaceptable", pues quienes han tenido el derecho de actuar libremente y no sufrir tropiezo directo o mediato en el ejercicio de su derecho de trabajar, garantizado por la Constitución.

En síntesis, un antecedente negativo es el hecho de que el Organismo Regulador, intervenga en las decisiones de las empresas evaluando sus costos y precios y sugiriendo (u ordenando) cual deba ser "el precio justo" o de "equilibrio", el interés económico general es un concepto mucho más amplio que el de eficiencia económica, es más forma parte del concepto "bien común" sin embargo, esto no debe confundir a los futuros intérpretes de modo de convertir a la Ley de Defensa de la Competencia en un instrumento con finalidades políticas o ajenas a su ámbito

Al respecto se debe tener en cuenta que el interés económico general no se limita a un grupo de personas ni a un sector aislado de la población.

Sobre el bien jurídico protegido, la Ley antimonopolio de Argentina, protege el inalienable derecho a comercializar libremente, impulsando la eficiencia y la equidad de las actividades económicas públicas o privadas en el marco de la economía social de mercado, protección por la cual la Ley es reglamentaria al tener por objeto el efectivizar el pleno goce de dichos derechos por conducto de la represión de toda maniobra que dificulte las actividades competitivas.

2.3. Restricción del Comercio.

La competencia se impide con su eliminación total pero se restringe o limita cuando no se elimina totalmente sino sólo en cuanto a ciertos aspectos de la competencia además, es importante recordar que el mercado de competencia perfecta no existe sino que es más bien una dirección, un objetivo alcanzar, un movimiento tendencial.

El término restringir es lo suficientemente amplio para incluir tanto la restricción como la limitación cuantitativa, al decir el doctor Jorge Otamendi: "...hubiera sido mejor adoptar el término utilizado por la Sherman Act, de los Estados Unidos que castiga todo contrato, combinación o conspiración o restricción del intercambio o comercio".

2.4. Protección de la Competencia no a los Competidores.

Los recursos en toda sociedad humana son limitados, pero su demanda no, es por este motivo que se torna necesario proteger a la libre competencia y no a los competidores, en este sentido, la Corte Suprema Norteamericana en el caso "Brunswick Corp. vs Pueblo Bowl-O-Mat", referente a la fusión de compañías, la aplicación de la Clayton Act y la demostración del "daño", ha sostenido que:

"Notando que el daño alegado por la autora (la pérdida de ganancia) no tenía relación con la medida ya de la compañía adquirente o de sus competidores y que la misma autora hubiera sufrido las mismas pérdidas (pero no un daño compensable) si los centros (negocios) adquiridos en su lugar, obtuvieran refinanciación o fueran adquiridos por un "monto ridículo" y por que las Leyes antimonopolio fueron promulgadas para la protección de la competencia y no de los competidores, esta Corte concluye que el daño del autor fue debido a un incremento de la competencia y no el tipo de acto que prohíbe la Ley".

En un mercado libre se producirán los bienes que la gente demanda realmente y serán estos bienes los que más rápido se expandan y al aumentar la demanda aumentarán también sus precios y esto atraerá a nuevos competidores que

volverán sus precios a su punto de equilibrio en la medida en que no existan trabas de acceso al mercado, promoviendo una competencia que, en última instancia beneficiará a los consumidores.

La competencia también opera del lado de la demanda, no solo de los productores, esto es que si el costo de un producto aumenta, los consumidores cambiarán a un producto sustituto, las ganancias de un monopolista solo pueden resultar si existen barreras de entrada al mercado de nuevos competidores e inexistencia de productos sustitutos.

No obstante, el período para que los nuevos competidores se instalen, es más largo el que las empresas existentes tienen para consolidar su poder de mercado y obtener ganancias abusivas o excesivas, lo que es importante tener en cuenta es que solo el mercado puede asignar con eficiencias los bienes escasos.

3. Importancia de una buena política de Defensa de la Competencia.

Ante el notable proceso de cambio que se observa a nivel mundial, cualquier iniciativa para establecer y aplicar normas de competencia se enfrenta con los límites impuestos por las fronteras nacionales. Grandes potencias comerciales incluida la Comunidad Andina de Naciones (CAN) -excepto Ecuador y Bolivia- cuenta con normas de competencia, y las aplica con bastante éxito cuando las

prácticas anticompetitivas afectan sus propios mercados.

De allí, la necesidad de que los países en vías de desarrollo como el nuestro tengan la capacidad de actuar eficientemente al respecto. Ello implica por un lado, la adopción de una Ley Orgánica de competencia y la designación de una autoridad (Consejo Ecuatoriano de Competencia). Y, por otro lado, que esta autoridad tenga los medios suficientes para asegurar sus investigaciones y aplicar sus decisiones, lo cual no es siempre tarea fácil en ausencia de normas tanto nacionales como internacionales de complemento obligatorio.

La competencia es una obligación en la cual varios operantes en un mercado tratan de ganar cuotas de mercado es decir, (tratan de ganar los favores de los consumidores), con precios más atractivos, mejor calidad, servicio de venta y postventa, etc. . Pero esta situación es muy inestable: cuando uno de los agentes económicos gana y está en posición de ganar a sus competidores, pierde el deseo de ser atractivo para sus consumidores. A medida que "el ganador" toma una "posición dominante", puede llegar a su "abuso", es decir, que puede actuar sin preocuparse de las reacciones (baja precios, baja el incremento en la calidad, etc.) de sus rivales y que se acerca a una situación de monopolio (suministrador exclusivo) desaparece la "competencia".

Por estas razones, el libre mercado no es suficiente para asegurar la sobrevivencia de la competencia, por eso, se necesita una política consciente de la competencia por parte del Estado, es decir que el Estado, con la adopción y la

aplicación de una Ley Orgánica de Competencia, y el establecimiento de una autoridad de competencia, venga a velar por la defensa y la promoción de la competencia en nuestro país.

Algunos países en vías de desarrollo como el Ecuador se niegan a aceptar un sistema multilateral del comercio basado en normas establecidas en gran parte por expertos de países desarrollados, especialmente por socios comerciales más poderosos cuyo objetivo principal es de salvaguardar sus intereses y de abrir mercados para sus empresas.

Lograr el desarrollo constituye un proceso especialmente delicado ya que deben conciliarse dos realidades contradictorias. Por un lado, el hecho de que sin la presión de la competencia resulta difícil (o casi imposible) alcanzar sectores autosuficientes, de alta rentabilidad y que alcancen niveles de competitividad a nivel internacional. Por otro lado, las economías de escala requieren por lo general, empresas de gran dimensión para ser capaces de competir efectivamente en mercados mundiales. Los países pequeños y en desarrollo, con mercados internos de bajo poder adquisitivo como el Ecuador no son los más propicios para que generen economías de escala. Esta desventaja es generalmente mencionada por todos los que consideran que solo los monopolios permitirán a las empresas de los países en desarrollo tener posibilidades de lograr la masa crítica necesaria y alcanzar economías de escala que les permitan hacer frente a los competidores extranjeros.

La evidencia empírica ha demostrado que tales afirmaciones son erradas ya que la desprotección total de la competencia - esto es mantener los monopolios - da lugar a empresas ineficientes, incapaces de mantener la competencia y deseosas de beneficiarse de las rentas monopólicas para unos pocos, toda vez que impiden que los escasos recursos de las economías menos avanzadas sean asignados en forma óptima entre las necesidades de la sociedad y por ende, que beneficien al desarrollo socio-económico de toda la población.

Con frecuencia los sectores protegidos son precisamente la infraestructura básica de la economía que en la realidad deberían representar los sectores más efectivos en virtud de su efecto de propagación en el desarrollo del resto de la economía.

Si como consecuencia de la protección monopolística, los servicios esenciales tales como, electricidad, telecomunicaciones, transporte, banca y la industria de seguros son ineficientes y retrasados como es el caso ecuatoriano, el resto de la economía que depende de estos servicios para desarrollarse, permanecerán también siendo poco desarrollados y penalizados (vía competitividad) frente a competidores extranjeros que no sufren de tales ineficiencias.

Existe sin embargo casos en los que la apertura llevada a cabo de forma radical, de la industria local a la competencia, especialmente a la competencia extranjera, conlleva a erradicar a los productos locales. Esto sucede cuando los productores locales han estado alejados de la competencia por muchos años (no son competitivos) y no pueden enfrentarla en forma repentina, con el fin de evitar esto,

se requiere de un período transitorio.

De ahí la necesidad de un cierto grado de flexibilidad en relación con las reformas económicas requeridas, especialmente, en el caso de los países menos avanzados como es el caso de nuestro país, lo cual posiblemente implique un mayor grado de intervención estatal para hacer frente a las necesidades inmediatas y a las situaciones urgentes. Además conviene tener en cuenta las cada vez más frecuentes deficiencias de mercado encontradas en nuestro país.

Así mismo la baja formación de capital y las tasas de interés elevadas que se encuentran generalmente en los países como el nuestro reducen las oportunidades de negocios y puede registrarse una ausencia de empresarios inclusive donde las oportunidades de negocio podrían existir en países más avanzados.

En virtud de las considerables dificultades para que el gobierno ajuste la economía, logrando la mejor combinación de competencia y donde se requiera de apoyo gubernamental, se considera que el país tenga la posibilidad de como desee conducir su desarrollo económico. En particular, deberá decidir que mercados proteger de la competencia externa a gran escala y definir cuales y cuando podrían ser sometidos gradualmente a fuerzas competitivas. Sin embargo, en virtud de la abundancia de deficiencias de mercado en el país, es un error pensar que este tipo de legislación es un lujo que solamente tiene sentido en el caso de economías avanzadas.

Aún cuando la competencia a nivel nacional se considera una necesidad, este tipo de legislación no resulta siempre suficiente para abordar todos los tipos de prácticas anticompetitivas, particularmente si tales prácticas son originadas en el exterior del país y traen consigo efectos dentro de la frontera nacional.

Así mismo se considera difícil aplicar una decisión o imponer una multa si los activos se mantienen en el exterior o si existen conflictos de jurisdicción con el país de donde provienen estas empresas y/o si el Gobierno ejerce presión. Por eso, se contempla dentro de este tipo de normativa la posibilidad de cooperar con otros países en la aplicación de políticas de competencia, siempre y cuando el país cuente con una normativa marco o por lo menos básica.

CAPITULO II

ASPECTOS JURIDICOS DE LA COMPETENCIA EN EL ECUADOR

4. Política de competencia

La política de competencia se dirige a la optimización de los mercados competitivos, en este sentido, se sostiene que la competencia asegura que los recursos se distribuyan en la dirección que los consumidores prefieren en virtud de su beneficio, es por esto que los vendedores permanecen bajo la presión de mantener sus costos lo más bajos posibles al adoptar las mejores tecnologías y formas organizacionales, que la inversión en capital físico, humano, desarrollo e investigación se realiza con el fin de adaptar la capacidad productiva a las cambiantes preferencias del consumidor, sin embargo y pese a lo establecido anteriormente se sugiere en ocasiones que la política de competencia promueve el crecimiento de pequeñas y medianas industrias.

En este sentido la política de competencia, entraña un postulado básico que es el de la rivalidad entre agentes económicos, pues dicha rivalidad produce resultados mas eficientes que los métodos de control de mercado, es por esto que una la Ley de Competencia se debe diseñar principalmente para eliminar conductas que limiten el grado de rivalidad entre los actores del mercado que se encuentren

presentes, y controlar de esta forma las acciones que resulten en una disminución del número de competidores, pues a mayor número de éstos, mejor será la calidad de los servicios que se presten.

Una Ley de Competencia debe estar diseñada para preservar el proceso competitivo, pero no pretende controlar los resultados de tal proceso, en este sentido una Ley de Competencia sirve para proteger la competencia existente o la que esta a punto de aparecer, la autoridad de competencia establecida para el efecto, no pondrá impedimentos a un productor que se encuentra ya en el mercado para permitir que un productor en cierto sentido más débil o nuevo en el mercado prospere, pero si castigará la conducta abusiva del poderoso que tiende a evitar la entrada del nuevo competidor.

Una autoridad de competencia no debería buscar arreglos que requieran de supervisión constante o frecuente, su objetivo principal debería ser establecer o reinstalar una situación en donde el mercado pueda funcionar competitivamente con un mínimo de intervención o supervisión. Los procedimientos que se siguen generalmente son sujetos de reglas estrictas, específicamente estas reglas obligan a la agencia controladora a cargar el peso de probar que la conducta que pretende eliminar perjudica la competencia a un grado inaceptable, es por esto que los organismos encargados de realizar la investigación y acusar bajo el amparo de la Ley de Competencia, son a menudo - pero no siempre - independientes de la autoridad responsable de tomar una decisión y expedir fallos.

En consecuencia en un ambiente de competencia, algunas empresas se desarrollaran, mientras que otras desaparecerán, lo que suceda a continuación no es de incumbencia de las autoridades de competencia.

5. Pilares de una Ley de Competencia

Las leyes de competencia se sustentan en tres pilares, el primero es el control de las prácticas colusorias, generalmente denominadas carteles, la cual consiste en diversas formas de arreglo bajo las cuales empresas de diferentes propietarios se ponen de acuerdo para no competir entre ellas, es decir acuerdos para eliminar la competencia dentro de los miembros el mismo grupo.

El segundo pilar es dirigido hacia el control del monopolio y hace referencia al control del abuso de dominio, el abuso implica acciones por parte del vendedor que tiene gran control del mercado diseñadas para eliminar a uno o más competidores del mercado o impedir que puedan ofrecer competencia efectiva.

Y el otro elemento clave de la Ley de Competencia es el control de las fusiones y adquisiciones que disminuyen el número de rivales de un mercado de tal forma que la competencia se reduce significativamente.

5.1. Prácticas Colusorias o Carteles

Los acuerdos para fijar precios, limitar la producción, dividir el mercado en esferas exclusivas de influencia, distribuir clientes a vendedores, boicotear o excluir del mercado a empresas que se niegan a acatar las normas de precios de la industria, son consideradas prácticas colusorias y por lo tanto tienen el carácter de conductas anticompetitivas a tal grado que en algunas jurisdicciones son prohibidas, por el simple hecho de probar que sucedieron, es importante dejar claro que las prohibiciones se aplican a acuerdos cuyo objetivo o efecto es disminuir la competencia a un nivel mas bajo que el que habría de no existir un acuerdo.

Sin embargo y en otras jurisdicciones como la de Canadá, las cortes deben probar más allá de cualquier duda que un acuerdo es excesivamente restrictivo frente a la competencia, independientemente del tipo de acuerdo.

Para considerar una disminución considerable de la competencia, es importante tener en cuenta que ésta solo puede darse si las partes que establecen un acuerdo cuentan con una parte muy importante del mercado, sin embargo una excepción a esta regla se presenta en el caso de un acuerdo entre las partes para que alguna de ellas no se presente a la licitación o que se presente bajo condiciones que se han acordado entre ellas, las partes que se involucren en este tipo de acuerdos son declaradas culpables de un delito que puede ser juzgado sin importar si se puede probar o no la existencia de un efecto sobre la competencia.

Las empresas pueden adoptar estas prácticas ya sea individualmente o como

grupo, la cual facilita la colusión o hace que esta sea más efectiva, este tipo de prácticas son consideradas como dispositivos facilitadores, en el sentido de buscar una correlación entre las empresas, valiéndose para el efecto del intercambio de información, probablemente dentro de una asociación gremial, dichos arreglos facilitan verificar si las partes que actuaron en colusión están respetando su acuerdo.

Los acuerdos formales entre empresas son inusuales, por lo que la autoridad de competencia debería tenerlo muy en cuenta, pues el análisis de los acuerdos así como de las prácticas facilitadoras podría ser crucial para determinar si existe o no un acuerdo colusorio, sin embargo dentro del proceso y respetando el principio constitucional de la legítima defensa, las partes acusadas de incurrir en este tipo de conductas deben tener la oportunidad de presentar las pruebas que sean necesarias para justificar que los factores facilitadores así como los acuerdos tienen una justificación válida dentro del negocio que son en realidad pro-competitivas y por lo tanto no afectan a la competencia.

El comportamiento de las Asociaciones Profesionales, con respecto a este tema es de interés particular, estas asociaciones tienen un objetivo legítimo que generalmente tiene relación con la protección al consumidor, pues a menudo las asociaciones exigen que los miembros que ofrecen servicios cumplan con una calificación mínima y/o que los servicios que se ofrecen sean brindados bajo condiciones que garanticen una calidad mínima, sin embargo dichas asociaciones pueden servir también como un vehículo para restringir la competencia, por

ejemplo en el caso cuando se sugieren precios mínimos o se establecen cierto tipo de estandar.

Sin embargo en cierto tipo de circunstancias los acuerdos son absolutamente necesarios para permitir que el mercado funcione funciones apropiadamente, en estos casos la Ley podría establecer excenciones específicas.

5.2. Fusiones

Las empresas se fusionan por varios motivos, algunas intentan racionalizar sus actividades al combinar fuerzas para alcanzar economías de escala, otras están motivadas por el deseo de crecer de alcanzar nuevos mercados y algunas veces incluso implementar nuevas tecnologías. Desde este punto de vista este tipo de uniones no causa ningún problema al contrario en ciertas ocasiones estimula la competencia.

Las fusiones que generan preocupación son aquellas en que la empresa fusionada resulta de la combinación de dos empresas que antes competían entre sí, ya que ocasionan que queden muy pocas empresas independientes en el mercado.

Es por esto que resulta necesario, clasificar a las fusiones tanto en horizontales, como verticales.

Las Fusiones Horizontales, son aquellas que se llevan a cabo entre dos o más empresas que son competidoras reales o potenciales, es decir las empresas que pueden tener la misma cartera de clientes. '

Este tipo de fusiones pueden afectar la competencia de dos maneras distintas, la empresa fusionada, puede ser tan grande, que podrá actuar unilateralmente, aumentando los precios por sí sola, sin preocuparse por los precios mas bajos de la competencia restante, podría también reducir la competencia al facilitar que las firmas que queden en el mercado coordinen su comportamiento para reducir la competencia.

Las Fusiones Verticales, se dan entre empresas en diferentes niveles de la cadena de producción, es decir entre empresas que podrían mantener una relación de comprador o vendedor.

A primera vista es menos probable que las fusiones verticales, reduzcan la competencia porque no resultan en una reducción inmediata del número de competidores, a menudo este tipo de fusiones son beneficiosas, para ambas empresas ya que facilitan ciertos tipos de inversión a largo plazo y permiten ciertas formas de ingreso.

Sin embargo, hay circunstancias que se observan dentro de economías en desarrollo, en donde las fusiones verticales pueden perjudicar la competencia, en

el momento en el que una empresa puede verse en la necesidad de firmar contratos con mayoristas o minoristas para ingresar al mercado, si el actor predominante del mercado se fusiona con los proveedores de insumos de importancia crítica, podría negar el acceso a estos productos o servicios a potenciales competidores y por tanto evitar la competencia.

En mercados pequeños como en el Ecuador, por lo general el grado de concentración es muy alto, esto se debe al hecho de que se pretende fomentar al desarrollo de empresas que sean suficientemente grandes que abastezcan el mercado local a un precio bajo, en cierta medida un tamaño importante es necesario para permitir a las empresa locales mantener un nivel de competencia con mercados internacionales.

Con esto se puede decir que las fusiones en cierto nivel mejoran la competencia, es por eso que en algunos sectores económicos, como el anglosajon, prevé y justifica las fusiones con la figura de la "defensa de eficiencia", dicho incremento o defensa de la eficiencia puede consistir en ahorros en costos debido a las economías de escala o se alcance.

El incremento de eficiencia por si solo, constituye una condición necesaria pero no suficiente para permitir una fusión, en este sentido se presenta una teoría seguida por Estados Unidos, el "estándar de precios", es decir que al momento de llevar en a cabo la fusión, quienes lo hayan hecho, deberán probar que los precios al consumidor no aumentarán debido a esa fusión, la ventaja de este estándar es su

simplicidad, pues lo único que se debe probar en este caso es que el precio probablemente aumentará.

Sin embargo y pese al estándar de precios, existe otro tipo de estándar relacionado con el bienestar, aplicado en la práctica por Canadá, aceptando cualquier fusión que resulte en la consecución de mejoras de eficiencia, esto quiere decir que las pérdidas que sufra el consumidor como consecuencia de la fusión puede ser compensada por los beneficios de otros agentes económicos.

5.3. Abuso del predominio

El abuso de predominio no requiere de un acuerdo, a diferencia de la colusión, ésta puede ser unilateral, es por esto que debe observarse que lo que hace que una conducta sea abusiva es su objetivo de reducir la competencia al expulsar a competidores del mercado, reduciendo su capacidad de competencia o previniendo la entrada de nuevos competidores, dicha conducta podría ser llevada a cabo por una empresa o por un grupo de empresas que actúen en conjunto, la conducta abusiva no puede ser rentable a menos que logre perjudicar a una tercera parte.

Es importante señalar que la incapacidad de una empresa de mantener la rivalidad frente a un actor predominante no es un síntoma de abuso, simplemente podría indicar que la empresa no pudo mantenerse al nivel que exige el mercado, de

hecho la salida de empresas ineficientes y la disminución de industrias anticuadas es una condición necesaria dentro de una economía dinámica y que se adapta a los cambios.

En la práctica la diferencia en si la empresa X, mejora la calidad de sus productos o servicios manteniendo su precio, como resultado de esto. Consigue ganancias en perjuicio de sus rivales, esto es pro-competitivo, y mejora la competencia, ahora bien y una política diferente sería que la empresa X en el mismo marco de competencia, compre todos los insumos disponibles que su competidor la empresa Y, necesita para producir un producto de calidad, también incrementará la porción del mercado de X en perjuicio de Y, no obstante esto es anticompetitivo, ya que la empresa X no puede beneficiarse de esta estrategia a menos que logre perjudicar a la empresa Y.

La noción de abuso no requiere que se establezca un fraude o un propósito anticompetitivo, sino simplemente un efecto real o posible, por lo que no se deberían tomar medidas preventivas y correctivas cuando las prácticas no tengan incidencia sobre la competencia en ningún mercado, incluso cuando afecten negativamente a los intereses de los competidores.

6. Competencia desleal.

Las Leyes de competencia desleal están principalmente opuestas por faltas que

ocasionan un perjuicio económico tanto a consumidores como a negocios, mediante el abuso de prácticas comerciales engañosas o mal intencionadas, la competencia desleal no se refiere a daños económicos provenientes del poder del monopolio.

Las Leyes de competencia desleal no son un sustituto para una Ley que proteja la competencia, estas la complementan básicamente en dos formas:

1. Prohibiendo prácticas comerciales que se aprovechan del hecho de que los consumidores se encuentran mal informados a cerca de determinados productos, o acerca de los proveedores de determinados productos o servicio.
2. Prohibiendo prácticas que perjudiquen a los competidores, o que impidan el funcionamiento de una economía de mercado a pesar de no tener un impacto en la competencia.

Lo que se considera como un acto desleal tiende a variar de acuerdo al contexto del negocio, al acto en cuestión que se esté examinando y a los hechos de cada caso individual. Es importante tener en cuenta que de acuerdo a las Leyes colombianas la competencia desleal ha sido definida como "cualquier acción llevada a cabo en el mercado con el fin de competir, que resulte contraria a las prácticas comerciales correctas, al principio comercial de la buena fe y a las prácticas con éstas en lo referente a asuntos comerciales e industriales; o que tuviese la intención de influenciar o de hecho, influenciar el poder de libre decisión

del comprador o consumidor o la operación competitiva del mercado.

Un acto de competencia desleal podría incluir específicamente, cualquier conducta que tenga una influencia negativa en los consumidores con respecto a otros competidores; que inflencie negativamente el funcionamiento interno de una empresa; que cree confusión que engañe al público, ya sea por obra u omisión que desacredite a una empresa; que emplee comparaciones engañosas o incorrectas; que imite sistemáticamente las operaciones de un competidor con el fin de interferir su posición en el mercado; que resulte en la adquisición, revelación o explotación de secretos comerciales; o que ocasione un incumplimiento de contrato entre un competidor y sus contratantes.

El aprovechar la reputación de otro competidor, incluyendo "el uso de sus signos distintivos o el uso de denominaciones de origen falso o engañoso" también podría ser considerado un acto de competencia desleal.

Los ejemplos más comunes de competencia desleal son: la violación de una marca registrada, la publicidad falsa, la sustitución no autorizada de una marca de productos por otra, el uso de información confidencia adquirida por antiguos empleados para conseguir clientes, el robo de secretos comerciales, el incumplimiento de una cláusula restrictiva, difamación comercial y la falsa representación de productos o servicios.

Los fines que persigue la ley de competencia, se logran de mejor manera en

países que también cuentan con disposiciones legales en relación con la competencia desleal. En algunos países dichas disposiciones también están incluidas en la Ley de Competencia, y en particular en nuestra legislación existen leyes específicas dirigidas a la protección del consumidor (Ley de Defensa al Consumidor), y a la protección de la propiedad intelectual (Ley de Propiedad Intelectual).

Es menester indicar que en el Ecuador las disposiciones con respecto a la competencia desleal se encuentran mencionadas en varias leyes, a pesar de que no se ha identificado ninguna ley específica que trate de la competencia desleal en sí.

6.1. La protección al Consumidor.

Para determinar la participación del consumidor frente a una correcta aplicación de una buena política de defensa de la competencia, es importante tener en cuenta una breve reseña de lo que ha constituido en el Ecuador la defensa del consumidor.

El principal hito legal en la defensa del consumidor constituye el numeral 7 del artículo 23 de la Constitución política del Estado, que puntualiza que se garantiza y reconoce a las personas: "El derecho a disponer de bienes y servicios, públicos y privado, de optima calidad; a elegir con libertad, así como a recibir una formación

adecuada y veraz sobre su contenido y características".

Adicionalmente, el artículo 92 de la Constitución Política del Estado, que trata "de los consumidores" prevé y dejó consagrado en forma general que: "la Ley establecerá los mecanismos de control de calidad, los procedimientos de defensa del consumidor, la reparación e indemnización por deficiencias, daños y mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos no ocasionados por catástrofes, caso fortuito o fuerza mayor, y las sanciones por la violación de estos derechos.

Las personas que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la prestación del servicio, así como por las condiciones del producto que ofrezcan, de acuerdo con la publicidad efectuada y la descripción de su etiqueta. El estado auspiciará la constitución de Asociaciones de Consumidores y usuarios y adoptará medidas para el cumplimiento de sus objetivos.

A su vez el numeral 8 del artículo 244 de la Constitución Política del Estado, agrega que al Estado le corresponde: "proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa, la adulteración de los productos la alteración de pesos y medidas y el cumplimiento de las normas de calidad". Estas previsiones significan que, con la promulgación de la nueva Constitución del Ecuador en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998, se ratifica como una norma constitucional, la defensa del consumidor frente a la

prestación de bienes y servicios.

Complementariamente, es importante señalar que el 12 de septiembre de 1990, durante el gobierno del Doctor Rodrigo Borja Cevallos, se publicó en el Registro Oficial No. 520 la Ley de Defensa del Consumidor y el 19 de febrero de 1991, se publica en el Registro Oficial No. 625, el Reglamento a la Ley de Defensa del Consumidor, cobrando gran significación el rol de los poderes públicos en la protección de los consumidores y usuarios dentro de las situaciones del mercado.

Luego en el Registro Oficial No. 116, de 10 de julio de 2000, se publica la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que deroga la anteriormente citada con todas sus reformas.

Adicionalmente, encontramos que los intereses de los consumidores se precautelan mediante normas contenidas en el Código Penal, en el Código de Salud, y por cierto, en algunas Ordenanzas Municipales.

En lo que respecta a las normas antimonopolio, encontramos que en el numeral 3 del artículo 244 de las Constitución, expresa que dentro del sistema de una economía social del mercado al estado le corresponderá: "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".

El artículo 3 de la Ley de Compañías a su vez, advierte que: " 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 objetivo real y de lícita negociación y de las que tiendan al monopolio de las subsistencias o de algún ramo de cualquier industria mediante prácticas comerciales orientadas a esta finalidad".

Por último, la Ley de Modernización del Estado en su artículo 47 textualmente dice: "MONOPOLIOS. Prohíbese la existencia de monopolios en cualquiera de sus formas y en consecuencia se autoriza a terceros el establecimiento de actividades o a la prestación de servicio de igual o similar naturaleza. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, para el caso de concesiones, licencias o permisos, estas se podrán otorgar en condiciones de exclusividad regulada solo por un período determinado, con la autorización, mediante Decreto Ejecutivo del Presidente de la República o del organismo competente en el caso de gobiernos seccionales".

A estas normas hay que agregar las decisiones 282, 283, 284 y 285 del Acuerdo de Cartagena que se refieren a la franquicia y regulan la libre competencia, evitando distorsiones. Así pues, la Decisión 282, la "Armonización de franquicias arancelarias"; la Decisión 283, contiene las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping o subsidios"; la Decisión 284, presenta las " Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por restricciones a las exportaciones"; y, la Decisión

285, pone a consideración" Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia". Las referidas Decisiones, fueron publicadas en el Suplemento de Registro Oficial No. 682, de 13 de mayo de 1991.

6.1.1. Ambito de aplicación de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor en el Ecuador.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor vigente sobre el tema dice:

"Art 1. Ambito y Objeto. Las disposiciones de la presente Ley son de orden público y de interés social, sus normas por tratarse de una Ley de carácter orgánico, prevalecerán sobre las disposiciones contenidas en leyes ordinarias. En caso de duda con la interpretación de esta Ley, se la aplicará en el sentido más favorable al consumidor.

El objeto de esta Ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre las partes" .

Dicha obligación se relaciona con los intereses de los consumidores dentro del mercado. El ámbito de aplicación territorial es el Ecuador, desde el punto de vista

subjetivo es preciso que para la aplicación de dicha Ley la invoque el consumidor afectado directa o indirectamente, desde el punto de vista objetivo para la aplicación de la Ley es preciso que el acto sea de consumo, sin importar la calidad del bien o servicio.

En este sentido constituye infracción de acuerdo al artículo 6 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, las formas de publicidad engañosa o abusiva, o que induzcan a error en al elección del bien o servicio que puedan afectar los intereses y derechos del consumidor.

Comete infracción a esta Ley el Proveedor que a través de cualquier tipo de mensaje induce al error o engaño en especial cuando se refiere a:

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

(Artículo 7 de la ley Orgánica de Defensa al Consumidor).

La prohibición del Código de Comercio y Civil, conocida como anatocismo, se reitera como infracción en el artículo 47 de la ley Orgánica de Defensa al Consumidor, cuando en la parte que interesa dice: "Se prohíbe el establecimiento y cobro de intereses sobre intereses. El cálculo de los intereses en las compras a crédito debe hacerse exclusivamente sobre el saldo del capital impago. Es decir, que cada vez que se cancele una cuota, el interés debe ser recalculado para evitar que se cobre sobre el total del capital. Lo dispuesto en este artículo incluye a las Instituciones del Sistema Financiero".

La especulación, es una infracción prevista en el artículo 51 de la Ley de materia, que en párrafo primero dice que: "Sin perjuicio de lo que al respecto establecen las normas penales, queda absolutamente prohibida la especulación. Igualmente queda prohibida cualquier otra práctica desleal que tienda o sea causa del alza indiscriminada del precio de bienes y/o servicios".

Condicionar la venta de un bien de compra de otro a la contratación de un servicio, salvo que por disposición legal el consumidor deba cumplir con algún requisito, esta es una infracción restrictiva de la competencia que ese efectúa con una actitud antijurídica de los proveedores tendiente a abusar de su posición para presionar a los compradores o consumidores con el fin de que adquieran en compra un bien o servicio, siempre que lo hagan también de un segundo, pues al no efectuarse la compra del segundo no se lo vende el primero, por ejemplo: le

vendo la leche siempre que compre también el pan, esas infracciones se conocen también en la doctrina como restricciones verticales, porque disminuyen o terminan con las posibilidades de venta de otros competidores. En lo referente a la excepción de la parte final del párrafo anterior, el artículo 50 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor prescribe que las empresas prestadoras de servicios que necesiten de un equipo terminal a través del cual se pueda utilizar el mismo, lo pondrá en conocimiento de los abonados o usuarios, con anticipación a la contratación del servicio al igual que su costo.

Rehusarse atender a los consumidores cuando su stock lo permita, (Numeral 2 del artículo 55 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor), según el Doctor Agustín Grijalva, especialista ecuatoriano, esta infracción puede producirse en una primera hipótesis mediante acuerdos horizontales, esto es como consecuencia del acuerdo entre las empresas para en forma concertada negarse a tratar o negociar a manera de un boicot para no vender a una firma que a su vez proveen otras empresas en el mercado, para precipitar su salida del mercado; una segunda hipótesis constituye la infracción que se consume cuando una empresa abusa de su posición dominante en el mercado al negarse a vender un bien, mercadería o servicio a un comprador, usuario o consumidor¹⁷. (p.p pag 567 Libre Competencia)

Enviar al consumidor cualquier servicio o producto sin que este lo haya solicitado, constituye una práctica abusiva de los proveedores en contra de los consumidores

¹⁷ CEBALLOS VASQUEZ, Víctor, Libre Competencia y Derecho de Consumo, Editorial Jurídica del Ecuador. Primera Edición.

o usuarios, que atenta contra la libertad de elección de bienes o servicios, los mismos que le son enviados por lo proveedores sin ninguna solicitud, considerando que eventualmente estos los pueden requerir en un marco de libre competencia, con las consiguientes ventajas en calidad y precios. En todo caso, la Ley ha previsto que en el evento de que se realice esta práctica, se entenderá como muestras gratis de los bienes y/o servicios.

Aprovecharse dolosamente de la edad, salud, instrucción o capacidad del consumidor, para venderle determinado bien o servicio, en esta práctica prohibida aparece el elemento relativo a la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de las personas enumeradas anteriormente, valiéndose de la posición preponderante de los proveedores con respecto a los consumidores que se encuentran prácticamente en una situación de indefensión o desnivel negocial por las situaciones particulares de edad, salud, instrucción, o capacidad.

Colocar en el mercado productos u ofertar la prestación de servicios que no cumplan con las normas técnicas y de calidad expedidas por los órganos competentes, esta infracción cometida por los proveedores en perjuicio de los consumidores, tiene que ver con la calidad de los bienes o servicios afectado, teniendo en cuenta que, el artículo 64 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor prevé que: "El Instituto Ecuatoriano de Normalización INEN, determinará la lista de bienes o servicios provenientes tanto del sector privado como del sector público que deban someterse al control de calidad y al cumplimiento de las normas técnicas, códigos de práctica, regulaciones, acuerdos,

instructivos o resoluciones. Además, en base a las informaciones de diferentes Ministerios y de otras Instituciones del sector público el INEN elaborará otra lista de productos que se consideren peligrosos para el uso industrial o agrícola para el consumo. Para la importación y/o expendio de dichos bienes, el Ministerio correspondiente, bajo su responsabilidad, extenderá la debida autorización".

Es importante señalar que las normas técnicas dictadas por el INEN, no pueden establecer requisitos ni características que las establecidas en los estándares internacionales para los respectivos bienes.

Aplicar fórmulas de reajuste diversas a las legales o contractuales, esta norma defiende los intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios por cobro indebido en el reajuste de precios por parte de los proveedores con el consiguiente perjuicio económico de los consumidores o usuarios, inobservando las normas del derecho positivo y las cláusulas contractuales que son el producto de la autonomía de la voluntad de las partes negociales que constituyen ley para ellas, prácticas que por cierto el legislador las sanciona como abusivas.

Dejar de fijar plazo para el cumplimiento de sus obligaciones, o dejarlo a su único criterio, es un elemento esencial, por lo mismo efectuar estas prácticas constituyen actos desleales y abusivos como consecuencia de la situación de inferioridad de los consumidores. Si fija en forma unilateral el proveedor el plazo para el cumplimiento de sus obligaciones, se trataría de una cláusula abusiva e ilegal. Sin embargo, quien si puede dar por terminado el contrato, por ejemplo de telefonía

celular, televisión satelital, medicina prepagada, en forma unilateral es el consumidor notificando por escrito con quince días de anticipación a la finalización del período en curso según el designio del artículo 44 de la Ley Orgánica del Consumidor.

El redondeo de tiempo para efectivizar el cobro de intereses, multas u otras sanciones económicas en tarjetas de crédito, préstamos bancarios y otros similares que debe pagar el usuario, se encuentran prohibidos por La Ley Orgánica de Defensa al Consumidor y concordantemente con estas prácticas prohibidas, el artículo 91 bajo el título servicio de telefonía, determina que: "las empresas públicas o privadas que presten servicios de telefonía fija o celular, bajo ningún concepto podrán aplicar mecanismos de redondeo de tarifas, la facturación se hará por el tiempo real de consumo expresado en minutos o segundos según corresponda". El artículo 93, por su parte, con el título intereses por Mora manda que: "cuando fuere procedente el cobro de intereses por mora en el pago atrasado de facturas y planillas de servicio, el consumidor pagará el interés legal por el tiempo efectivo de mora. Caso contrario, de afectado podrá acudir ante la autoridad competente para la tutela de su derecho".

Esta prohibido, la circulación y comercialización de productos de consumo humano peligrosos o tóxicos para su consumo, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, la autoridad competente debe disponer del retiro inmediato de dichos productos del mercado y prohibir su circulación. En este sentido los daños en perjuicio de los consumidores causados

por efecto de los bienes tóxicos o peligrosos corren a cargo de los proveedores, a más de la responsabilidad penal que eventualmente también debe asumir.

Esta prohibido, el expendió de bebidas alcohólicas y otros derivados del tabaco y productos nocivos para la salud, sin la nota clara y visible del producto y en toda publicidad de que su consumo es peligroso para la salud.

La advertencia clara y visible en las bebidas alcohólicas y en los cigarrillos y en publicidad de que su consumo es peligroso para la salud, constituye una obligación ineludible de los proveedores con vista al mandato del artículo 57 de la Ley de la materia. Nocividad que por lo demás ha sido ampliamente demostrada a un nivel universal¹⁸. (p.p pag 572 Libre Competencia).

6.1.2. Juzgamiento de las infracciones contra los derechos de los consumidores.

La facultad sancionadora de las infracciones a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor se derivan de la misma Ley en base a la potestad denominada reserva de la norma de derecho positivo, de acuerdo a los procedimientos determinados por el ordenamiento jurídico. La Ley especifica la potestad sancionadora, tipifica las infracciones y determina las penas aplicables.

¹⁸ CEBALLOS VASQUEZ, Víctor, Libre Competencia y Derecho de Consumo, Editorial Jurídica del Ecuador. Primera Edición 2.001.

Los consumidores efectivamente pueden hacer valer sus derechos por infracciones a la mentada Ley. En armonía con lo ofrecido, Luis Avellan Tolosa Presidente de la Junta Arbitral de consumo de la Comunidad autónoma de Valencia, España dice: "todo el edificio del derecho del consumo sería una especie de hipocresía si los consumidores no dispusieran de causes adecuados para hacer valer los derechos que las múltiples normas vigentes les irrogan. En efecto en los últimos años hemos visto incrementarse notablemente las normas de diverso rango en las que el principal bien jurídico protegido eran los derechos del consumidor (talleres de reparación de vehículos, ventas fuera de establecimientos, publicidad, agencias de viaje, servicios de asistencia técnica de electrodomésticos, responsabilidad de fabricante por productos defectuosos, seguros, etc)¹⁹ (p.p 590 Libre Competencia).

En la misma línea de lo antes anotado, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, prevé en el Art. 61, con el título Asociación de Consumidores que: "se entenderá por Asociación de Consumidores, toda organización constituida por personas naturales o jurídicas, independiente de todo interés económico, comercial, religioso o político, cuyo objeto sea garantizar y procurar la protección de la defensa de los derechos e intereses de los consumidores, así como, promover la información, educación, representación y el respeto de los mismos".

Sobre la legitimación activa encontramos en forma concordante con la legislación

¹⁹ REYES LOPEZ, María José, "Derecho de Consumo", Editorial Tirant Lo Blanch, Vlencia - España , 1999, pág. 410.

penal, que el juzgamiento a las infracciones a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que encaja en uno de los presupuestos de los delitos tipificados en el Código Penal, se iniciará por iniciativa fiscal, denuncia o acusación particular, de acuerdo a los presupuestos del Código de Procedimiento Penal.

Consecuentemente, con lo anotado, cualquier persona que se encuentra afectada por actos ilícitos por los proveedores está legitimado para el ejercicio de las acciones previstas en la Ley de la materia y en el Código Penal sustantivo y adjetivo, por lo demás, en el Art. 88 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor: "se concede acción popular para denunciar las infracciones previstas en esta Ley".

Adicionalmente con vistas al inciso tercero del Art. 83 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor: "el defensor del pueblo podrá acudir ante el Juez de Contravenciones de su respectiva jurisdicción a fin de solicitar el inicio del respectivo proceso" Se refiere la norma en caso de infracciones a la Ley.

En lo que respecta acciones colectivas, tenemos que los consumidores pueden canalizar sus reclamos por medio de las asociaciones de los consumidores, con vista al numeral tres del Art. 63 de la Ley Orgánica de la materia, que dice relación a los objetivos de las asociaciones de consumidores, y entre ellas: "representar los intereses individuales o colectivos de los consumidores ante las autoridades judiciales o administrativas, así como, ante los proveedores mediante el ejercicio de acciones, recursos, trámites o gestiones a que esta Ley se refiere cuando esto

sea solicitado expresamente por los consumidores".

Por el ejercicio de la legitimación activa, el denunciante no contrae obligación que le ligue al proceso ni incurre en responsabilidad alguna, salvo los casos de denuncia declarada maliciosa o temeraria, o en caso de denuncia o acusación particular ante los jueces de lo penal, únicamente el usuario o consumidor perjudicado debe probar que existe relación de causalidad entre el defecto o la infracción cometida por el proveedor y el daño reportado en perjuicio del consumidor o usuario.

Es importante señalar, que de acuerdo al nuevo Código de Procedimiento penal, en el Art. 27, los jueces penales tienen competencia:

1. Para garantizar los derechos del imputado y del ofendido durante la etapa de instrucción fiscal, conforme a las facultades y deberes de este código;
2. Para la práctica de los actos probatorios urgentes;
3. Para dictar las medidas cautelares, personales y reales;
4. Para la sustanciación y resolución de la etapa intermedia;
5. Para el juzgamiento de los delitos de acción privada; y,

6. Para la sustanciación y resolución del procedimiento abreviado, cuando le sea propuesto.

Los tribunales penales, en cambio son competentes para sustanciar el juicio y dictar sentencia en todos los procesos de acción públicas.

Sobre la legitimación pasiva hay que advertir que las acciones por infracción a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor pueden ser dirigidas en contra de las personas naturales o jurídicas públicas y privadas, en el caso de las personas jurídicas, a través de sus representantes legales, por ejemplo, pueden ser demandados los proveedores, publicistas, fabricantes, empresarios, en general responsables de la provisión de bienes y servicios a los consumidores que hubieren infringido a la Ley.

Siguiendo los caminos de un proceso extrajudicial, las diferencias entre proveedores y consumidores podrían dirimirse por medio de la figura jurídica procesal del arbitraje, cuyas características son la voluntariedad, agilidad y la privaticidad fundamentalmente.

En consecuencia y con lo anteriormente citado en cuanto a los derechos de los consumidores, se debe tener en cuenta que una política de protección al Consumidor bien diseñada deberá contar con disposiciones que le permitan lograr los siguientes puntos:

- a) Que se reduzca el costo que tiene para los consumidores el conseguir información y usarla eficientemente. Que se prohíba o regule la venta de ciertos productos y servicios acerca de los cuales no puede obtenerse información relevante o se la pueda obtener solamente con un alto costo para los consumidores.

- b) Que se reduzca el costo que tiene para los consumidores obtener compensaciones por los daños y perjuicios que resulten de la compra o el uso de bienes defectuosos o servicios insatisfechos haciendo que los procedimientos para estos casos sean más ágiles y menos costosos. Disminuir el costo podría ocasionar que el peso de la prueba recaiga en la otra parte.

- c) Que se promueva el derecho a una educación de consumo.

La Ley de Defensa al Consumidor contempla todos estos aspectos y lo hace de una manera adecuada.

Ningún bien o servicio puede venderse libre de riesgo pues, la eficiencia requiere de un equilibrio correcto entre seguridad y costo, por lo que las políticas adoptadas deberían calificarse como adecuadas desde un punto de vista social, si la reducción en costos o el incremento en beneficios a los cuales estas conducen fuesen mayores al costo de implementación y aplicación.

Existen dos enfoques básicos para proteger a los consumidores cuando el

mercado no les garantiza una calidad, salud y seguridad adecuadas, estas son las reglas de responsabilidad y la regulación.

Los requerimientos regulatorios son superiores a la regla de responsabilidad cuando los productores no se encuentran en condiciones de pagar por todo el perjuicio que hayan ocasionado, esta situación es más común en países en vías de desarrollo, en donde los productores locales no pueden ser responsables ante la Ley (por ejemplo a aquellos que venden sus productos en los mercados informales) o podrían quebrar en caso de ser demandados exitosamente, o en los casos en los que el costo de transacción es tan elevado que los productores casi nunca son demandados. La regulación es más efectiva que las reglas de responsabilidad.

Según Engel (1995), ²⁰a pesar de que los países en vía de desarrollo se beneficiarán al reducir los costos de transacción que implica el uso de la regla de responsabilidad para promover los intereses de los consumidores, estos deberían aprender de los errores cometidos por algunos países industriales, evitando la confianza excesiva en la regla de responsabilidad. Una regulación bien diseñada o unos incentivos apropiados para la provisión privada de seguridad, podrían ser mucho más exitosos que una regla de responsabilidad. Además, podrían resultar menos costosos y más eficientes". Engel añade que a pesar de que los países industrializados podrían beneficiarse de una expansión significativa de la

²⁰ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor, Libre Competencia, Derecho de Consumo, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición 2.001.

responsabilidad, existe un límite más allá del cual el sistema de responsabilidad deja de actuar como un elemento²¹ disuasivo, y termina por incrementar los precios de los bienes y servicios sin ningún factor positivo de equilibrio.

La regulación puede asumir la forma de control de calidad, parámetros mínimos, declaraciones obligatorias, licencias ocupacionales y prohibiciones, debería enfocarse en la prevención y no en la compensación a las víctimas, a este respecto el aprovecharse de la experiencia de las economías industriales podría reducir considerablemente los costos de implementar una regulación, el principal problema de la confianza en una regulación es que las consideraciones prácticas podrían impedir un mayor enfoque en más que un porcentaje reducido de productos.

Mientras la mera transmisión de información como alternativa a la regulación tiene muchas ventajas que pueden resultar atractivas desde el punto de vista de la competencia y la eficiencia económica, sin embargo la evidencia proporcionada por países industriales indica que su efecto podría ser muy limitado, muchos consumidores no leen las etiquetas o no las entienden, a pesar de que la regulación de información es relativamente barata, podría justificarse en base a una relación costo-beneficio.

6.1.3. Disposiciones en la Ley de Defensa al Consumidor que tienen un

²¹ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor, Libre Competencia, Derecho de Consumo, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición 2.001.

impacto directo en la competencia.

El Art. 4 le concede al consumidor el derecho a un tratamiento no discriminatorio y libre de abusos por parte de los productores, sin embargo no está claro lo que implican estas obligaciones ni como se logra que se cumplan, es poco probable que el significado de los términos "discriminatorio" o "abusos" sea el mismo que en la Ley de Competencia, dado que no existe ninguna mención acerca de la competencia, es posible asumir que los derechos del consumidor se aplican sin importar si las prácticas anteriormente mencionadas tiene un efecto en la competencia, y sin importar si han sido llevadas a cabo por un vendedor poderoso en el mercado.

Como ya ha sido indicado, la discriminación de precios es común y no debería ser desalentada a menos que reduzca la competencia lo que si se debería evitar en una Ley de Defensa al Consumidor en la discriminación con respecto al precio, calidad o cantidad cuando un consumidor cree que no existe tal discriminación.

El Art. 51 prohíbe la especulación y otras prácticas injustas orientadas a ocasionar un aumento en el nivel de precios. También permite la adopción de medidas para evitar la fuga de combustibles cuando esto genera una escasez, en el mercado interno. Este Artículo presenta cierta controversia al tratarse de lo que se define como especulación, pues el Art. 2 de la misma Ley se refiere al aprovechamiento de una necesidad del mercado para elevar artificialmente los precios, sea

mediante el ocultamiento de bienes o servicios, o acuerdos de restricción de ventas entre proveedores, o la renuncia de los proveedores a atender los pedidos de los consumidores pese a haber existencias que permitan hacerlo, o la elevación de los precios de los productos por sobre los índices oficiales de inflación de precios al productor o de precios al consumidor.

Esto ciertamente no es lo que se entiende por especulación en el lenguaje común, de acuerdo al Art. 2 es necesario un incremento en los precios para que exista especulación, por otro lado no todos los medios mencionados en el citado Artículo podrían ser calificados como medios especulativos.

Los acuerdos entre proveedores como se mencionó anteriormente para restringir las ventas, solo deberían caer dentro de una Ley de Competencia cuando sean declarados ilegales, de lo contrario sería una colusión franca que no tiene ninguna relación con la especulación.

Adicionalmente, el incremento de los precios por encima de los índices mencionados muy difícilmente puede ser sancionado, pues estos índices representan un promedio de la evolución de los precios, esto significa que por definición, algún precio tendrá que crecer con mayor rapidez con este índice, seguramente la simple observación de que algún precio se incrementa más rápido que el índice no puede ser razón suficiente para una sanción.

Sin embargo, lo que se sanciona bajo la Ley de Defensa al Consumidor es el uso

de la publicidad para atraer a los consumidores a una tienda, (publicidad engañosa), cuando la mercancía publicitada no se encuentra disponible, o sólo se encuentra disponible en cantidades limitadas, de la misma forma el negarse a vender una determinada mercancía que si se encuentra disponible, y que ha sido utilizada en la publicidad para atraer clientela es sancionable.

Por lo tanto y en virtud de lo mencionado en los párrafos que anteceden, ocultar mercancía se acerca más al concepto comúnmente empleado de especulación, si esto implica adquirir ventajas que permitan acaparar el mercado, entonces estamos tratando con una cuestión de monopolización que podría abordarse de una mejor manera bajo la Ley de Competencia, sin embargo es necesario decir que la teoría económica que indica que este escenario no puede ser rentable, es por esto que uno debe asumir que una estrategia como ésta no tiene muchas probabilidades de ser adoptada.

Los especuladores cumplen con un rol muy útil en la economía, al transmitir información valiosa a los participantes de mercado por lo que no debería desalentarse esta actuación a menos que ésta no permita que el mercado funcione adecuadamente, y esto solo podría suceder si se eliminara la competencia, es decir si uno teme que se presente una escasez artificialmente creada de determinados productos esenciales, entonces deberían procurar contar con los instrumentos necesarios para lidiar con estas situaciones especiales, es por esto que al prohibir todas las formas de especulación, el Art. 51 estaría dejando de lado alternativas viables.

Esto se vuelve particularmente evidente cuando uno considera la segunda parte del Art. 51 la misma que especula la adopción de medidas que eviten la exportación de comestibles.

Ejemplo:

Dentro de una situación en la que, por alguna razón existiese un exceso en la oferta de un alimento, normalmente se espera que dicho exceso dure un período corto al término del cual los precios supuestamente se incrementarán de manera significativa. Considerando esta situación, una persona de negocios decidiría que podría lograr una ganancia si guardase el producto para revenderlo una vez que la oferta halla descendido al nivel promedio (no aplicable a productos perecibles), sin embargo esto podría exponerlos a las sanciones previstas en la Constitución (en el caso de productos de primera necesidad) y en la Ley de Defensa al Consumidor, en contra de la especulación.

Por otro lado, la persona podría considerar que la ganancia podría lograrse exportando el producto con el fin de aprovechar la diferencia entre el precio local y los precios en el exterior, en este caso podría pensarse que la persona está involucrándose en una práctica que contribuirá con la escasez de la oferta del siguiente período.

La cuestión de que si la exportación de comestibles debería o no ser prohibida si

ocasiona una escasez en el mercado doméstico, en este caso debería ser determinada dependiendo de cada situación, por parte de las autoridades de comercio internacional.

La alternativa de no involucrarse con las dos prácticas no resulta eficiente desde una perspectiva económica, la razón sería que esta alternativa conduciría al aumento de desperdicios durante el período de sobre oferta; adicionalmente debería considerarse que las prácticas mencionadas son de hecho útiles para los productores del bien que está haciendo exportado o almacenado puesto que incrementará el precio promedio de este bien.

Además, no puede darse por sentado que los consumidores pierdan, está claro que cuando se almacena demasiado en períodos de sobre oferta, el resultado son precios por encima del nivel en el que se estarían normalmente, sin embargo estarían por debajo del nivel normal cuando los bienes almacenados se pusieran en circulación, a largo plazo los consumidores estarían en mejores condiciones de las que tendrían sino existiese la especulación.

El Art. 55, de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, prohíbe varias prácticas que incluyen las ventas vinculadas, las mismas que son bastantes comunes y podrían tener una razón relacionada a la eficiencia por lo que no se justificaría una prohibición general, además existen varios tipos de ventas que son aceptadas y que podrían ser consideradas como ventas vinculadas, como por ejemplo el caso de un vendedor que se niega a vender una botella individual

internacionales, esto parecería razonable para un país en vías de desarrollo, de hecho los parámetros empleados por países industriales con respecto a la seguridad, y a otras dimensiones de calidad y protección ambiental, podrían añadir demasiado al costo de un producto, al punto de volverlo inalcanzable excepto para un limitado grupo de consumidores, que como queda demostrado en el Ecuador son muy pocos. Además podría suceder a menos que se aplicase un parámetro menor, no existiera competencia o competencia suficiente para un producto en el mercado doméstico por la simple razón de que las empresas locales no estarían en condiciones de cumplir con un parámetro más elevado, es necesario recordar que, a largo plazo los parámetros más elevados contribuyen el aprendizaje de las firmas locales, esto conduce a las empresas a volverse más competitivas en los mercados internacionales que no serían asequibles si la producción no cumpliera con los altos parámetros.

Por otro lado el Art. 77 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, va demasiado lejos al intentar prevenir un incumplimiento de contrato, conocida económicamente como una "ruptura eficiente", en muchas ocasiones incumplir un contrato resulta más eficiente que llevarlo a cabo cuando el costo de cumplir con el contrato excede los beneficios para todas las partes involucradas, en este sentido existe dos tipos de contingencias que redefinen el valor de los recursos; en primer lugar, una contingencia "desafortunada" incrementa el costo del cumplimiento, por ejemplo una huelga impone ciertos costos en el cumplimiento a tiempo de un proyecto de construcción, en consecuencia los recursos necesarios para completar la construcción a tiempo podrían tener un mejor uso el otro

proyecto de construcción que no se vea afectado por la huelga.

En segundo lugar, una contingencia "afortunada" podría ser que el incumplimiento resultase más rentable que el cumplimiento del contrato, por ejemplo en el caso de que un vendedor que prometa entregar un bien a un comprador, podría descubrir que una tercera persona valora el bien aún más. En consecuencia, en el caso de cumplirse cualquiera de las contingencias mencionadas prima la conveniencia que se aplique en el momento determinado.

La eficiencia económica requiere que las partes escojan las acciones que maximizan la suma de las retribuciones tanto para el comprador como el vendedor, así mismo requiere que la Ley imponga una compensación para el incumplimiento que ambas partes hubiesen escogido de hacerse renegociado el contrato, las compensaciones basadas en los daños le dan a cada parte el incentivo necesario para no cumplir el contrato cuando resulta eficiente no hacerlo y a cumplirlo cuando no resulta eficiente no hacerlo.

El Art. 77 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor contempla multas considerables en el caso de un incumplimiento de contrato, esto puede no conducir a una ruptura eficiente, más bien proporciona incentivos para llevar a cabo el contrato cuando no resulta eficiente hacerlo, a pesar de contener una condición de "arbitrariamente", la decisión de si una ruptura o incumplimiento que entran dentro de estas condiciones podría resultar arbitraria en sí misma, ciertamente no existen razón alguna para creer que emitir un juicio a este respecto

estaría basado en consideraciones acerca de la eficiencia.

Finalmente, se debe considerar que varios países, se encuentran actualmente involucrados en el diseño de una legislación con respecto a las ventas en internet, la importación de bienes adquiridos a través del internet podría resultar de vital importancia para los consumidores en un país como en el Ecuador, en donde los proveedores locales son pocos y donde la colusión parece ser cosa de todos los días, el hecho de que sean pocas las personas que hacen este tipo de compras no hace que la cuestión sea irrelevante, este pequeño porcentaje de gente significa una participación importante de poder adquisitivo, y si en respuesta a las ofertas de vendedores en la red, los vendedores locales se ven forzados a reducir sus precios, esto beneficiaría a los consumidores, sin importar si están o no equipados para realizar compras en la red.

6.2. Disposiciones relativas a la competencia desleal dentro del derecho de propiedad intelectual.

El derecho de marcas se lo estudia desde 1893, aparece como concepto de propiedad industrial, que no recae sobre una realidad tangible sustentada en la posesión, tiene lugar sobre ideas o creaciones de la mente humana.

Muchos autores sostienen que ni es propiedad ni es industrial, pues lo que se deriva de las marcas es el derecho de exclusiva, que cumple la misma función

económica que la propiedad, según el texto introductorio de la Ley de marcas de España, de 10 de noviembre de 1988, estos signos distintivos constituye documentos eficaces y necesarios en la política empresarial y suponen, así mismo, un importante mecanismo para la protección de los consumidores.

El derecho de propiedad intelectual y el de la competencia desleal tienen íntima relación y eventualmente son complementarios, algunos ilícitos son combatidos por el derecho de propiedad intelectual y en otras ocasiones por las normas contra la competencia desleal.

En no pocas legislaciones la protección a las marcas ha sido excesiva, el registro de la marca no llega a la forma de utilización y al efecto psicológico de los consumidores y usuarios.²²

El Art. 194 de la Ley de Propiedad Intelectual, publicada en el Registro Oficial No. 320, de 19 de mayo de 1998, prescribe que: "se entenderá por marca cualquier signo que sirva para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos que sean suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica. También podrán registrarse como marca los lemas comerciales, siempre que no contengan alusiones a productos o marcas similares o expresiones que puedan perjudicar a dichos productos o marcas. Las asociaciones de productores, fabricantes prestadores de servicios, organizaciones

²² CEVALLOS VASQUEZ, Víctor. Libre Competencia y derecho de Consumo, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición 2.001

o grupos de personas, legalmente establecidas, podrán registrar marcas colectivas para distinguir en el mercado los productos o servicios de sus integrantes".

La Ley de marcas de España, de su lado en la norma 1, informa que: "se entiende por marca todo signo o medio que distinga o sirva para distinguir en el mercado productos o servicios idénticos o similares de otra persona".

Como se ve la definición de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador acoge prácticamente el mismo concepto de marca de la Ley de la Materia Española.

En conclusión se podría decir que la marca diferencia el producto o servicio de un empresario, determina el origen el producto, crea un poder de venta e invita a competir en base al derecho de exclusiva de quien la tiene registrada a su favor, para que mediante una nueva y mejor creación la supere.

El derecho de marcas está en el centro y a su alrededor la posibilidad de la competencia desleal, cuando la marca se pretende registrar, por ejemplo, puede dar lugar a confusión o riesgo de asociación, se aplican las normas de competencia desleal.

En todo caso hay que aclarar que el titular de la marca no tiene un derecho ilimitado sobre el signo de acuerdo a la doctrina internacional, este derecho no es absoluto, el signo por sí mismo no hace la diferencia, ello sucede cuando se lo asocia a un producto determinado, la confusión se produce en el producto.

El derecho de propiedad de la marca constituye un derecho de exclusión, pues impide a terceros que perturben su ejercicio, a más de gozar y usarla, se trata pues de una visión patrimonialista de la marca.

En este sentido, está por demás decir que el ejercicio del derecho marcario debe ejercérselo dentro del límite de la leal competencia.

6.2.1. Funciones de las marcas

a) Función indicadora de la procedencia empresarial de los productos o servicios.

Esta función se cataloga en la doctrina como originaria de la marca, se apoya en las reacciones de los consumidores. El Profesor de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela - España, Dr. Carlos Fernández Novoa - nos refiere que Vid Brown anota que: "En efecto, al contemplar una marca puesta en relación con un producto o servicio, el consumidor piensa lógicamente que el producto o servicio procede de una determinada empresa: de aquella empresa de la que proceden todos los productos o servicios de la misma clase que están dotados con la misma marca. De esta suerte, la marca atestigua ante los ojos de los consumidores que todos los productos de una misma clase portadores de la misma marca han sido producidos o distribuidos por una misma empresa. Y en este sentido, es incuestionable que, frente al público de los consumidores, la marca cumple un misión informativa al identificar los productos y

servicios en atención a su procedencia empresarial".

No obstante de lo expresado, muchos estudios de la época contemporánea coinciden en que la actualidad los consumidores generalmente no conocen al empresario productor de bienes o servicios, es por esto que luego de un extenso estudio se había llegado a la conclusión de que el comprador presta escasa atención al nombre del fabricante, que en el 90% de los casos el comprador no conoce al fabricante de los productos que consume habitualmente, sin embargo el hecho de que el consumidor no conozca al fabricante o distribuidor de los productos no significa que dicha identidad sea indiferente, pues desconocido no es sinónimo de indiferente.

b) Función indicadora de la calidad del producto o servicio. La marca ordinariamente produce la creencia de que un producto tiene una determinada calidad que puede ser igual, superior o inferior a otro artículo de marca del mismo género. Igualmente, una creencia que se resalta en la doctrina es que el consumidor estima que todos los bienes o servicios que ostentan igual marca tendrán la misma calidad.

En el plano jurídico, esta función de la marca ha dado lugar a debate, pues mientras una corriente proclama que la marca es indicadora de la calidad del producto o servicio, sustentadas en la jurisprudencia norteamericana, que reconoce en la marca representación de calidad de un producto. El Alemán Beir, replica que la creencia de que la marca representa calidad, no esta protegida por

el Derecho de Marcas, sino por el Derecho de Competencia Desleal o por el Derecho Penal. Igualmente, la jurisprudencia alemana no acepta que la marca represente o asegure una constante de calidad de un producto.

En conclusión, la tesis que afirma que la coincidencia del interés del titular de la marca con el interés público o de los consumidores de que se mantenga o mejore la calidad de los productos de marca, en el caso del empresario proveedor para mantener el goodwill o buena fama, y en lo tocante al consumidor el interés de que se le provea a los productos de la mejor calidad y en condiciones satisfactorias, pero para que ello suceda es preciso que los titulares de las marcas efectúen labores de auto regulación o auto control.

En los casos de licencia para utilización de la marca por terceros, es recomendable que el titular del signo realice un control riguroso para defender la calidad y honrar la función de calidad de las marcas.

En todo caso, es bueno anotar que en la ruta doctrinaria se suele argumentar también que si la marca representaría calidad se interpretaría que ello implicaría que el productor que alcance la misma calidad podría sostener que puede utilizar la misma marca.

c) Función de constituir un goodwill o buena fama. La marca es lo que hace posible que el consumidor fije el goodwill o buena fama de un producto o servicios, sin este signo no sería posible el goodwill creado por los resultados satisfactorios

obtenido por los consumidores.

Según otros especialistas la marca no es el símbolo de la naturaleza de un producto, sino de la reputación que goza dicho producto. El goodwill es correlativo a la preferencia del público sobre los bienes o servicios, correspondientes a una marca.

d) *Función de publicidad de la marca.* Esta función lleva al análisis de diferenciación de los productos que cubren las mismas necesidades, la marca puede crear mercados a través de los elementos que forman una imagen, que responden a preferencias, gustos estéticos, en fin la marca es objeto de bombardeo publicitario, sus sugerencias inducen a la contratación.

6.2.2. Registro de marcas.

Para el nacimiento de marcas jurídicamente en las diversas legislaciones se precisa el registro de las mismas, sin embargo, en la práctica el registro no es suficiente, pues adicionalmente se requieren que éstas sean usadas.

En el derecho comunitario europeo por ejemplo, la marca se obtiene con el registro, en el Ecuador, encontramos que la Ley de Propiedad Intelectual en esta misma línea en su Art. 216 prevé que: "el derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por su registro ante la Dirección Nacional de Propiedad Industrial. El registro tiene una duración de diez años de acuerdo al Art. 212 de la misma Ley.

La marca debe utilizarse cual fue registrada. Solo se admitirán variaciones que signifiquen modificaciones o alteraciones secundarias del signo registrado".

Se pueden registrar como marcas los signos que sean suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica y los lemas comerciales.

El Art. 217 de Ley de Propiedad Intelectual complementa la regulación del derecho sobre las marcas, disciplinando que: "el registro de la marca confiere a su titular el derecho de actuar contra cualquier tercero que utilice sin su consentimiento y, en especial realice, con relación a productos y servicios idénticos o similares para los cuales haya sido registrada la marca, alguno de los actos siguientes:

- a) Usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca registrada, con relación a productos y servicios idénticos o similares a aquellos para los cuales se la ha registrado, cuando el uso de ese signo pudiese causar confusión o producir a su titular un daño económico y comercial, u ocasional una dilución de su fuerza distintiva. Se presumirá que existe posibilidad de confusión cuando se trate de un signo idéntico para distinguir idénticos productos y servicios;
- b) Vender, ofrecer, almacenar o introducir en el comercio productos con la marca u ofrecer servicios con la misma;
- c) Importar o exportar productos con la marca; y,
- d) Cualquier otro que por su naturaleza o finalidad pueda considerarse

análogo o asimilable a lo previsto en los literales anteriores.

El titular de la marca podrá impedir todos los actos enumerados, independientemente de que estos se realicen en redes de comunicación digitales o a través de otros canales de comunicación conocidos o por conocer".

6.2.3. Caducidad del derecho de marcas.

El registro no pasa por alto el uso de la marca, el uso es obligatorio; una carga si se quiere para el titular, el uso por cierto, puede cumplirse incluso por medio de un tercero o eventualmente parcial, en este sentido el uso debe respetar cuatro requisitos o criterios: efectividad, seriedad, territorialidad y temporalidad, valoradas en el uso concurrencial.

La Ley de Propiedad Intelectual, en todo caso, pretende que el registro no se constituya un cementerio de marcas, con la no utilización, el uso efectivo bajo los presupuestos señalados, se produce cuando se utiliza en el mercado la marca en una relación de competencia para distinguir a los productores o proveedores y los productos y servicios ofertados por parte de los consumidores.

El no uso da lugar a la sanción más grave que es la caducidad de la marca dentro de un espacio territorial, salvo que se lo justifique por fuerza mayor. El problema del no uso de la marca lo resuelve el Art. 220 de la Ley de Propiedad Intelectual puntualizando que: "se cancelará el registro de una marca a solicitud de cualquier

persona interesada, cuando sin motivo justificado la marca no se hubiese utilizado por su titular o por su licenciataria en al menos uno de los países miembros de la Comunidad Andina o en cualquier otro país con el cual Ecuador mantenga convenios vigentes sobre esta materia, durante los tres años consecutivos precedentes a la fecha en que se inicie la acción de cancelación.

La prueba del uso de la marca corresponderá al titular del registro.

El registro no podrá cancelarse cuando el titular demuestre que la falta de uso se debió a fuerza mayor, caso fortuito o restricciones a las importaciones u otros requisitos oficiales de efecto restrictivo impuesto a los bienes y servicios protegidos por la marca.

El registro de marca caduca de pleno derecho, si el titular no solicita la renovación dentro de los seis meses anteriores a la expiración del registro, según los artículos 214 en concordancia con el 213 de la Ley de Propiedad Intelectual. La caducidad y la nulidad, extinguen el uso de la marca.

6.2.4. Situaciones del derecho de la competencia alrededor de la propiedad intelectual.

La propiedad intelectual, debe determinarse en cuanto a su alcance por la legislación, jurisprudencia y derecho de la Comunidad Andina, fomentando la innovación, protegiendo las inversiones, diseño industrial, patentes, marcas y otros

signos distintivos, buscando con ellos la competitividad, el crecimiento económico y el desarrollo del país y la Comunidad Andina.

La tutela de la propiedad intelectual implica un reconocimiento al esfuerzo de sus titulares, brindándoles seguridad jurídica, el principio de la libre competencia y circulación de las mercaderías o comercialización de servicios por intermedio de la tutela del derecho de propiedad intelectual, puede dar lugar a ciertas limitaciones o importaciones, sin atentar contra la libre competencia y el funcionamiento del mercado.

La tesis de que los monopolios legales, limita la competencia y atentan contra el libre mercado, ha sido combatida o refutada anotando que si bien las marcas representan de alguna manera una restricción de la competencia en la producción, en cambio permite un aumento de la competencia en el ámbito del consumo.

6.2.5. Competencia desleal a través de imitaciones de signos.

Se puede incurrir en competencia desleal utilizando marcas o signos para crear confusión entre los consumidores respecto de la relación bienes y servicios con el productor, el sujeto inducido a error sobre los signos es el consumidor en lo relativo a quien lo produce o lo genera, configurándose este supuesto de competencia desleal, y por lo mismo reprimida por el derecho positivo al menoscabar el derecho de exclusiva sobre la marca o signo. Estas prácticas

pueden ser tuteladas tanto por la Ley de Propiedad Intelectual como por las leyes de competencia desleal.

El derecho de uso exclusivo sobre la marca o signo procede en relación con bienes o servicios idénticos o similares, porque en esta relación se produce la confusión por imitación, la misma que se plasma logrando en forma maliciosa que el público se confunda en lo que tiene que ver con el origen de los mismos, atribuyendo los bienes y servicios de una persona natural o jurídica a otra.

La confusión por imitación de signos o marcas se cumple ordinariamente mediante la publicidad con los signos materia de la imitación insertados en bienes o servicios, deviniendo en una suerte de explotación de la reputación ajena.

6.2.6. El "know how".

Esta expresión inglesa significa saber como se refiere al secreto de ciertos procesos de fabricación industrial, que eventualmente pueden ser afectados por actos de competencia desleal, que sin ser registrables, constituyen un derecho intelectual, con mucha significación económica, definido en la doctrina como un bien objeto de negocios jurídico inmaterial.

Este secreto industrial se acepta que no solamente comprende el producto, sino también los procedimientos para fabricarlo o producirlo o incluso el asesoramiento para la instalación y comercialización.

*No es necesario para cometer esta infracción que la confusión se produzca en forma efectiva, es suficiente que exista el riesgo de confusión .

Muchas de las prácticas que están calificadas como competencia desleal y que no caen en el ámbito de la protección al consumidor, corresponden a una violación de los derechos de propiedad intelectual, en detrimento de otros vendedores.

6.2.7. Decisión 486 de la Comunidad Andina.

Con respecto de la competencia, dentro de la Comunidad Andina, la disposición más importante está consignada en el Art. 158 de la Decisión 486, en el que se establece que el registro de una marca no dará el derecho de impedir a un tercero realizar actos de comercio respecto de un producto protegido por dicho registro, después de que ese producto se hubiese introducido en el comercio en cualquier país por el titular del registro, esta disposición favorece claramente la competencia.

De la misma forma el Art. 169, es favorable a la competencia, en él se establece la cancelación del registro de una marca o la limitación de su alcance cuando es necesario promover la existencia de competidores, dada la necesidad que tuvieron los competidores de usar el signo para desarrollar sus actividades, por no existir otro nombre o signo adecuado para designar o identificar en el comercio al producto o servicio respectivo, es evidente que esto eliminaría de raíz los intentos

de ciertas empresas de usar sus marcas estratégicamente de manera de impedir la entrada de nuevos competidores.

Un elemento importante de la Decisión 486 es que establece toda una gama de medidas provisionales en contra de los transgresores, esto es muy importante en términos de la competencia de hecho, para cuando es posible buscar alguna reparación en la Corte, el daño a los competidores puede ya ser irreparable, además la parte culpable puede no estar en condiciones de compensar debidamente los daños infringidos.

7.Sectores Regulados

Dentro de la legislación ecuatoriana y en particular en el tema de competencia desleal, son objeto de análisis del presente trabajo, dos de los sectores regulados por el Estado, las telecomunicaciones y electricidad.

7.1. Telecomunicaciones:

El peso de la tecnología ha hecho posible mantener mercados competitivos en muchas, y posiblemente en todas las áreas de las comunicaciones, el ámbito en el que se ha introducido competencia se ha expandido, de manera lenta pero constante en el mundo entero, los problemas en términos de regulación ha sido como pasar de un monopolio a la competencia.

El sector de las telecomunicaciones sigue enfrentando un período "competencia regulada" con las siguientes características:

En algunos mercados existe competencia mientras que en otros hay el monopolio regulado.

Las compañías integras verticalmente que operan en mercado en donde tienen rivales generalmente están sujetas a algún tipo de regulación directa que no aplica a sus rivales.

Siguen existiendo limitaciones en la determinación de precios incluso en mercado competitivos, con el fin de alcanzar algunos fines sociales.

Incluso en mercados que han sido desregulados completamente, el regulador puede volver a establecer su autoridad.

El papel del regulador en la transición entre la regulación y la competencia debería ser el siguiente:

1. Sustituir la regulación directa por competencia cuando sea factible.
2. Introducir regulaciones transitorias cuando un monopolio podría explotar a sus clientes o neutralizar a rivales potenciales.
3. Asegurarse de que la regulación que se mantenga se adapte al requerimiento

de la competencia eficiente (debe ser la misma para los factores dominantes y rivales) excepto para asegurar el acceso competitivo a la red pública.

Los peligros que conlleva una competencia regulada son en primer lugar un sentimiento de responsabilidad engendradora que motiva a los reguladores a mantener en funcionamiento a los nuevos participantes, en segundo lugar, una tentación irresistible a poner trabas; y en tercer lugar, a aprovechar las oportunidades creadas por el uso del proceso regulatorio.

7.1.1. Disposiciones reguladoras respecto de la competencia en el Ecuador.

La Ley Especial de Telecomunicaciones en el capítulo VII dispone que todos los servicios de telecomunicaciones se brindarán en régimen de libre competencia, evitando los monopolios, las prácticas restrictivas o abusos de posición dominante, y la competencia desleal, garantizando la seguridad nacional y promoviendo la eficiencia, universalidad, accesibilidad, continuidad y la calidad del servicio; es importante señalar que esta Ley como muchas otras a nivel nacional prohíbe la competencia desleal pero no la define.

El regulador del sector, Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL, está a cargo de desarrollar regulaciones que fomentarán una competencia efectiva (disposiciones reguladoras que se refieren a la competencia en el título III del Reglamento General Especial de Telecomunicaciones).

Las regulaciones indican que con el fin de promover la libre competencia, el CONATEL en virtud de su posición reguladora, actuará como organismo interventor para evitar la competencia desleal, estimulará el acceso de nuevos proveedores del servicio, evitará los tratos discriminatorios y, evitará actos y prácticas restrictivas a la libre competencia; además el CONATEL dictará regulaciones para proteger y promover la competencia.

Adicionalmente, para evitar actos contrarios a la competencia, el CONATEL podrá ajustar las tarifas o los precios fijados en los siguientes casos: a) cuando los prestadores de servicios de telecomunicaciones hayan acordado entre sí los precios de los servicios con fines contrarios a la libre competencia; b) cuando un prestador de servicios de telecomunicaciones ofrezca servicios por debajo de los costos, por motivos o efectos anticompetitivos; y, c) cuando un prestador de servicios se niegue a otorgar la interconexión o la conexión injustificadamente.

Es útil señalar las diferencias entre las acciones que aplican para las mismas prácticas bajo la Ley de Competencia, en primer lugar la fijación de precios no es ilegal, por lo tanto, no se multa a las partes involucradas en prácticas colusivas, en segundo lugar el regulador puede reaccionar frente a una negativa para otorgar la interconexión cuando ésta sea injustificada, pese a lo anterior el criterio preciso con base en el cual el regulador evalúa si hay justificación no está especificado, es posible que una negativa no tenga repercusiones sobre la competencia, pero aún así sea juzgada injustificada según otros criterios.

Finalmente el título III del Reglamento General establece reglas de conducta para los prestadores de servicio independientemente de si son dominantes o no, estas incluyen establecer los precios de las telecomunicaciones considerando los costos de prestación eficiente, operabilidad razonable y rentabilidad del capital invertido, sin incluir el precio de los equipos terminales necesarios para recibirlos. Esta disposición le da al CONATEL el poder de intervenir en áreas en las que no fija los precios.

Los prestadores de servicios también están obligados de proveer de investigación técnica a otros proveedores y se les prohíbe vincular la compra de equipos terminales al suministro de servicios, aparentemente este es un vínculo que se observó en el Ecuador sin embargo hay otros tipos de vínculos que no se menciona tal como el servicio local al servicio de larga distancia, es importante observar que éstas obligaciones se aplican sin importar su efecto sobre la competencia.

No obstante, el Reglamento (título V) también incluye un régimen especial con respecto a las empresas dominantes, estas no pueden poseer una cantidad de acciones tal que pudiera darles influencia en la administración de competidores en el mismo mercado y no pueden establecer subsidios cruzados con el objeto de eliminar competidores.

De igual manera, las obligaciones de la gente dominante incluyen entre otros, prestar sus servicios a precios que reflejen al menos sus costos, a fin de no

eliminar a posibles competidores, otorgar trato igualitario y no discriminatorio a todas las análogas en operaciones similares o equivalentes, el Reglamento establece que, si se ha demostrado abuso de posición dominante, el CONATEL ordenará que se remedie de inmediato los incumplimientos y arbitrará las medidas necesarias para evitar el abuso de dicha posición, las cuales pueden incluir intervenir el operador.

Con respecto a los precios, el título X del Reglamento especifica que los servicios de telecomunicaciones deberán ser prestados en régimen de libre competencia, por lo tanto los proveedores de servicios de telecomunicaciones podrán establecer o modificar libremente las tarifas, se debe suponer sin embargo que dicha libertad está limitada por las provisiones del título III, sin embargo las tarifas para los servicios serán regulador por el CONATEL cuando existan distorsiones a la libre competencia en un determinado mercado.

El principio que rige la determinación de los precios es que estos deben estimular la expansión eficiente de los servicios de telecomunicaciones y proporcionar la base para el establecimiento de un entorno competitivo.

7.2. Electricidad

Es a través de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, que el Ecuador reformó la regulación de este servicio, reforma que comparativamente se la llevo a acabo

mucho más tarde que en los países de Latinoamérica.

Entre los objetivos especificados que la Ley de Régimen del Sector Eléctrico contiene en relación a la competencia, se encuentran establecidos en el artículo 5 literales b) y d), en donde se incluye la promoción de la competitividad a través de la protección de los derechos del consumidor e inclusive la garantía de la aplicación de tarifas preferenciales para los sectores de escasos recursos económicos.

La promoción de la competencia como un medio para desarrollar un sector eléctrico eficiente no parece ser uno de los objetivos de la Ley, sin embargo la misma le faculta al CONELEC, en su artículo 13 literal g), para dictar las regulaciones que impidan las prácticas que atenten contra la libre competencia y signifiquen concentración del mercado en el desmedro de los intereses de los consumidores y de la colectividad.

Es en el artículo 38 que se establecen disposiciones a favor de la competencia, garantizando la separación y segmentación económica y jurídica, entre generadores transmisores y distribuidores, prohíbe así mismo las conductas monopólicas tales como la colusión para la fijación de precios por encima de aquellos que existirían en ausencia de dicha conducta colusiva, se prohíbe también las políticas predatorias tendientes a excluir del mercado a empresas rivales o a dificultar el ingreso de nuevas, especialmente generadoras; la discriminación, en igualdad de condiciones de precios o de tratamiento con

respecto al acceso a las instalaciones de transmisión y distribución; y otras similares por parte de los generadores, el transmisor o los distribuidores y que tengan por efecto eliminar o dificultar la libre competencia en el sector eléctrico o perjudicar a los consumidores por la vía de los precios, de hecho la prohibición de información cruzada es la mejor manera de evitar la el surgimiento de discriminaciones en las condiciones de acceso.

El CONELEC, tiene el poder de otorgar permisos y licencias para la instalación de nuevas unidades de generación de energía y autorizar la firma de contratos de concesión para generación, transmisión o distribución.

Con respecto a las concesiones otorgadas a Compañías generadoras, el artículo 31 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, establece que éstas explotaran sus empresas por su cuenta, asumiendo los riesgos comerciales inherentes a tal explotación, bajo los principios de transparencia, libre competencia y eficiencia, además el mismo artículo 31 en su segundo inciso, estipula que "para asegurar la transparencia y competitividad de las transacciones, los generadores no podrán asociarse entre sí para la negociación de contratos de suministro eléctrico o su cumplimiento, tampoco podrán celebrar entre sí acuerdos o integrar asociaciones que, directa o indirectamente, restrinjan la competencia, fijen precios o políticas comunes."

Es importante señalar que la Ley estipula la existencia de múltiples proveedores en la generación y distribución, pero solo un agente encargado de la transmisión,

además con el fin de reducir aún más el potencial del poder mercado, establece que ninguna persona natural o jurídica por sí o por tercera persona podrá controlar más del 25% de la potencia eléctrica instalada a nivel nacional.

Lo que sucede en países latinoamericanos, especialmente en Chile y Bolivia, es similar, en Chile por ejemplo, la principal Compañía generadora y sus afiliadas poseen alrededor del 60% de la capacidad instalada, posee la principal línea de transmisión, la principal compañía de distribución y más de 70% de derecho sobre las aguas que pueden usarse para generar electricidad.

Con ese antecedente los posibles entrantes tienen miedo de enfrentarse a tal titán, les inquieta la posibilidad de enfrentar discriminación en la liga, el poder del actor dominante, la posibilidad de prácticas discrecionales por parte de la autoridad reguladora y sobre la voz en silencio con la que quedarían por la ineficiencia del poder judicial para atender las quejas de las compañías afectadas en busca de compensaciones.

La mayor parte de países de América Latina otorgan franquicias de distribución que obligan a la Compañía distribuidora a proveer el servicio a todo lo largo del área establecida en la franquicia, por esta razón las primeras reformas establecían un sistema en el que las compañías distribuidoras compraban la electricidad para sus clientes y les transmitían el costo, el precio regulado para los pequeños consumidores tiene entonces dos componentes: el precio pagado en la compra de electricidad y el valor agregado por la distribución, sin embargo las reformas más

recientes, inspiradas en la experiencia del Reino Unido, distinguen el transporte local de los servicios de comercialización.

Hasta el momento, la participación del sector privado en esta fase ha sido muy limitada, en términos generales las reformas iniciales fueron diseñadas para transferir el manejo del suministro de servicios públicos al sector privado a través de concesiones o venta de acciones.

Un grave problema fue que, en un principio, la ley limitaba las acciones del sector privado al 39%, lo cual significaba una barrera importante para la privatización y, por ende para la competencia, el Estado es aún el principal participante de la industria eléctrica, posee la mayor parte de seis empresas de generación y de la empresa de transmisión a través del Fondo de Solidaridad, el gobierno posee también acciones en casi todas las empresas de distribución.

Existen otros factores que inhiben la privatización y la competencia tal como la persistente y muy comentada figura de la inseguridad jurídica, que recae en la aplicación de las disposiciones reguladoras, esto es exclusivo del sector eléctrico, con dos factores, en primer lugar que las leyes aplicables no estén redactadas claramente y, en segundo lugar que exista una dudosa aplicación de las leyes existentes por razones como la interferencia política en el proceso de regulación, problema político que al parecer en el Ecuador impera, por esta consideración debe tenerse en cuenta que la flexibilidad en la regulación debe compararse con la posibilidad de que se abran puertas al oportunismo político.

Un área que siempre es materia de preocupación es la naturaleza de las relaciones contractuales entre los generadores privados y las instalaciones de transmisión (que pueden ser de propiedad pública o privada), para proteger esta inversión, el inversionista privado querrá presumiblemente obtener un contrato de compra de poder satisfactorio y se dirigirá al gobierno en busca de algunas garantías de seguridad a este respecto.

En la actualidad la situación de Ecuador parece estar en una etapa similar a la de Chile hace quince años, el hecho que prácticamente todos los precios estén regulados podría causar que si llega a mejorar la productividad, los beneficios sean para las empresas y no para los consumidores, esto no es necesariamente mal si se pretende que sea una medida a corto plazo, no obstante, el riesgo es que esto atraiga a operadores que no podrán sobrevivir a la competencia de precios y que, por lo tanto, intentarán perpetuar el sistema actual.

En la Ley actual no existe ninguna disposición para que pretenda la desregulación de los precios de la electricidad, esto es probablemente un asunto que preocupa a los posibles participantes quienes querrían usar precios más bajos para hacerse de una parte del mercado, podría preocuparles que el precio regulado se convierta en una forma de producción para los sectores menos eficientes, ya sean éstos privados o (muy probablemente) empresas públicas privatizadas.

A diferencia de la Ley de Telecomunicaciones la Ley de Régimen de Sector

Eléctrico, no contiene ninguna disposición para liberalizar los precios cuando surja la posibilidad de tener precios de mercado establecidos por competencia, sería posible agregar una disposición al Artículo 15 que diga que a pesar de lo anterior, los precios se liberalizarán cuando exista la suficiente competencia en el mercado como para descartar el establecimiento monopólico de precios, por lo tanto la entidad reguladora debería tener la autoridad para decidir cuando se cumple esta condición, mientras tanto se deberían realizar algunas acciones para dirigirse hacia un establecimiento de precios basado en la demanda.

En cuanto a la competencia esto indica que una vez que la Ley de Competencia haya sido aprobada, será necesario, para regular los sectores en cuestión, revisar las disposiciones reguladoras con el fin de clarificar en que forma podrían ser adaptadas para que los conceptos de conducta anticompetitiva no difieran dentro de los distintos sectores de la economía, esto se hará para asegurar que estos conceptos estén claramente redactados y sean bien comprendidos por el sector privado y para esclarecer que prácticas caen dentro del ámbito de las autoridades de competencia, al ser muy claros en este punto se logrará eliminar un obstáculo para el ingreso de empresa de privadas a las actividades tradicionales del sector público.

7.2.1. Especificidad de la Industria en cuanto a la aplicación de los principios de competencia.

El primer problema es el del mercado relevante, el mercado real depende de las

previsiones sobre el estado del sistema de transporte, cuando no hay congestión de las líneas de transporte, el mercado puede ser muy amplio y la competencia muy activa, las posibilidades de manipulación del precio de venta por un generador están limitados por el coste marginal de generación de sus competidores, corregido por el coeficiente de pérdidas.

Debido a las exigencias de estabilidad local de las redes y de las congestiones de las líneas de transporte, en el sector de la generación eléctrica no se puede definir un índice de concentración único en una región, sino para dicha región un índice variable de un precio a otro, explicar por ejemplo que las horas llanas constituye un mercado distinto de las horas pico, es un argumento económico simple, en cambio no hay una manera simple de utilizarlo desde un punto de vista legal, se pueden imaginar situaciones en las que una fusión sería aceptable con referencia al mercado nocturno y no aceptable respecto al mercado diurno.

Un segundo problema es el de saber que unidades utilizar para medir las cuotas del mercado y, por consecuencia, los índices de concentración, la manera habitual de construir los índices en la industria eléctrica consiste en la evaluación de la capacidad de cada empresa de generación dentro de una zona de mercado, pero con este enfoque, no se toma en cuenta las diferencias de coste entre empresas competidoras ya que se supone que las empresas de gran capacidad tienen una cuota importante de mercado independientemente de sus posibilidades de explotación de dicha capacidad.

El tercer problema es que por razones técnicas y de seguridad, las empresas de la industria eléctrica suelen colaborar dentro de organismos privados y públicos de normalización, dichos comités de normalización son lugares de colusión comercial potencial ya que es imposible impedir que los miembros discutan simultáneamente de problemas técnicos y comerciales. En este sentido la presencia de representantes de los organismos de competencia podría ser una forma de limitar los incentivos a decidir practicas concertadas prohibidas.

En conclusión, la colusión de ciertas empresas puede tener como objetivo la exclusión de otras empresas del mercado, aparte de las prácticas de colusión explícita (rechazo de acceso, definición de normas utilizando patentes controladas) fácilmente detectables por las autoridades, los conjurados pueden tratar de provocar una fuerte bajada provisional del precio, se puede observar simplemente que la congestión en el Ecuador de las líneas de transporte y de distribución limita la posibilidad de inundar el mercado con grandes cantidades de electricidad y provocar así una baja colusiva de precio.

CAPITULO III

ACTOS Y CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Los actos anticompetitivos o actos contrarios a la competencia, enunciados en la Ley, tienen un carácter enunciativo, por el cual se sancionan "todos" aquellos actos anticompetitivos que perjudican el "interés económico general", pero al mismo tiempo este opera como una cláusula restrictiva al dejar fuera de la aplicación de la Ley a aquellos actos o conductas que, aun comprendidos dentro de los enumerados, no lesionan dicho interés (bien jurídico protegido).

En este sentido, la materia ha clasificado los actos anticompetitivos en "horizontales" y "verticales".

8. Actos horizontales.

Las restricciones horizontales son aquellas que tienen lugar entre empresas que operan en el mismo nivel de producción y en el mismo mercado, las restricciones verticales son las que afectan a empresas correspondientes a distintas etapas del mismo proceso productivo.

La jurisprudencia norteamericana se ha encargado de distinguir entre los "acuerdos simples" de carácter anticompetitivo, sancionados sin admitir

justificación de razonabilidad de los acuerdos con restricciones vinculadas, los cuales si admiten justificación con base en sus posibles efectos procompetitivos, por ejemplo acuerdos de no competencia entre proveedor y distribuidor; o con un ex socio después de la finalización de un contrato, y otras situaciones similares, como pueden ser la protección de distribuidores por la mejor distribución y publicidad que este otorga a los productos del proveedor incrementando sus ganancias que, lejos de obstaculizar la competencia en el mercado, la promueven.

La delimitación de un acuerdo horizontal que viole el interés económico general está lejos de ser claramente definido tanto en la doctrina y en la jurisprudencia, hecho este que ha llevado a mantener la regla de prohibición per se en todos los actos presumiblemente anticompetitivos.

Por otro lado, la habilidad y la astucia de los hombres de negocios, ávidos por generar e incrementar sus ganancias de modo permanente, hace imposible anotar en una simple numeración todos aquellos actos violatorios de la libre competencia.

Se debe considerar también que el afán por tener cada vez más poder en el mercado es de la naturaleza intrínseca de la competencia con lo cual se refuerza la tesis de árbitro más que de juez que corresponden al Estado en esta materia, y al mismo tiempo, el error en que incurre cuando se pretende interpretar estos actos o conductas con un criterio puramente económico.

La claridad y definición de este tipo de acuerdos y conductas es una cuestión legal

más que económica sobre todo si recordamos que el interés económico general (bien jurídico protegido) está más cerca del concepto de bien común que el de "eficiencia económica.

Las Asociaciones y Acuerdos entre comerciantes y hombres de negocios pueden tener variadas y múltiples funciones y objetivos, muchos de los cuales serán legítimos, como pueden serlo el intercambio de información para mejorar aspectos comerciales, de distribución o tecnológicos o bien para representar mejores sus intereses ante el gobierno. Otros, en cambio serán violatorios de la Ley, como son los acuerdos de precio, la división de mercados o los boicots para excluir a competidores, en la medida en que tales acuerdos no tengan como objeto, o sus efectos no sean aparente y efectivamente, restringir o limitar la competencia que darán sujetos al test de la razonabilidad.

8.1. Acuerdo de precios. Este es el acto más paradigmáticamente anticompetitivo y sancionado per se por la mayoría de las Leyes antimonopólicas puesto que los precios constituyen el elemento central y esencial de los mercados.

Es importante destacar que la fijación unilateral de precios no es anticompetitiva, sino cuando forma parte de una maniobra para debilitar o destruir la competencia en el mercado, pero para ello previamente será necesario determinar la posición dominante.

La fijación de los precios puede hacerse de modo directo o indirecto, a modo de ejemplo, podemos enumerar algunos casos:²³

- a) Acuerdos que fijan precios de venta y reventa, y que limita determinados descuentos.
- b) Acuerdos destinados a evitar ventas por debajo del costo, descuentos no relacionados con los costos, y el cobro de precios distintos de los publicados.
- c) Sistemas de precios recomendados por una organización empresarial.
- d) Acuerdos entre los miembros de una asociación empresarial para imponer determinados precios sobre los distribuidores.
- e) Mecanismos destinados a compensar a determinados productos en caso de que vendieran fuera de su mercado local a precios distintos de los vigentes en este.
- f) Convenios destinados a fijar un mecanismo uniforme de cálculo de precios, particularmente en relación con el punto geográfico a utilizarse como base de tal cálculo.
- g) Acuerdos dirigidos a determinar precios mínimos o máximos (contrariamente a lo que suele creerse, la fijación de precios máximos que aparentemente beneficia a los consumidores, puede muchas veces afectar negativamente al mercado en el mediano y largo plazo).
- h) Acuerdos destinados a limitar la fluctuación de los precios respecto de ciertos parámetros fijados a tales efectos.

²³ Cabanelas de las cuevas Guillermo: obra citada

- i) Acuerdos destinados a compensar a las empresas participantes en función de las políticas de precios que adopten.

En el caso particular de los precios máximos, un argumento generalmente utilizado para justificar los acuerdos de precio es la "guerra de precios" (especialmente en los sectores donde los costos fijos son muy altos), por la cual puede llegarse a la desaparición de determinadas empresas, si ello ocurre sin embargo, es porque existía un excedente de capacidad productiva, y en consecuencia, conviene que esta desaparezca para aprovechar tal capacidad excedente y, de este modo, los precios podrán disminuir.

En el caso inverso, puede darse el caso de que el acuerdo pretenda mantener niveles mínimos de inversión, esto implica que el sector se halla sobredimensionado y que deba desincentivarse su incremento.

En el primer caso que llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos en esta materia²⁴, se trató de resolver una fratricida guerra de precios generada entre empresas de transporte por ferrocarriles que controlaban el tráfico oeste hacia el Mississippi, tales empresas crearon una asociación para fijar los precios que cobrarían todos sus participantes, la cual fue demandada por el gobierno. Llegado el caso a la Corte de Distrito ésta sostuvo que tal asociación restringía el libre comercio, por su parte los demandados alegaron estar exentos de la aplicación de la Ley desde que su actividad estaba regulada por la Ley de Comercio

Interestatal y, además, los precios acordados eran razonables según las Leyes del Common Law. La Corte del Distrito acogió estas resoluciones, pero la Corte Suprema, en fallo dividido sostuvo que los transportistas de ferrocarril no estaban exentos de la Ley Sherman y que era innecesario considerar si los precios acordados eran razonables según el Common Law, que todos acuerdo que restringe el comercio se encuentra prohibido.

Las consideraciones efectuadas por la Corte en este caso, lejos de establecer reglas y conclusiones claras, abren una brecha de posibilidades para interpretar a aquellos acuerdos demandados por violar la Ley. No obstante se puede afirmar que a partir de este caso el acuerdo de precios no es prohibido per se por la Ley.

De lo expuesto a cerca de la regla de razón aplicada a los acuerdos de precios pueden deducirse algunos inconvenientes, por ejemplo, lo que puede ser razonable hoy, puede no serlo mañana, lo que otorga alguna inseguridad jurídica si bien parece lógico que así sea atento a su dependencia de múltiples circunstancias. Otro riesgo, más grave quizá, es la supervisión y hasta quizá intromisión que deberían hacer los jueces (o el Organo Administrativo de aplicación de la Ley) sobre los negocios para controlar si los precios son razonables o no.

Como se anotó anteriormente, en los primeros años de la aplicación de la Ley Sherman no había margen para la razonabilidad para las conductas

²⁴ 166, U.S 290 (1897) United States vs. Transmissouri Freight ass'n

anticompetitivas o restrictivas del comercio libre y la ley era interpretada "literalmente".

Es importante destacar que para la Corte norteamericana, aun los acuerdos que tienen como objeto el limitado efecto de "estabilizar" los precios (argumento muy utilizado por aquellos que se ven demandados por este tipo de acuerdos) es ilegal per se.

Como se puede ver el tema del acuerdo de precios y su prohibición per se es espinoso y tiene muchas aristas. Tal vez sea por ello que el fiscal de la Comisión Nacional para el estudio de la Ley Antitrust, ya en 1954, haya procurado distinguir entre aquellos acuerdos que "fijan precios" y aquellos que se realizan en pro de su formación. Según la Comisión, el primero no puede ser justificado, el segunda en cambio depende las circunstancias y condiciones en que es realizado, considerando la competencia afectada con otros objetivos y propósitos de las prácticas competitivas.

En nuestro caso, la cuestión se torna mas grave si consideramos la futura existencia de un Tribunal Administrativo (Consejo Ecuatoriano de la Competencia) con poca experiencia en estas lides y las presiones políticas a las que eventualmente estará sujeto en un país donde los intereses corporativos distan mucho, una cosa si es clara, que estos problemas no se solucionaran con el dictado de una Ley.

Un acuerdo de precios resulta difícilmente justificable, no obstante, existen algunos supuestos (como las abruptas caídas de precios que amenacen con la desaparición del sector así afectado a causa de una caída de las inversiones y un consecuente exceso de capacidad) donde se podrían justificar en la medida que estén destinados a equilibrar los precios a efectos de dar cierta estabilidad al mercado en cuestión. Estos acuerdos de todos modos, deben ir acompañados de otras políticas económicas y comerciales y nunca podrían operar eficientemente por sí solos.

8.2. Discriminación de precios.

El fenómeno de la discriminación de precios, ocurre cuando una empresa cobra un precio diferente por el mismo producto a distintos consumidores, con el objeto de utilizar mejor su poder de mercado en los distintos sub-mercados que abastece y sin que exista una causa originada en diferencias de costos de provisión, esta práctica puede implicar tanto un aumento como una disminución del excedente total de los agentes económicos, pero en todos los casos puede tomarse como una señal de que la empresa tiene poder de mercado en algún segmento de su actividad.

La discriminación de precios sólo es tal si no responde a diferencias subyacentes en los costos de las operaciones que se comparan y sería ilícita en la medida que no responda a los usos y costumbres comerciales.

Para determinar si existe o no discriminación de precios es necesario considerar diferentes facetas como la comparación de precios en el mismo nivel del proceso de comercialización. Esto es al momento de llegar al vendedor del producto (no al comprador). Es decir que si el precio que pagan los compradores es igual pero existen diferencias en el precio neto recibido por el vendedor, habría discriminación de precios.

Otros elementos a considerar son el tiempo en que tales ofertas se realizan al momento de hacer las comparaciones, el nivel de comercialización que éstas comparaciones se hacen, las condiciones de financiamiento obtenidas, la calidad de los productos, etcétera.

Los descuentos con relación al volumen de pedidos pueden hallar justificación en la disminución de costos de comercialización que pueden darse cuando las compras superan determinado nivel, así como también puede hallar justificación aquella diferencia de precios que responda a una contraprestación efectivamente realizada.

La discriminación de precios muchas veces puede ser la única forma que tiene una empresa para posicionarse en un mercado y poder competir, por ello, no siempre estas conductas son anticompetitivas sino sólo aquellas que limiten o restrinjan o distorsionen la competencia de modo "significativo" en el mercado donde operan.

8.3. Cláusulas de No Competencia.

Este tipo de cláusulas pueden incluirse en determinados contratos limitando a una de las partes a competir en determinado territorio, respecto de un producto o en zonas delimitadas. Estas limitaciones, muchas veces no sólo no limitan sino que son necesarias para algunas operaciones del sistema productivo.

De la jurisprudencia se pueden deducir algunos criterios para determinar cuándo este tipo de cláusulas serían anticompetitivas:

- Cuando no sean necesarias para proteger los intereses legítimos de las personas en cuyo beneficio se conviene.
- Cuando se imponga una carga excesiva sobre la persona cuyas actividades se restringen.
- Cuando tiendan a controlar los precios o a limitar artificialmente la producción.
- Cuando tiendan a restringir irrazonablemente la disponibilidad o uso de un bien.

De otro lado, las cláusulas de no competencia serán lícitas en la medida que protejan relaciones de confidencialidad surgidas de la relación contractual o cuando tiendan a promover el flujo de conocimientos técnicos beneficiosos para el interés económico general.

Ejemplos de este tipo de cláusulas pueden ser aquellas que impiden al empleado de una empresa competir con el empleador durante un determinado tiempo inmediatamente después de finalizada la relación laboral entre ellos (con ello se procura que el empleado no utilice los conocimientos obtenidos en la empresa contra ella misma). Las previstas en nuestra legislación como las cláusulas de confidencialidad y exclusividad, el secreto industrial que lleva consigo la práctica de la información no divulgada, establecida en la Ley de Propiedad Intelectual.

8.4. Obstaculizar el acceso al mercado.

Este tipo de actos suele manifestarse a través de los llamados "precios predatorios" (bajo el costo de producción o excesivamente bajos) para destruir la competencia o impedir su acceso al mercado. Para que esto sea viable, es necesario gozar de cierta posición de dominio en el mercado en cuestión.

Otro tipo de conductas que reflejan una obstaculización de acceso al mercado está dada por prácticas comerciales excluyentes ajenas a los precios, como las exigencias de que los anunciantes de determinada localidad se abstuvieran de operar con una emisora radial como condición de admitir su publicidad en cierto diario (que gozaba de un monopolio en el lugar), la realización de campañas publicitarias cuyo costo excede de lo necesario para una colocación provechosa de los productos injustificadamente altos con el propósito de impedir el acceso de

una empresa competidora al mercado.

Es importante señalar que la conducta sancionada es la "obstaculización" y no la "imposibilidad". Es decir, basta con poner trabas al acceso de competidores aunque éste finalmente no se logre.

Algunos actos que obstaculicen el mercado pueden ser los siguientes:

a) Venta por debajo de los precios (precios predatorios)

Para quedar comprendidos en el tipo de conductas que se analizan la venta debajo del costo ha de ser analizada con mucho cuidado pues la disminución de los precios puede ser una consecuencia natural de la competencia. Determinar cuando este tipo de actos es anticompetitivo es de muy difícil determinación.

La doctrina ha elaborado complejas teorías relativas a la determinación de los precios predatorios sobre la base de cálculos de costos medios y costos marginales, de los cuales, se pueden enumerar algunos de los elementos más importantes a considerar para determinar cuando de las acciones predatorias pueden caer bajo la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.

- Debe analizarse en primer lugar, la estructura del mercado a efectos de si éste admite acciones predatorias que puedan tener éxito.
- Debe determinarse si los precios se encuentran por debajo de los costos

medios totales.

- Ha de observarse si existen uno o más competidores actuales o potenciales cuya concurrencia sea susceptible de resultar afectada por la conducta analizada.
- Debe considerarse si han existido variaciones de precios de parte de la empresa cuya conducta se evalúa y su relación con la exclusión de competidores.
- Deberá determinarse en qué medida existen razones legítimas para la disminución de precios cuya naturaleza se busca determinar.

En el caso "Matsushita"²⁵ al analizar la existencia de precios predatorios, la Corte, en sus fundamentos, dijo que:

"Una conspiración de precios predatorios es por su naturaleza especulativa, cualquier acuerdo de precios por debajo del que surja de un nivel competitivo, requiere que los conspiradores obtengan ganancias que van mucho más allá que las que hubieran obtenido de una competencia libre. Estas ganancias podrían ser consideradas una inversión en el futuro. Para que tal inversión sea racional, los conspiradores deben tener una razonable expectativa de recuperar, en forma de un monopolio posterior, más que las pérdidas sufridas..."

²⁵ CARBAJALES, Mariano O. Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia, caso: "Matsushita Elec Ind vs Zenith Radio",

En este sentido, explica el profesor Bork:²⁶ "Cualquier teoría realista de predación reconoce que tanto el predador como sus víctimas, incurrirán en pérdidas durante la pelea, pero tal teoría supone que ésta será un cálculo racional del predador viendo las pérdidas como una inversión en futuras ganancias monopólicas (donde los rivales serán disciplinados). El futuro flujo de ganancias, apropiadamente descontadas, deben luego exceder de la medida presente de las pérdidas".

El predador debe hacer una inversión sustancial sin la seguridad de que podrá recuperarla. Por esta razón, existe consenso entre los especialistas acerca de que los esquemas de precios predatorios rara vez son probados, y mas raramente exitosos.

En la doctrina norteamericana es prácticamente unánime la creencia en el *test* de la eficiencia para determinar los precios predatorios; esto es, las ventas efectuadas bajo un promedio variable de costos. Si la empresa dominante logra probar que puede cubrir sus costos marginales, no existe ineficiencia y, por tanto no existen precios predatorios. Solo una gran empresa con un gran poder de mercado podría sostener ventas por debajo de sus costos hasta eliminar, no sólo la competencia efectiva, sino los futuros competidores que eventualmente entraran al mercado, si no existen obstáculos, al incrementar la demanda por la baja de precios.

²⁶ CARABAJALES. Mariano O. Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia, caso "Antitrust Paradox", 145 (1978)

No debemos olvidar que el éxito de quien conspira con precios predatorios, depende de la futura caída de los precios de mercado para todos los compradores del producto. Si existen también algunos pocos bienes a precios artificialmente bajos para satisfacer la demanda, las eventuales víctimas de la conspiración pueden continuar vendiendo los suyos a precio "real" de mercado y los conspiradores sufrirán pérdidas por un vano propósito. Si en algún lugar pueden tener lugar los precios predatorios, es precisamente allí donde existen perspectivas de obtener "jugosas" ganancias como fruto de la situación monopólica.

8.5. Negativa a satisfacer pedidos.

La negativa a satisfacer pedidos como consecuencia de una acción concertada será prohibida per se en la medida en que esté dirigida contra los competidores y no cuando se deba a otros motivos (políticos, religiosos, personales, etc.) . Si bien este tipo de actos puede obedecer a diversas y legítimas razones cuando se hacen individualmente, difícilmente puedan justificarse cuando son frutos de una acción concertada.

Para encuadrar en este tipo de conductas sancionadas por la Ley, es necesario que la negativa se dirija a "pedidos concretos" y que no esté justificada por los usos y costumbres comerciales del producto en cuestión y las condiciones vigentes del mercado.

Los casos más frecuentes que encuadran en este tipo de actos son aquellos donde la negativa a satisfacer pedidos se impone como modo de sanción a aquellos minoristas que no han cumplido con las condiciones establecidas por los productores relativas a la comercialización del producto. Otras veces, estas negativas responden a exigencias impuestas por asociaciones de empresas o cámaras empresarias con relación a las condiciones en que debe comercializarse el producto en cuestión. En estos casos, habrá que ver si tales limitaciones responden o no al interés económico general.

8.6. *Joint Venture.*

La cuestión de los emprendimientos conjuntos (Joint Ventures) entre empresas merece una atención particular desde la legislación antimonopolio, ya que en relación a los mismos cabe hacerse dos preguntas básicas: la primera, si la asociación entre las partes eliminaría la actual o potencial competencia entre ellas, de modo que disminuya en forma sustancial la competencia en el mercado; la segunda, el propósito que persiguen las partes en la asociación y el efecto interno entre ellas, esto es, si la restricción de la competencia que se produce entre las partes es o no necesario.

A primera vista los Joint Ventures son esencialmente cooperativos, es decir, las partes se unen para colaborar en una actividad común y por un tiempo

determinado, lo que parece no ser contrario a la legislación antimonopolio y merecería ser analizados bajo en test de la razonabilidad salvo que se trate de fijación de precios o divisiones de mercados. En concreto habrá que sopesar las ganancias en eficiencia de la asociación con sus costos (tanto sociales como económicos).

Dos casos fallados en los años cincuenta pueden ilustrar lo que se mencionó en el párrafo anterior . En el primero, *Timken Roller Bearing Co. Vs. United States*.²⁷ La Corte rechazó el análisis de la parte demandada acerca de Joint Venture con un empresario Británico para comprar el stock de un fabricante también Británico de piezas rotativas. El Acuerdo incluía entre otras cosas un convenio sobre los precios a nivel global y una división territorial. La Corte sostuvo que:

"Ya ha sido establecido en decisiones anteriores que aquellos Acuerdos que promuevan una restricción al comercio como la que se incluye en el presente acuerdo, son ilegales bajo la Sherman Act".

En el segundo, "*United States Vs. Morgan*"²⁸ se trató un caso relativo a Bancos de Inversión y un Sindicato de Suscriptores formado para nuevas emisiones de título. En el caso los bancos acordaban con el emisor que durante la oferta inicial el precio sería el de oferta al público en su esfuerzo por atraer capital comercializando el stock de un mercado ordenado.

²⁷ 341,Us. 593 (1951)

²⁸ 118 F, Supp. 621-S.D.N.Y. (1953)

La Corte del Distrito entendió que este Acuerdo conjunto sobre el nuevo mercado no era una irrazonable restricción a la competencia. Para decir esto, la Corte se basó en la preduración del Acuerdo y su necesidad. Después de que la emisión fuera lanzada el Acuerdo finalizaría y nuevas asociaciones, comprendiendo diferentes firmas, se formarían de manera constante. Más aún, el efecto más significativo del Sindicato fue aumentar el capital de riesgo a un bajo costo.

Lo importante de los casos señalados es el criterio utilizado para ver si un Acuerdo es o no contrario a la Sherman Act. Ello dependerá de una estimación total de sus propósitos así como de un detallada análisis de sus posibles beneficios, daños y alternativas (menos restrictivas) posibles

Finalmente, y como los Acuerdos de Joint Venture y colaboración son cada vez más crecientes en el mercado, es importante tener en cuenta que los miembros del Acuerdo no deben excluir que otros competidores participe en él y, en tal caso, deberán explicar y justificar tal exclusión.

9. Actos Verticales.

Los actos verticales son aquellos que se dan entre empresas que no compiten entre sí, sino que se encuentran en distintos niveles del proceso de producción (por ejemplo, productor-distribuidor).

La aplicación de la Sherman Act de los Estados Unidos, a los actos verticales es ilustrativa del peso que ha tenido el criterio de la "regla de razón" o "razonabilidad" sobre el criterio per se. No obstante, para dar claridad y seguridad a los procedimientos y a la jurisdicción administrativa la Corte aún cuando sea su función sea preferentemente la de orientar las políticas y sentar principios generales, más que la de suscribirse a resolver problemas concretos, ha optado en no pocas oportunidades, por la aplicación de la regla per se. De todos modos, y de ello constituyen un ejemplo los actos verticales, existen varias materias y áreas sobre las cuales el test de la razonabilidad tiene plena vigencia.

Un típico ejemplo de industria verticalmente integrada se puede observar en la industria del petróleo. Allí, por ejemplo, quien produce también refina y es quien distribuye al público a través de los contratos de licencia con las estaciones de servicio.

Los motivos que pueden llevar a una firma a integrarse con otras pueden ser varios pero, generalmente, se traducen en reducir costos y ganar en eficiencia.

Los actos verticales pueden ser clasificados en dos categorías: primero, aquellos que restringen la distribución de un producto y, segundo, aquellos actos que excluyen o cierran la posibilidad de ingreso de nuevos competidores.

Ejemplos de los primeros son los acuerdos verticales de fijación de precios;

ejemplos de los segundos son las llamadas "cláusulas atadas" por las cuales el comprador de un producto es obligado por su vendedor (con poder monopólico) a comprar otro producto ajeno al primero o adquirir otras prestaciones que no guarden relación con el producto vendido.

9.1. Acuerdos de distribución exclusiva.

Los acuerdos de distribución exclusiva es otra de las típicas formas de acuerdos verticales anticompetitivos. Por este tipo de acuerdos, el fabricante o productor vende sus productos al distribuidor a condición de que éste no adquiera productos de los competidores. Aquí, la integración no se produce a través de un producto "atado", sino a través de un proveedor "atado".

En el caso "United States vs. Arnold Schwinn and Co."²⁹ La Corte admitió las restricciones territoriales impuestas por los fabricantes en las consignaciones siempre que probaran retener el título, el dominio y los riesgos que de ello se derivan.

En el caso se trataba del principal fabricante de bicicletas en el mercado de los EE.UU., quien distribuía sus productos de dos modos: uno, a través de las cadenas mayoristas quienes a su vez vendían a través de franquiciados, y otro,

²⁹ CARABAJALES. Mariano O. Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia, caso 388, U.S, 365 (1967).

por el cual Schwinn vendía directamente a los franquiciados para que vendan sus productos al público pagando por ello una comisión a los mayoristas para que les cedan sus órdenes. Este último plan no era otra cosa que un arreglo de consignación para que las bicicletas fueran vendidas directamente por los franquiciados al público. Los distribuidores mayoristas no podían vender fuera de su territorio asignado en exclusiva y los comerciantes no podían vender sino al público y no a otros comerciantes. La pregunta que se hizo la Corte en el caso, es la siguiente: ¿son las restricciones verticales territoriales en los acuerdos de distribución prohibidas per se por la Ley antimonopolio o debe analizarse su "razonabilidad"?

En un primer vistazo, la Corte sostuvo que tales restricciones deberían ser analizadas bajo la regla de la razón cotejando las prácticas en el rubro y su impacto sobre el mercado. Pero después, y he aquí lo interesante del caso, sostuvo que las restricciones verticales de territorio y otras impuestas en este tipo de acuerdos que daban prohibidas per se por la Sherman Act. No obstante, continuo la Corte, cuando se prueba que:

"El título, el dominio y los riesgos permanecen a cargo del fabricante y el distribuidor solo toma los bienes en consignación, las restricciones verticales solo violan la Sherman Act si son irrazonables".

En "Arnold Schwinn" se observa como la Corte Norteamericana vuelve a apelar a

su tradicional postura protectora de los derechos de propiedad cuando en realidad, el tema a debatir en el caso es otro, a saber: si las restricciones que se hallaban en discusión contribuía o no a un sistema más eficiente de distribución, incrementando la competencia y, de ese modo beneficiaban a los consumidores.

No obstante, la semejanza de las situaciones, en los casos de distribución de exclusiva la jurisprudencia parece estar gobernada por un criterio distinto de interpretación al de la fijación de precios y las cláusulas atadas.

En la Doctrina Norteamericana, a partir de los años ochenta y bajo la influencia neoliberal de la Escuela de Chicago, estos acuerdos fueron vistos favorablemente al punto de afirmar que no merecían su tratamiento bajo la legislación monopolio. Se los comenzó a ver como una simple forma de competir, bajo la primacía de la autonomía de la voluntad. Si en el mercado relevante existe una efectiva "interbrand competition", es el propio mercado el que sancionará al fabricante por sus precios altos respecto a esos competidores. Lo único que debe perseguir la legislación antimonopolio, a la luz de esta doctrina, son los carteles y monopolio, los cuales implican una situación excepcional de producción homogénea y acuerdo entre los fabricantes.

Para conciliar la aplicación de la Sherman Act a este tipo de acuerdos la jurisprudencia ha variado su aplicación de la regla de la razón, la cual no parecía suficiente y parece haber optado por otorgar a los acuerdos de distribución restringida una presunción de legalidad, la cual se rompe si:

1. Existe por parte de la empresa franquiciante "cierto poder de mercado" y
2. No exista competencia efectiva entre los sistemas de distribución en el mercado definido como relevante.

En la Unión Europea las excepciones previstas no solo comprenden los "acuerdos de distribución restringida" es decir, con protección territorial sino también los "acuerdos de compra exclusiva.

Bajo la reglamentación europea, los acuerdos de distribución restringida estipulan una serie de obligaciones básicas: los acuerdos han de ser bilaterales; solo para la reventa de productos (o que no afecte significativamente al precio del producto); con un territorio definido (no impide vender a otros revendedores que venda fuera del territorio protegido); y otros como servicios post venta, promoción, renovación de stocks, etc., a su vez, las restricciones permitidas tienen el carácter de: no distribuir ni fabricar productos que compitan con el contrato, una política activa de ventas, suministro exclusivo del fabricante.

Quedan excluidos de la reglamentación los fabricantes competidores entre sí (acuerdos horizontales) y las medidas que impidan las "importaciones paralelas" (fuentes alternativas de suministros. Por otro lado, la misma reglamentación prevé causales de revocación de los acuerdos de distribución restringida: falta de fuentes de provisión fuera del territorio; dificultar el acceso a otros proveedores, inexistencia de productos que compitan.

En relación a las franquicias la Unión Europea también posee un reglamento específico que fija las condiciones de su validez frente a las normas de defensa de la competencia. Así, el reglamento solo admite las franquicias de "distribución final" a los consumidores y de prestación de servicios pero no los de tipo industrial (entre industriales) o ventas al por mayor. Estos últimos requerirán una autorización individual de la comisión europea. Las franquicias se distinguen de los acuerdos de distribución restringida en que en estos no hay signos ni distintivos comunes y no se pagan regalías.

Las franquicias pueden definirse como el conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual que incluyen materias como el Know How, marcas, rótulos, derechos de autor, y otros, que deberán explotarse para la reventa del producto o su presentación a los usuarios finales.

La determinante en este tipo de acuerdos es la "plusvalía" del producto (donde generalmente existe mucha fabricación y poca distribución). En este tipo de actos existe una "lista negra" (cláusulas prohibidas) como son: los acuerdos entre competidores, los productos procedentes de terceros, las restricciones a otorgar el Know How una vez finalizado el contrato, las imposiciones verticales de precio y las cláusulas de no impugnación. Por otro lado, dentro de la "lista blanca" (cláusulas permitidas) se encuentran: el respeto a la calidad; suministro de los productos, no competir fuera del territorio con franquiciante y otro franquiciado con convenio singular.

Las restricciones que suele tener el franquiciador son las de no conceder el derecho de explotación a terceros, la explotación por si mismo y el no suministro por si mismo a terceros.

10. Abuso de posición dominante.

Luego de los actos competitivos con efectos dinámicos y estructurales sobre la competencia, la práctica prevé otro comportamiento anticompetitivo: el abuso de una posición dominante.

El concepto de posición dominante es un concepto objetivo que implica la posición de una empresa que con su sola presencia tiene una influencia en el mercado tal que su conducta pueda debilitar la estructura del mismo y que recurriendo a métodos distintos de la competencia normal afecta el grado competencia existente.

El abuso de la posición dominante lleva implícito gozar de esta situación previamente en un determinado mercado geográfico o de producto.

En este sentido la legislación antimonopolio deberá tomar en cuenta que no se debe sancionar el monopolio o la posición dominante en sí misma sino en la medida que este poder se ejerza de un modo abusivo.

Se puede tomar como punto de partida que en algunos textos relacionados con la defensa de la competencia se establecían que la posición dominante se daba en dos supuestos:

- a) Cuando una persona es para un determinado producto o servicio, la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial.
- b) Cuando la posición dominante se da entre una pluralidad de personas en las mismas condiciones que en el inciso precedente y no existe una competencia efectiva entre ellas o por parte de terceros.

De las situaciones previstas pueden extraerse algunos conceptos importantes a considerar: primero, se habla de personas y no de empresas, por lo tanto cuando sea un grupo o conglomerado el que goce de una posición de dominio la evaluación de sus conductas deberán hacerse bajo el inciso b.

El otro elemento a considerar es la definición de mercado (sea de producto o geográfico) pues este es esencial para determinar la posición de dominio. Debe tenerse en cuenta también que el supuesto del inciso b) se deduce que la sola existencia de una pluralidad de empresas no implica que exista competencia entre ellas. Por ello se habla de "competencia efectiva".

Estos conceptos dados por fuentes basados en la legislación de la Unión Europea,

es conveniente señalar los elementos que la doctrina y la jurisprudencia de este mercado común ha elaborado a efectos de determinar las posiciones de dominio.

- Número de empresas que actúan en el mercado relevante.
- Participación proporcional de la empresa en ese mercado relevante.
- Tamaño absoluto de la empresa.
- Relación precios-costos de la empresa.
- Relación con proveedores y canales de distribución.
- Elasticidad de la demanda.
- Poder de fijación de precios.

Cualquier abuso por una o más empresas de una posición dominante dentro del mercado común o en una parte sustancial de él, será prohibida como incompatible con el mercado común en tanto pueda afectar el comercio entre los estados miembros.

Tal abuso podría en particular consistir en:

1. Imponer directa o indirectamente precios discriminatorios de compra o venta u otras condiciones de comercio.
2. Limitación de producción, mercado o desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores.
3. Aplicación discriminatoria de condiciones de transacción ante situaciones equivalentes causando a la parte afectada por tales condiciones,

desventajas competitivas.

4. Sujetar la conclusión de contratos a la aceptación de obligaciones suplementarias, que, por su naturaleza o de acuerdo al uso comercial, no guardan conexión con la materia de aquellos contratos.

Esta normativa se basa en la teoría económica de la "competencia efectiva", corriente en los años 1930-1950, que se funda en un modelo económico de estructura del mercado, la cual afecta la conducta de las firmas, su actividad. Es importante remarcar que la legislación de la Unión Europea no sanciona la existencia de la posición dominante o su adquisición sino el "abuso" que de tal posición se haga en perjuicio de otras firmas y, en consecuencia del mercado competitivo.

En un documento elaborado por la Comisión de la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) se dice que existe posición dominante "cuando una o más empresas pueden incidir en medida sustancial sobre las decisiones de otros agentes económicos mediante una estrategia independiente, de modo que una concurrencia practicable y suficientemente efectiva no pueda desenvolverse ni mantenerse en tal mercado".

En el mismo sentido, ha dicho que: "las firmas detentan una posición dominante cuando tienen la posibilidad de actuar en forma plenamente independiente, en otras palabras, cuando pueden conducir sus negocios sin consideración de las reacciones de sus competidores y clientes. Esto puede ocurrir cuando las

circunstancias económicas generales y las condiciones particulares del mercado se combinan de forma tal que las firmas con una posición de mercado establecida, acceso a las materias primas y adecuada capacidad industrial y recursos de capital se encuentran en la posición de controlar la producción y la distribución en una parte sustancial del mercado".

En el caso "Continental Can" la Comisión Europea ha definido el concepto de posición dominante en los siguientes términos: "las empresas se encuentran en una posición de dominio cuando tienen el poder de comportarse independientemente, cuando pueden actuar sin tener en cuenta a sus competidores, proveedores o clientes. Esta es la posición cuando, a causa de su participación en el mercado combinada con sus conocimientos técnicos, materias primas o capital, ellas tienen el poder de determinar precios o controlar la producción o distribución en una significativa proporción de los productos en cuestión. Este poder no necesariamente tiene que derivar de una absoluta posición de dominio que permitan a las empresas que lo sustentan eliminar a todos sus competidores, pero basta con que tengan la fuerza suficiente para asegurarse una total independencia de su conducta, incluso, si hay diferencias de intensidad en su influencia en diferentes partes del mercado..."

Para llegar a determinar el abuso de posición dominante, entonces son necesarias dos cosas. Primero, definir el mercado relevante (geográfico y de producto) y luego el poder de dominio que la empresa pueda tener sobre el. Determinar el mercado relevante no siempre es una tarea fácil, depende de la definición más

amplia o más estrecha que se de en producto en cuestión. Cuanto más estrecha sea esa definición, más grande será su mercado, puesto que hallará menos sustituibilidad de tal producto. A la inversa cuanto más amplia, más pequeño será su poder de mercado, puesto que será más fácil hallar productos sustituibles y al cual los clientes se adaptarán rápidamente.

10.1. El mercado relevante.

En la Comisión Europea ha existido una tendencia, seguida por el Tribunal de Luxemburgo, de aproximar una definición de "mercado relevante" basándose en las siguientes cuestiones:

- a) Que firma está siendo acusada;
- b) Que productos de la firma acusada son los cuestionados;
- c) Quien compra tales productos;
- d) Si existe sustituibilidad de producto a los que los clientes se puedan adaptar fácilmente sin mayores distorsiones en sus negocios.

Esta especie de test adoptado por la Comisión Europea parecería diferir de aquel adoptado en el caso "Continental Can" y se ubica más bien del lado de la demanda más que el de la oferta (productor o proveedor) y en el corto plazo. Este test puede resultar en una definición muy estrecha del mercado donde los clientes son muy dependientes de un proveedor y este último tiene poco poder para elevar

sus precios porque hay una gran facilidad para que nuevos competidores entren en su mercado de producto.

Otro aspecto importante a considerar es el momento en que se define el poder del mercado, es decir, si es en el momento en que este es definido o posteriormente considerando ya la entrada de nuevos competidores. En el caso "British Pasterboard"³⁰, la comisión consideró la factibilidad de productos sustitutos no cuando se definió el mercado, sino en un paso posterior cuando el poder de mercado ya se había establecido. No importa en que momento se fija el poder del mercado en la medida en que este no se revela. La Corte es constante en sus pronunciamientos requiriendo a la comisión que defina el mercado relevante y de razones y elementos considerados para tal definición.

De sus pronunciamiento parecería que la Corte ha adoptado un prudente criterio de valoración al momento de evaluar el mercado relevante de una empresa considerando sus dos lados, la oferta y la demanda.

En el caso "United Brands", la Corte adoptó una definición muy estrecha de mercado como pocos economistas la hubieran hecho. En tal caso ha dicho el tribunal que:

"Para que las bananas sean vistas como formando un

³⁰ O.J.L.10/50, par.108: "la posible sustitución del producto podría ser tomada en cuenta cuando se considera si una posición dominante existe...".

mercado el cual es lo suficientemente diferenciado del de otras frutas, ha de ser posible distinguir claramente en aquella fruta las propiedades que la diferencian del resto y que la hagan "insustituible" a la vez que tales propiedades son difícilmente perceptibles por sus competidores"

Todas estas consideraciones se inclinan a favor del análisis de los "efectos" de las conductas antes que a los análisis ex ante, los cuales encierran altos riesgos de tener consecuencias negativas para la competencia. Es necesario insistir una vez más en la utopía de la "competencia perfecta" y en la realidad y la conveniencia de conceptos como "mercado desafiante", "competencia efectiva", "efectos apreciables", y otros tales que pueden observarse en la jurisprudencia de la Corte y en las investigaciones de la Comisión y que le han servido como "válvula de escape" ante interpretaciones demasiado rígidas, permitiendo de ese modo una razonable y "flexible" interpretación al momento de analizar los efectos de ciertas conductas sobre el mercado, punto esencial en esta materia donde una falsa dialéctica pueda inducir a graves errores. Se debe tener en cuenta que más que conductas aisladas y perfectamente definibles, existen personas que en su comportamiento económico, como es lógico, procuran obtener el mayor beneficio al menor costo posible.

10.2. Factor Tiempo.

La Corte de Luxemburgo aceptó que la Comisión Europea debe establecer la elasticidad cruzada de la oferta y la demanda pero en un tiempo más corto que el que sería usado por los economistas, tanto en Europa como en América. Estos sostienen que la competencia operan en el largo plazo, definido como el tiempo necesario para construir una nueva planta.

En el tiempo "más corto" al que aluden la Corte y la Comisión, las barreras de entrada son prevalentes. Ellas incluyen las necesidades de inversión en una planta, una determinada reputación, una buena cadena de distribución comercial, y muchos otros bienes que no permiten a las empresas el poder mantener altos precios por mucho tiempo sin el riesgo, o incluso la certeza, de perder participación en el mercado. En el caso "Michelin" la Corte observó que toma tiempo construir una nueva fábrica y acostumbrar a los clientes a una nueva marca. Por ello, la creación de una nueva capacidad podría ser ignorada. No obstante, Michelin no podría explotar su posición dominante por mucho tiempo o del todo si Goodyear pudiera construir una planta en otros países. La necesidad de descubrir esta posibilidad, limitaría la probabilidad de Michelin de abusar de su posición de dominio en el tiempo que esto le lleve.

10.3. Situaciones de emergencia y dependencia de los consumidores.

Una mención a parte se debe dar a los casos de situaciones de emergencia decretados por los gobiernos fijando precios máximos y donde ciertos productos básicos puedan devenir escasos.

En el caso "Bp vs. Commission"³¹ la Comisión Europea decidió que durante un período especialmente sensible cuando se ha fijado un precio máximo al petróleo ha sido impuesto por el gobierno a un nivel que los proveedores no alcanzan a cubrir sus costos:

"...Los clientes pueden convertirse en totalmente dependientes de tales proveedores a causa de la escasez de productos. De este modo, mientras tal situación de emergencia continúa, los proveedores se encuentran en una posición de dominio respecto de sus clientes normales".

Con motivo de este caso, uno de los Abogados Generales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recomendó no aceptar tal decisión arguyendo que:

"En una situación de emergencia temporaria como la planteada, un comerciante no puede distribuir sus productos desentendiéndose totalmente de la actitud de sus clientes. Debe tener en cuenta que, una vez que la emergencia finalice

³¹ CARABAJALES. Mariano O. Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia, AD-HOC, Villela Editores, Buenos Aires-Argentina, Primera Edición marzo de 2.003

tendrá memoria de sus negociaciones durante tal período excepcional de escasez. Los clientes están facultados para recibir un tratamiento favorable tanto por una cuestión de derecho como por una cuestión de buena fe comercial..."

La argumentación citada cobra importancia si se tiene en cuenta que centra su atención no en una cuestión de precios, sino de distribución de bienes. Por ello, no se debe hablar de poder de mercado del proveedor cuando este no tiene libertad de fijar sus propios precios de manera que le permitan cubrir sus costos operativos. La Corte no consideró si la empresa gozaba de una posición dominante.

De lo expuesto, se puede ver como la noción de clientela dependiente bien podría derivar del concepto de origen alemán de "subgrupos" contra los cuales determinados proveedores pueden discriminar y sobre los cuales tales proveedores gozan de una posición dominante.

10.4. Número de empresas.

Siguiendo el modelo europeo referido a la posición dominante, habla de una o más personas, o de una o más empresas. La Comisión Europea ha tratado de establecer que tal acción debía ser colectiva, esto es, cuando dos o más empresas actúan bajo un acuerdo de cartel.

En el caso "Flat Glass" dicho organismo condenó los acuerdos entre tres firmas distribuyendo cuotas y fijando precios y al mismo tiempo, sancionó también a las mismas empresas por abuso de posición dominante, considerando que actuaban ante el mercado, como una entidad única.

11. Otros actos anticompetitivos.

Es importante hacer una clasificación superficial de las acciones anticompetitivas, que tienden a obstaculizar la capacidad de competencia de los rivales, entre las cuales se anotan principalmente las siguientes:

Acciones que impiden a los competidores el acceso a insumos o clientes;

Acciones que no les impidan dicho acceso, pero que están diseñadas para aumentar su costo y/o reducir sus precios de venta.

11.1. Acciones que impiden a los competidores el acceso a

insumos: Básicamente esta acción consiste en las cláusulas de exclusividad, las mismas que consisten en obligar a un cliente a cumplir todos sus requisitos a través de compras al actor predominante, éste último podría imponer la cláusula ya que no se la puede evadir, el efecto podría ser impedir que los competidores encuentren salida para sus productos, lo cual podría llevar a su exclusión.

Estrategias que se relacionan a esto son las rebajas por lealtad, que dificultan que los clientes cambien de proveedor de la empresa predominante a otros vendedores para aprovechar ya sea de precios bajos temporales o de mejor calidad que los competidores ofrecen. Otra conducta anticompetitiva que se relaciona con esto, es la presión que ejerce el actual predominante sobre el cliente o proveedor para que no comercie con el competidor, o para que comercie con él bajo términos que limite su capacidad para competir.

Sin embargo se debe reconocer que las cláusulas de exclusividad tienen, por lo general una justificación desde el punto de vista comercial, la empresa podría comprar unidad de insumos que no pretende usar con el fin de reducir la probabilidad de entrada de competidores potenciales, la adquisición se podría lograr directa o indirectamente a través de un acuerdo exclusivo de abastecimiento con el propietario de las instalaciones o insumos escasos.

Esta es la forma más directa de privar a los competidores de clientes o de fuentes de abastecimiento, el asunto pertinente tiene relación con la forma en que la práctica debería tratarse cuando la iniciativa de adquisición se de por parte del cliente o del proveedor.

11.2. Acciones diseñadas para aumentar el costo y/o disminuir el precio de venta del rival:

Marcas competidoras y precios inferiores al costo.- Estas son marcas temporales o secundarias de los productos al consumidor que una gran empresa introduce para disciplinar a los competidores existentes o desalentar el ingreso de nuevos competidores, al introducir una marca competidora la gran empresa intenta segmentar su mercado y proteger su marca principal, la marca competidora iguala los precios más bajos de los competidores y permite mantener precios más altos para consumidores que se preocupan menos por el precio, generalmente la marca competidora se abandona una vez que el competidor ha sido disciplinado o ha desaparecido.

11.2.1.. Especificaciones del producto exclusivas.- La empresa predominante puede también actuar de manera exclusiva al pedir que el organismo regulador que establece los estándares, los imponga para toda la industria que se adaptan a sus productos, esto podría elevar los costos de los rivales obligándolos a adaptar las especificaciones del producto que se ofrece, adicionalmente una firma predominante podría manipular la especificación de un producto "A" en el cual mantiene un monopolio para hacerlo incompatible con un producto "B", elaborado por otra empresa, esto tiene un efecto exclusivo sobre la otra empresa cuando los productos A y B tiene que utilizarse juntos, el motivo para esta manipulación podría ser que la empresa dominante quiere convertirse en el único vendedor del producto B .

Es importante que las autoridades de competencia establezcan un vínculo causal

entre la predominancia y los potenciales efecto anticompetitivos ya que las prácticas comerciales que son admitidas cuando se realizan por firmas que no son predominantes, pueden volverse abusivas cuando son realizadas por un autor predominante.

Es abusivo también obligar a los competidores a incurrir en costos legales para protegerse de demandas judiciales o de amenazas, la manipulación de procesos administrativos puede funcionar como una estrategia anticompetitiva es por esto que la legislación antimonopolio, prevea la aplicación a estos casos de abusos de los procesos judiciales o administrativos.

En la doctrina anglosajona, el monopolio es un delito que puede ocurrir incluso sino se ha logrado aún el predominio, por lo que hay que diferenciar dos procedimientos básicos para la obtención del monopolio; el uno a través de actos anticompetitivos y el otro a través de la intención de lograr el monopolio excluyendo a los rivales. La intención requerida se puede ingerir a la conducta del acusado, sin embargo en una acción las Cortes deben probar que existe al menos una probabilidad peligrosa de que la empresa involucrada logre establecer un monopolio.

Sin embargo de lo mencionado en el párrafo anterior la intención anticompetitiva puede estar dentro de las disposiciones civiles, en este sentido el requisito para probar una intención anticompetitiva es menos rigurosa que bajo un contexto penal, a pesar de esto el elemento intencional en principio puede ser satisfecho ya

sea a través de evidencia subjetiva (tal como evidencia que la parte predominante pensó que la estrategia podría ser exclusiva) o de evidencia objetiva (de las inferencias basadas en los efectos de las acciones o de las circunstancias del entorno).

Probar del abuso del predominio requiere tres elementos: 1) que la empresa controle el mercado; 2) tener un precedente, ya sea que esté actualmente inmersa o lo haya estado en el pasado en una práctica anticompetitiva; y, 3) que la práctica tenga o un efecto real o probable en el impedimento o reducción considerable de la competencia.

Adicionalmente se puede abusar del predominio al disminuir la competencia a través de prácticas exclusivas; y, al establecer precios considerados excesivos, conocido generalmente como un abuso explotador.

12. Excepciones.

El tipo de actos y conductas señaladas anteriormente admiten en la Jurisprudencia Estadounidense y las normas específicas de la Unión Europea ciertas excepciones. Entre ellas, podemos citar las siguientes:

1. Necesidad de ingresar en un mercado donde existen barreras sustanciales de acceso para nuevos competidores.

2. Asegurar el correcto funcionamiento de equipos con ciertas complejidades técnicas.
3. Los casos de licencias y franquicias (contratos de distribución) donde por la naturaleza de este tipo de contratos, el Licenciado o Franquiciado se obliga a utilizar solo los productos suministrados por aquel.

La Legislación Norteamericana también admite excepciones expresas a la Sherman Act como son los casos de las Asociaciones de Trabajadores y los servicios públicos que normalmente tienen sus propias regulaciones y "agencias" reguladoras, asociaciones cuyas actividades pueden tener un interés nacional o de estado (como la agricultura y la pesca) bancos, compañías de seguros y de exportación.

Otro elemento importante a tener en cuenta para ver si las conductas aquí analizadas caen bajo la aplicación de una Ley antimonopolio es la "subordinación" de las operaciones cuestionadas y su "imposición". Es decir, que la vinculación ha de ser impuesta por la parte que se supone dominante en la relación y es en ella sobre quien recae la sanción. Por otro lado, el cumplimiento de la prestación u operación debe ser por parte de quien realiza tal "subordinación". Una cuestión que toca resolver a la Jurisprudencia, es la de determinar la naturaleza de la relación entre el producto vinculante y el vinculado y los "usos y costumbres comerciales" de su comercialización.

Muchos actos anticompetitivos verticales coinciden con los ya comentados actos

horizontales.

Los actos verticales más característicos en la actualidad son las llamadas "franquicias", donde por los efectos procompetitivos que estas han demostrado tener dentro del sector de distribución comercial y la promoción de distintas marcas, la restricciones que este tipo de contratos implica, han sido admitidas bajo un análisis de "razonabilidad".

Otros actos competitivos verticales pueden ser:

- Fijación de volúmenes máximos o mínimos de venta;
- Restricción de clientela;
- Restricción respecto a la exhibición de productos;
- Restricción en la utilización de productos;
- Prohibiciones de reventa.

De lo hasta aquí expuesto se puede observar dos interpretaciones o modos de aplicación de la Legislación Antimonopolio: una interpretación continental-europea y otra originaria norteamericana. La primera se funda en la libre circulación de mercaderías, con una interpretación amplia, donde todos los acuerdos quedan incluidos, con una valoración ex post de las conductas y con un fuerte poder de las autoridades encargadas de aplicar la Ley. Algunos de los problemas que presenta este tipo de presentación son la falta de validez provisional de los acuerdos que se notifican como presumiblemente violatorios de la Ley y la falta de

recursos humanos y financieros que requieren las investigaciones y el control que esta modalidad implica. Además, los reglamentos por los que se otorga las exenciones no son del todo claros y en el caso de no quedar comprendidos en ellos, siempre queda el recurso de lograr la autorización individual. Esto no contribuye a la vigencia de la Ley y al funcionamiento del sistema.

Por otro lado, la visión norteamericana otorga más importancia a las conductas sin importar su denominación o clasificación (actos horizontales o verticales, distribución restringida, importaciones paralelas, etc.) y todas reciben el mismo tratamiento antimonopolio. Este modelo, parece más flexible y conveniente puesto que salva algunos problemas de aplicación que suscita en modelo europeo. Así mismo, es necesario darle un contenido preciso a la regla de la razón, una especie de principios inductivos como la "presunción de legalidad" de los acuerdos, a menos que: exista una posición dominante y se restrinja la competencia.

CAPITULO IV

SANCIONES E INFRACCIONES

ORGANISMOS COMPETENTES

13. Teoría Jurídica de las sanciones por infracción a la competencia.

La sanción es la consecuencia dañosa normativamente establecida, que se impone como castigo al autor del hecho que constituye una infracción al ordenamiento jurídico.

En otros términos, es un medio indirecto con que cuenta el poder público para mantener la observancia de las normas, restaurar el orden jurídico violado y evitar que prevalezcan los actos contrarios al derecho estipulado en ellas.

El Orden Jurídico Positivo concluye con la sanción como elemento irreductible en el silogismo lógico jurídico. La sanción representa la última fase del proceso de aplicación de la norma, en este sentido es el elemento existencial que actualiza la vigencia del derecho.

Así, por cuanto si no existiese en el mismo ordenamiento una sanción coactiva para que el supuesto de que la sanción impuesta no se cumplimente, la obligación

jurídica de comportarse de determinada manera solo quedaría relegada a una pura expresión de deseos, dependiendo su acatamiento de la sola voluntad de los individuos.

En este orden quedaría incompleta la regulación de defensa de la competencia sino se estableciera las sanciones correspondientes a las conductas que configuran infracciones a la competencia.

Las sanciones persiguen entonces una doble finalidad a fin de asegurar la eficacia del ordenamiento jurídico en el que se impone. Por un lado preventivo, que busca motivar a los sujetos a los que se dirigen a cumplir con el deber estatuido, y por el otro represiva, que ante la violación castiga o restablece el equilibrio violado por la ilicitud.

En el ordenamiento jurídico positivo encontramos un complejo de sanciones previstas para asegurar el imperio del derecho de la competencia en el mercado. Las mismas se identifican según su naturaleza, el órgano competente para su aplicación, los sujetos pasivos a quienes se aplican, la concurrencia y el derecho aplicable en cada caso.

14. Naturaleza de la sanción.

Si bien todas las sanciones previstas en los ordenamientos jurídicos de esta

materia concurren a asegurar la defensa de la competencia, las decisiones concretas que imponen las sanciones constituyen actos punitivos que según su naturaleza pueden ser de índole administrativa, civil o penal. Ello depende del contenido de la sanción, el bien tutelado, el deber o prestación incumplido y el tipo de infracción en cada caso.

14.1 Sanciones Administrativas.

La sanción administrativa que corresponde aplicar en esta materia tiene carácter contravencional, en tanto supone una pena por haber cometido una infracción (o contraversión) contra el orden jurídico que tiene en miras el bien general.

En este caso la conducta antijurídica se produce por el incumplimiento del deber de colaborar con la libre competencia en el mercado, "de modo que pueda resultar en un perjuicio para el interés económico general".

La aplicación de sanciones administrativas contravencionales no contraría el principio de la división de poderes. Por lo demás, entre las limitaciones de jerarquía constitucional figura la que obliga a que el pronunciamiento emanado de organismos administrativos quede sujeto a control judicial suficiente.

Dicho lo anterior y a manera de conclusión las sanciones de tipo administrativo son aquellas que se corresponden con las infracciones al ordenamiento jurídico

regulatorio de la competencia, las que generalmente constituyen ilícitos administrativos, llamados también contravenciones.

La facultad sancionadora atribuida a la administración se impone para reprimir transgresiones producidas en un ámbito cuya competencia y cuidado ha sido previamente encomendado a la administración. En este caso, la defensa de la competencia ha sido atribuida a la administración.

Este tipo de sanción es aplicado en sede administrativa por la comisión responsable de la tutela del régimen de competencia. Las sanciones administrativas no integran una categoría menor en relación con las de índole penal, y en definitiva lo que diferencia a unas sanciones de otras es el bien jurídico protegido, que en uno u otro caso es diferente, no correspondiendo, en consecuencia establecer una gradación en cuanto a la gravedad de las infracciones.

No hace falta aclarar que en la aplicación de las sanciones administrativas deben observarse los principios fundamentales de legalidad, que en doctrina penal se enuncia como *nullum crimen sine lege* (ninguna conducta puede conceptuarse como delito si la Ley no lo prescribe), *nulla pena sine lege* (no pueden imponerse más penas que las establecidas por el Legislador, estando vedado sustituir una pena por otra, o inventar penas) y *nemo damnetur nisi per legale iudicio nulla poena sine legale iudicio* (nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio formal ante sus jueces naturales, en el que se respeten las garantías establecidas

por la Ley), los que rigen como principio de legalidad procesal o garantía jurisdiccional.

En virtud de lo expuesto, las sanciones a las contravenciones deben basarse en una Ley, se requiere un título jurídico propio, o norma jurídica objetiva, que autorice a la Administración a aplicarlas.

Como se mencionó con anterioridad, casi toda la normativa que rige en materia de libre competencia, nacional (basado en el proyecto de Ley de promoción y defensa de la competencia económica en el Ecuador) y comparado, establece un derecho contravencional administrativo.

En el caso de la Legislación Argentina, también se percibe una tendencia a no circunscribir las sanciones a establecer por la ilicitud en materia de libre competencia, a una represión de tipo penal. Si bien la Ley 22.262 contenía tipos y sanciones penales, también se preveía las sanciones que podía aplicar el Organismo Administrativo (Artículo 16). Con la Ley 25.156 esa tendencia se afirmó y directamente excluyó las sanciones penales limitándose a las sanciones de tipo administrativo, en tanto solo prevé contravenciones.

Del análisis de las normativas en materia de defensa de la competencia, resulta que las sanciones administrativas pueden consistir en:

a) El cese de la práctica infractora,

- b) La imposición de condiciones u obligaciones,
- c) La remoción de los efectos del acto,
- d) La aplicación de multas,
- e) El establecimiento de inhabilitaciones,
- f) La disolución, liquidación, desconcentración o división de la sociedad o del grupo económico.

Estas sanciones son, como se indicó precedentemente, posibles de ser aplicadas en forma concurrentes.

14.1.a Cese definitivo de actos, conductas o práctica infractora

Verificada la Comisión de una práctica contraria a la competencia luego del sumario, corresponderá a la autoridad administrativa ordenar en primer lugar el cese de los actos o prácticas constitutivas de la infracción, lo que significa para el sujeto infractor la obligación de poner fin al hecho contravencional. Esta sanción tienen en miras impedir la continuación en el tiempo de los perjuicios causados por dicha acción a la libertad de la competencia en el mercado.

Además, implica la prohibición de mantener los efectos de la práctica contraria a la competencia, la que no podrá ser objeto de reclamo ni de ejecución frente a terceros. La importancia de este tipo de sanción es una de las claves de la concepción general de la instancia administrativa y de la misión del régimen de control de las prácticas que restringe la competencia.

Ahora bien, conviene destacar que la orden de cese de una práctica prohibida, de imponerse automáticamente y de forma inmediata, puede llegar en ciertas ocasiones a desbaratar el mercado sobre el que estaba actuando el operador sancionado. Por esta razón la autoridad administrativa debería aplicar con prudencia esta medida, para ello, debe conceder un plazo apropiado para el cumplimiento de la resolución, el que no puede verse como un plazo de gracia para consolidar los efectos nocivos de la conducta, sino más bien para evitar el daño al mercado y a los usuarios y consumidores que podría aparejar una interrupción abrupta de la situación.

14.1.b. Imposición de condiciones y obligaciones.

Otra de las resoluciones que puede tomar la autoridad administrativa en caso de comprobarse la realización de prácticas contrarias al régimen de defensa de la competencia es la imposición al sujeto infractor de determinadas condiciones y obligaciones, como pena accesoria.

En general, las medidas que en este sentido imponen la autoridad administrativa constituye condiciones y obligaciones de no hacer, más que de hacer. También estas medidas están orientadas a generar una actitud nueva del sujeto, una actitud orientada hacia el mercado. De esta manera, la sanción no se limita hacer una mera condena declarativa sino que, por el contrario, intenta volcar al infractor al cumplimiento de los fines públicos tutelados en la regulación. Al mismo tiempo

por esta vía puede generarse un comportamiento estructural orientado al libre mercado y a la protección de los usuarios y consumidores.

14.1.c. Remoción de los efectos del acto.

Puede darse el caso que para ciertas situaciones no sea suficiente la simple orden de cesar en la práctica contraria a la competencia. En estos supuestos puede ser necesario disponer la realización de otras medidas tendientes a restablecer la situación anterior a la producción del hecho contravencional.

Para la aplicación de esta sanción, la autoridad administrativa deberá definir en su resolución el interés público afectado por la práctica infractora, de modo tal de establecer con claridad los límites de la actuación del operador económico sancionado. Al mismo tiempo, la autoridad deberá señalar los efectos que ha considerado perjudiciales para el mercado, a efectos de disponer la correspondiente eliminación de los mismos.

Esta medida, además, exige de la administración un seguimiento de las actividades del agente económico para garantizar que prodigan en el tiempo las consecuencias protectoras del mercado perseguidas por la imposición de la sanción.

En este punto, también se plantea la discusión sobre la posibilidad de otorgar o no un plazo para el cumplimiento de la resolución que impone la medida pendiente a

eliminar los efectos de la práctica prohibida contraria al interés público. Como se mencionó anteriormente deshacer inmediatamente una operación (aunque anticompetitiva) puede en ciertos casos dañar al mercado y, sobre todo, a los consumidores de los bienes o a los usuarios de los servicios producidos y ofrecidos por el agente sancionado, por ello resulta aconsejable otorgar un plazo prudencial para el cumplimiento de la resolución, no como una venia a la situación contraria a la competencia, sino para recolocar el mercado en condiciones de competencia.

14.1.d. Multa.

Las penas de carácter pecuniario consisten en la obligación de pagar una suma de dinero impuesta por la autoridad administrativa competente en caso de comprobarse la violación del régimen de defensa de la competencia. Estas sanciones tienen el efecto de afectar al infractor en su patrimonio.

La imposición de sanciones pecuniarias, o multas, es el prototipo de las penas condenatorias, característica de los procedimientos sancionatorios.

Existen básicamente dos tipos de multas, aquellas impuestas en función de la actividad infractora del régimen y las coercitivas, aplicadas para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto por la autoridad.

Para graduar las multas sancionatorias de conductas anticompetitivas pueden ser

aplicados diferentes parámetros, tales como la gravedad de la infracción, el daño ocasionado, la intencionalidad, la participación en el mercado y el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica infractora, la reincidencia y otros antecedentes, y la capacidad económica.

Pueden ser tenidos en cuenta la pérdida sufrida por todos los sujetos involucrados en la actividad objeto de la infracción, el beneficio que hayan obtenido todos los responsables de la actividad prohibida, y el valor de los activos involucrados de todos los sujetos infractores, al momento de los hechos que se sancionan.

La multa coercitiva, por su parte, exige que exista un pronunciamiento expreso de la autoridad administrativa que imponga de modo obligatorio la obediencia a lo dispuesto. En este sentido, la multa coercitiva, si bien se aplica para asegurar el acatamiento de una disposición de fondo, no tiene por objeto preservar el cumplimiento de la regulación en si misma, sino que persigue garantizar el cumplimiento por lo dispuesto en la autoridad.

Por último conviene recordar la que la normativa reprime comportamiento que objetivamente afecten al mercado que se pretende preservar.

Por este motivo, la conducta subjetiva no es excusa absoluta; no puede alegarse ignorancia o falta de intencionalidad en la comisión de la conducta violatoria del régimen.

En todo caso, la conducta subjetiva podrá ser tenida en cuenta a los efectos de la valoración de la multa.

14.1.e. Inhabilitación.

La sanción de inhabilitación priva de algunos derechos o incapacita para el ejercicio de ellos al responsable, por un período de tiempo determinado. Importa privaciones, incapacidades y pérdidas de determinadas, por ejemplo para ejercer el comercio.

En general juega de forma complementaria de la que pudiera corresponder por la responsabilidad de la infracción.

Según cual sea la inhabilitación, puede aplicarse a las personas jurídicas y también a sus mandatarios y a sus representantes legales, directores, gerentes, administradores, como a los síndicos que, por la omisión de sus deberes de control, hayan ocasionado, alentado o posibilitado la infracción..

Estas medidas pueden consistir, por ejemplo, en la prohibición de participar en los regímenes de compras pública o de contratar con instituciones financieras públicas por el plazo que se determine.

14.2. Sanciones civiles

La sanción tiene carácter o naturaleza civil cuando procura reponer las cosas al estado anterior al del acto ilícito. "Esta es la sanción resarcitoria que obliga a la reparación restableciendo la situación anterior (statu quo ante) en cuanto fuere posible desmantelándose la obra ilícita mediante el aniquilamiento de sus efectos pasados, presentes y futuros"³²

En esta materia la sanción civil entonces trata de restablecer la situación de las personas damnificadas por la infracción del deber jurídico de respeto a la libre competencia. Las sanciones civiles tienen en mira volver las cosas al estado anterior a la ocurrencia de la contraversión contra el libre mercado.

Por esta causa, la sanción resarcitoria no abarca solo la indemnización de los perjuicios causados, pudiendo disponerse la nulidad del acto jurídico.

Antes de entrar en el análisis de las sanciones en particular, corresponde recordar que los poderes de la autoridad de aplicación del régimen de defensa de la competencia es de naturaleza administrativa.

También, que el propósito perseguido es el mantenimiento del orden público económico y la protección del mercado como institución.

No tiene, por el contrario, en miras de la protección directa de los intereses de los

particulares la satisfacción de pretensiones indemnizatorias, ese no es el objetivo de las resoluciones de la autoridad.

Esta protección, en cambio del cometido de los órganos competentes del poder judicial, quienes pueden imponer este tipo de sanciones resarcitorias de los daños y perjuicios provocados por las actividades antimonopólicas, declarar la nulidad de las mismas, o disponer la disolución, liquidación, desconcentración o división, cuando corresponda. Ello, en función de la tradicional división de poderes en un estado de derecho.

14.2.a. Resarcimiento de daños y perjuicios.

La competencia desleal en el mercado, aún cuando solo sea una infracción que no llega a ser un delito, permite que quienes han visto menoscabado sus intereses por la conducta que vulnera la normal relación de competencia puedan reclamar el resarcimiento o los daños y perjuicios que se les haya causado.

Estos reclamos indemnizatorios de los perjuicios se deben efectuar ante el Juez competente de conformidad con las normas de derecho común, sin perjuicio de la relevancia que tengan las probanzas acercadas en los procedimientos administrativos por la deslealtad a la competencia.

³² Bustamante Alsina Jorge, teoría general de la responsabilidad civil, Pag. 74

En algunos supuestos, en cambio, el resarcimiento puede ser accesorio de las sanciones administrativas o de las penas penales. En ese caso, puede ser dispuesto por la autoridad administrativa o por el Juez penal. Pero la naturaleza de la sanción permanece siendo de índole civil.

"Para que tenga lugar la resarcibilidad del daño deben reunirse ciertas características indispensables que concurren el menoscabo para que sean contemplado a los fines de su indemnización. Por lo pronto, el daño debe ser cierto y resultar objetivamente probable; debe ser subsistente, manteniendo ese carácter hasta tanto no sea reparado; debe ser propio o personal del reclamante, afectando un interés que dote de legitimación activa al demandante; tiene que estar en una relación causal jurídicamente relevante con el hecho generador y finalmente, debe encuadrar en una categoría resarcible."³³

La cuestión es determinar quienes, por ser perjudicados, pueden iniciar la acción de resarcimiento. Siendo perjudicados por la práctica prohibida, quedan comprendidos los sujetos que se ven desplazados de la posición que ocupaban en el mercado, los que por esa práctica no puedan ingresar al mercado, y los consumidores que sufren daños por el accionar contrario a la libre competencia. Como se ve el espectro es amplio, pero en cada caso los perjudicados deberán acreditar la relación de causalidad entre la conducta antijurídica por lesión a la

³³ cfr. Alterini, Atilio Aníbal, requisitos del daño resarcible, en "temas de responsabilidad civil", Pags. 115-118

competencia y el daño sufrido.

14.2.b. Nulidad.

La nulidad es una sanción legal por lo que se priva un acto jurídico de sus efectos propios, es decir de aquellos que las partes quisieron constituir, en virtud de una causa existente en el momento de la celebración.

"De este concepto surgen los caracteres que distinguen a la nulidad de otras instituciones: 1). Es una sanción legal, con fuerza imperativa en virtud de la Ley; 2) importa el aniquilamiento de los efectos propios del acto jurídico; 3) esta sanción actúa en razón de una causa originaria. Sin duda es la sanción más importante en relación a los actos jurídicos en general."³⁴

La nulidad se corresponde al vicio del acto, privándolo de sus efectos, por lo que es la sanción más eficaz en materia de defensa de la competencia en tanto evita, por ejemplo, que las empresas asociadas o vinculadas puedan cumplir los pactos o acuerdos que distorsionen la competencia.

14.2.c. Disolución, liquidación, desconcentración o división de la sociedad o del grupo económico.

En primer lugar es preciso detenerse en cada uno de estos casos por cuanto son

diferentes los efectos jurídicos que producen. En un supuesto finaliza la personería jurídica otorgada; en el otro no.

14.2.c.1. Disolución y liquidación. Estos dos supuestos juegan en conjunto, uno implica la producción del otro, y sigue como su consecuencia necesaria.

La disolución significa el final orgánico y económico de la persona jurídica; puede ser total, en cuyo caso se extingue el vínculo contractual entre todos los socios, es el fin de su actuación. Por su parte es parcial, cuando solo se extingue el vínculo respecto de uno o más socios, y subsiste para los demás.

La disolución de una persona jurídica tiene como consecuencia el fin de su existencia, que solo puede prolongarse para terminar los negocios pendientes y a ese solo fin; así mismo implica que termina el mandato otorgado a sus administradores y la responsabilidad de los socios por las obligaciones que contraiga la sociedad. En este caso los administradores solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar la medida necesaria para iniciar su liquidación.

La disolución produce la liquidación y partición del patrimonio social.

La liquidación es la operación que consiste en determinar su activo y su pasivo al momento de su disolución a fin de abonar las deudas y de adjudicar el saldo a los socios, en la proporción correspondiente. La sociedad en liquidación conserva su

³⁴ Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil. Parte general, T.II, Pags. 565-566

personalidad a ese efecto.

Al aplicarse como sanción, la disolución de la sociedad es total, y en tal supuesto, la entidad infractora se extinguiría, desapareciendo su personería jurídica y debiéndose proceder a la liquidación de todos sus bienes.

14.2.c.2.Desconcentración o división. Por su parte, los términos desconcentrar y dividir no implican por sí el finiquito de la persona jurídica. Usualmente no se utilizan en derecho societario, lo que nos lleva a pensar que estas sanciones se aplican ante las concentraciones y fusiones y que significarán la separación de los patrimonios para evitar un perjuicio al mercado.

De lo expuesto resulta que el primer caso importa la extinción de la persona jurídica en tanto en estos supuestos cada una de las personas jurídicas mantiene su personería pero deberá actuar por separado.

14.3. Sanciones Penales.

La sanción es de tipo penal cuando la regulación prevé que las ilicitudes conforman delitos.

Para que pueda aplicarse una sanción penal es necesario que exista un hecho antijurídico y culpable, que sea penalmente reprimible y, que no exista una causa

que excluya el castigo del autor, en síntesis que se encuentre tipificado.

Así, "frente a un hecho antijurídico, culpable y punible, la potestad represiva del Estado se manifiesta como una acción penal, como el derecho de someter al autor a la pena que la Ley establece para cada caso"³⁵

La represión penal de la materia se halla prevista en distintos ordenamientos nacionales; más en el derecho comunitario no se otorga competencia de carácter penal a sus órganos en esta cuestión.

14.3.a. Multa.

La multa que hemos visto como sanción administrativa también puede tener carácter penal, cuando el hecho sancionado se tipifica como delito. Consiste en el pago por el condenado al fisco de la cantidad de dinero que determina la sentencia condenatoria. Por ser una pena es el pago en dinero en concepto de retribución el delito cometido.

14.3.b. Prisión.

La pena de prisión es una sanción privativa de la libertad ambulatoria, no de la libertad de movimiento corporal. Consiste en la reclusión del condenado por un delito en un establecimiento penal, en el que debe permanecer, privado de su

libertad y sometido a un determinado régimen durante el lapso de tiempo que el Juez determina entre un mínimo y un máximo estipulados en la regulación, en este sentido por ejemplo, se encuentra la prisión por el delito de fraude al comercio.

14.3.c. Inhabilitación.

La inhabilitación es también una pena de índole penal. Como fuera dicho anteriormente, la sanción de inhabilitación priva de algunos derechos o incapacita para el ejercicio de ellos al responsable por un período de tiempo, por ejemplo para ejercer el comercio.

15. De las Autoridades de Aplicación

15.1. En la Legislación Ecuatoriana.

Dentro de la normativa ecuatoriana en lo que respecta a las Autoridades de Aplicación relativas a la Defensa de la Competencia, se encuentran establecidas en el último texto del Proyecto de Ley Orgánica de Defensa de la Competencia, el mismo que en el artículo 6, prevé la creación del Consejo Ecuatoriano de la Competencia (CECOM), órgano adscrito a la Superintendencia de Compañías, que tiene como objetivo, establecer una política general de promoción y defensa

³⁵ Núñez, Ricardo C., Derecho Penal Argentino, parte general, T.II, Pag. 127

de la competencia y regular su funcionamiento.

Así mismo el texto del precitado Proyecto de Ley, en el artículo 15, prevé que es la Superintendencia de Compañías el organismo de ejecución, promoción, defensa y control de la competencia económica, atribuyéndole, dentro de esta materia, entre otras, las siguientes funciones:

1. Defender y promover, en forma consistente y sistemática, la competencia a través de la reglamentación y control, es decir que la Superintendencia de Compañías es el único organismo que a través del CECOM, puede dictar Reglamentos en los que se determinen las sanciones aplicables en cada caso relativo a las infracciones cometidas a la reglamentación respectiva.
2. Velar por el cumplimiento de las normas de esta Ley y de los compromisos internacionales del país en materia de competencia.
3. Formular estudios sobre la situación y desarrollo de la competencia económica en el Ecuador.
4. Participar como órgano consultivo, en los niveles directivos de los organismos públicos que planifiquen, ejecuten o controlen políticas o adopten normas relativas a la competencia.
5. Coordinar con los organizaciones de proveedores y consumidores la ejecución de planes de difusión de una cultura de competencia económica.

Como se menciona anteriormente, el Proyecto de Ley prevé la Creación del CECOM, como órgano adscrito a la Superintendencia de Compañías, con

potestades exclusivas de resoluciones en esta materia, para lo cual estará integrado por los representantes de los principales sectores económicos del país, con lo que se pretende, lograr un equilibrio en la toma de medidas y resoluciones adoptadas por este organismo, que estará integrado por:

1. El Superintendente de Compañías, quien lo presidirá, y será quien designe al Intendente Nacional de Competencia, el mismo que actuará como Secretario del Consejo, además designará al personal que sea requerido para el cumplimiento de las prescripciones de la ley;
2. Un miembro designado por el Presidente de la República;
3. Un miembro designado por el COMEXI;
4. Un miembro designado por el Tribunal Constitucional; y,
5. Un académico experto en la materia, designado por el Congreso Nacional de una terna enviada por el CONESUP.

El CECOM adoptará sus resoluciones por mayoría de votos de sus concurrentes, tomando en cuenta que en caso de un empate, será el Superintendente de Compañías quien decida a través de su voto que tiene la categoría de dirimente.

Las Funciones que cumple el CECOM, van de la mano con las funciones que la Superintendencia de Compañías, cumple al respecto, entre las cuales se destacan las siguientes:

1. Establecer políticas internacionales para la promoción y defensa de la

competencia;

2. Aprobar y emitir regulaciones;
3. Adoptar y expedir su Reglamento Interno para la toma de decisiones;
4. Conocer y resolver los recursos que, de oficio o de parte, se interpusieran respecto de actos y resoluciones conforme lo previsto en la Ley;
5. Calificar determinadas prácticas como contrarias a la competencia, para efectos del otorgamiento de licencias obligatorias en el marco de la Ley de Propiedad Intelectual.

Es importante destacar la participación que la Ley establece a los diferentes sectores económicos del país, en cuanto a la adopción de políticas en materia de competencia, ya que al respecto en el artículo 22, prevé la creación de un órgano consultivo dentro del CECOM, encargado de adoptar dichas políticas en materia de competencia, integrado por un representante de: las Asociaciones Nacionales de Consumidores, la Federación Nacional de Cámaras de Industrias, Cámaras de Comercio, Cámaras de Agricultura, y Cámaras de la Pequeña Industria, la Federación de Artesanos del Ecuador, la Cámara Nacional de Acuicultura, la Cámara Nacional de Pesca; y, de las organizaciones nacionales de suministradores de servicios públicos.

15.2. Procedimiento para adoptar medidas ante la infracción de normas de la ley.

El procedimiento para conocer y resolver sobre la comisión de infracciones a normas de la Ley, se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano administrativo, por reclamo formulado por el agraviado o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, es importante señalar que las organizaciones de consumidores, gozarán de legitimación activa en los procedimientos administrativos por infracciones a la Ley.

Todo reclamo que se presentare al CECOM, será por escrito y contendrá:

- a.** La determinación de la autoridad competente ante la cual se lo formula,
- b.** Loas nombres y apellidos del compareciente, el número de cédula de identidad o de pasaporte en el caso de extranjero no residente;
- c.** Indicación del domicilio para notificaciones futuras;
- d.** En lo posible, identificar a las personas o los agentes económicos contra quien o quienes se presentare el reclamo;
- e.** Los fundamentos de hecho y de derecho, en los que se sustente el reclamo;
- f.** La petición o pretensión que se formulare; y,
- g.** Las firmas del compareciente, de su representante o procurador y la del abogado que lo patrocina.

Presentado de esta forma el reclamo, el CECOM, lo calificará, y si fuere oscuro, esto quiere decir que no esta clara la pretensión o no se cumplieren con los requisitos señalados precedentemente., tiene la obligación de ordenar que aclare o complete en el término de cinco días y, de no hacerlo podrá abstenerse de

tramitarlo.

De esta forma y una vez abierto el expediente, el CECOM, tiene la competencia de ordenar las medidas cautelares que resultaren indispensables para asegurar la eficacia de la resolución que en su momento dictare, y, en especial las siguientes:

- Ordenar el cese de las conductas que hubieren originado el expediente; o,
- Imponer determinadas condiciones, acordes con los objetivos de Ley, para evitar el daño que pudieren causar dichas conductas.

Sin embargo de lo anterior cuando se dispusiere la adopción e medidas cautelares, el afectado podrá solicitar que se las deje sin efecto, previa la constitución de caución suficiente para responder por los resultados del procedimiento.

Una vez admitido a trámite el reclamo, el CECOM efectuará las investigaciones necesarias a fin de establecer la existencia de los fundamentos del mismo, los resultados de esta investigación constarán en informes por escrito, que se notificarán mediante oficio al presunto responsable concediéndole un termino de hasta sesenta días, a fin de que pueda formular sus descargos, pedir pruebas y presentar los documentos pertinentes.

Con la contestación o sin ella, el CECOM de estimarlo necesario, podrá abrir un término de prueba de quince días, que será prorrogable, previa justificación, por

igual período, vencido el mismo se concederá a las partes para que presenten sus alegaciones, en forma escrita o en audiencia.

Presentadas las alegaciones o transcurrido el período para hacerlo, se integrará el expediente, dentro de los tres días hábiles siguientes será remitido al CECOM para su conocimiento y resolución, que será emitida en un término que no excederá de treinta días hábiles, de no hacerlo cualquiera de los interesados podrá recusar ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en este sentido es importante señalar que no opera el silencio administrativo, es decir no se admitirá la aceptación tácita de la pretensión del reclamante, ni de los recursos interpuestos ante el CECOM o el Tribunal Contencioso Administrativo.

Así mismo la ley establece que el desistimiento no pondrá fin a las investigaciones, lo que se hará constar en el expediente, las actuaciones proseguirán hasta que se expida la resolución pertinente.

La facultad de iniciar el proceso de juzgamiento de las infracciones a las que ase refiere la ley de la materia, caduca en el plazo de cinco años, contado a partir del día en que se cometió la infracción, sin embargo, para los hechos continuados, este plazo comenzará a correr a partir del acatamiento del último hecho, así mismo y en cuanto a la acción de indemnización de daños y perjuicios, es decir la responsabilidad civil, prescribirá en cuatro años, contados desde la fecha en que la resolución administrativa quedo en firme.

15.3. Sanciones

En el supuesto de que se determinare la existencia de prácticas anticompetitivas, abuso de posición de dominio u operaciones de concentración económica, restrictivas a la competencia, el CECOM podrá adoptar las siguientes medidas y/o sanciones:

1. Ordenar el cese de las prácticas anticompetitivas y la eliminación y/o reparación de sus efectos, según fuere el caso,
2. Imponer al agente económico condiciones u obligaciones específicas, orientadas a garantizar la competencia, como requisito para que pueda continuar sus actividades;
3. Aplicar multas que correspondieren;
4. Divulgar la correspondiente resolución en firme o al presentación de excusas del agente económico respectivos a la comunidad.

En el caso de la imposición de multas, se debe tener en cuenta que las mismas no relevan de las responsabilidades por daños y perjuicios y de las sanciones penales a que hubiere lugar, así mismo atendiendo a la gravedad de la infracción, el CECOM podrá imponer una multa hasta por el diez por ciento de los activos anuales declarados por el infractor ante la autoridad tributaria o hasta el diez por ciento del valor de los activos del infractor, objeto de multa también son los directivos que hubieren ordenado o autorizado actos que constituyen infracciones,

en este caso la multa será personal y de hasta cincuenta mil dólares.

En el caso que las multas previstas se hubieren impuesto a Compañías, sociedades, cooperativas u otras personas jurídicas, serán solidariamente responsables por su pago los ejecutivos representantes legales o administradores de ellas que hubieren decidido o aplicado las prácticas o actuaciones prohibidas en la ley.

Las multas que se impusieren por las infracciones, serán recaudadas por la Superintendencia de Compañías y se destinarán a cubrir los egresos que demande la labor de promoción, defensa y control de la competencia, en este sentido la Ley le otorga a la Superintendencia de Compañías la facultad de ejercer jurisdicción coactiva para cobrar las multas y hacer efectivas las sanciones económicas previstas .

El procedimiento citado dentro de lo que se aplicaría en la legislación ecuatoriana, en materia de la competencia, esta previsto en el último texto del Proyecto de Ley Orgánica de Promoción y Defensa de la Competencia, el mismo que contiene en forma compilada las observaciones que al respecto hicieron los sectores interesados en la promulgación y por ende aplicación del régimen de libre competencia, por lo tanto es importante tener en cuenta lo que al respecto establecen los diferentes organismos encargados de la defensa de la competencia en otras legislaciones, los cuales tienen plena vigencia y se aplican de conformidad con la normativa legal pertinente.

16. Derecho Comparado.

Para los fines de un análisis de la identidad de las autoridades de aplicación del régimen de defensa de la competencia, las experiencias existentes en el Derecho Comparado pueden resultar ilustrativas. Por ejemplo en Argentina actúa el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. En Europa, la legislación francesa prevé la actuación de un órgano administrativo - El Consejo de la Concurrencia - en España por su parte, actúan en sede administrativa el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia En Estados Unidos, actúan también dos organismos, los que dirigen conjuntamente las investigaciones y la aplicación de las leyes antimonopolio: la División Antimonopolio del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio (FTC).

16.1. En el régimen Argentino. El Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.

La Ley 25.156 Ley de Defensa de la Competencia, en el artículo 17, prevé la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia como autoridad de aplicación del régimen, como organismo autárquico en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, con sede en la ciudad de Buenos Aires (aunque posibilita actuar, constituirse o sesionar en cualquier lugar del país a

través de delegados designados por el presidente del Tribunal).

Las funciones que le corresponden a este Tribunal, entre otras son las de hacer notar que se trata de un organismo de control y fiscalización que puede actuar de modo preventivo, y que también tiene funciones de resolución y sanción. Así mismo está facultado para dictaminar y emitir su opinión en la materia de sus atribuciones. En efecto funciones que resultan propias de un procedimiento de instrucción de sumario para la verificación de infracciones y para la aplicación de sanciones, en su caso (tales como realizar estudios e investigaciones de mercado, celebrar audiencias, recibir declaraciones, ordenar careos, realizar pericias, acceder a lugares objeto de inspección, solicitar medidas cautelares, entre otras).

16.2. En el régimen francés. Consejo de la Concurrencia.

El Consejo de la Concurrencia francés es considerado por la normativa como un órgano administrativo de carácter no jurisdiccional, está integrado por 17 miembros, ocho de los cuales son magistrados, nombrados por Decreto a propuesta del Ministerio de Economía, su mandato se extiende por seis años, renovables. De los miembros no magistrados, cinco son elegidos de entre el mundo profesional y los cuatro restantes lo son en función de su competencia en materias económicas, o de concurrencia y consumo; estos últimos resultan elegidos de una lista de ocho para garantizar una mayor independencia. Es

importante destacar, que los miembros actúan *intuitu personae*, no representan al sector de donde provienen.

La autoridad administrativa se complementa con la presencia del *commissaire du gouvernement*, asociado al trabajo del Consejo, actúa como director general de la concurrencia, jugando respecto del Consejo un rol comparable al de un Ministerio Público.

Entre las funciones otorgadas al Consejo, se pueden citar entre otras, las de decidir en materia de control de prácticas anticompetitivas, aconsejar al ministro sobre la materia y, en general, asesor en cuestiones legales y de políticas de competencia.

16.3. En el Sistema Español.

En España los órganos administrativos de defensa de la competencia con el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio, título II. Ambos órganos son complementarios entre sí. El Servicio de Defensa de la Competencia tiene a su cargo la instrucción de los expedientes, y controla la ejecución y cumplimiento de las resoluciones adoptadas por el Tribunal. "En su conjunto la regulación pretende trazar un procedimiento rápido flexible y no reiterativo; contradictorio,

desjudicializado"³⁶.

a) Tribunal de Defensa de la Competencia. El Tribunal de Defensa de la Competencia es un órgano de la Administración Pública, adscrito orgánicamente al Ministerio competente en razón de la materia, que ejerce sus funciones de modo independiente, no jerarquizado, de carácter especializado y único. Sus resoluciones definitivas o sobre medidas cautelares son revisables en sede judicial por recurso contencioso administrativo. El Tribunal para desempeñar su función tiene las facultades propias de los órganos administrativos: de autorización y sanción, consultivas, y de control y fiscalización.

La independencia del Tribunal, supone un escudo protector frente a cualquier injerencia del poder que intente hacer valer la adscripción orgánica para imponer los contenidos de las resoluciones. A su vez, la independencia que predica el Tribunal se ve reflejada en la inamovilidad de sus miembros y el régimen de incompatibilidades, la confidencialidad de sus deliberaciones, su carácter colegiado, y su capacidad de organización y administración con presupuesto propio.

b) Servicio de Defensa de la Competencia. Este órgano integrado en la Secretaría General de Economía Internacional y Competencia es el encargado de preparar los actos de instrucción, vigilancia y ejecución de los expedientes a

³⁶ Memoria explicativa del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, citado por Fernández-Lerga Garralda, Carlos, Derecho de la Competencia. Comunidad Europea y España p.377.

tramitar, además de ejercer funciones de investigación e inspección. Se impone a todas las personas naturales o jurídicas el deber de colaboración e información con este Servicio.

16.4. En Los Estados Unidos.

En Estados Unidos, dos son los organismos que actúan conjuntamente en las investigaciones y la aplicación de las leyes antimonopolistas: la División Antimonopolio del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio (FTC). Ambos órganos pueden emprender la evaluación de una fusión de empresas o una investigación antimonopolio en razón de contar con mayor experiencia en un área determinada, y dado que ambas tienen jurisdicciones paralelas para investigar conductas anticompetitivas, se ha elaborado un procedimiento de adjudicación rápida.

a) División Antimonopolio del Departamento de Justicia. La misión de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia es promover y proteger la competencia mediante la aplicación de las leyes en la materia.

La División Antimonopolio inicia acciones judiciales por violación de las leyes antimonopolio, entablando causas penales que pueden terminar en la aplicación de multas y prisión. Cuando no corresponde el enjuiciamiento penal, la División inicia un juicio de naturaleza civil para obtener una orden judicial que prohíba las

violaciones futuras de la Ley de la materia y tome medidas para remediar los efectos ya ocasionados sobre la competencia.

b) Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission, FTC). La Comisión Federal de Comercio tiene funciones para promover un comercio justo, supervisar la política antimonopolio de Estados Unidos, y asegurar el cumplimiento de una serie de Leyes federales de protección del consumidor. Si bien la Comisión trabaja en conjunción con la División Antimonopolio del Departamento de Justicia, es una agencia independiente. La FTC puede procurar una orden judicial que prohíba violaciones futuras de la Ley y en algunos casos puede aplicar multas.

Las reglas, leyes, normas y costumbres son las instituciones de una sociedad y su razón de ser es facilitar las cosas y permitir con ellas el logro de objetivos socialmente beneficiosos. Como todas las cosas cuando las instituciones no logran sus objetivos se hace necesario cambiarlas o en el caso de no tenerlas, como es el ecuatoriano, en el tema de competencia, crearla. Para ello es necesario que establezcamos primeramente cuales son los fines sociales que se desean alcanzar, para después establecer cuales son los medios, esto es, instituciones, las convenientes para lograrlos. Las instituciones diseñadas al azar o las realizadas sin tomar en cuenta tanto los objetivos como los medios que están al alcance están condenadas al fracaso.

Se debe tener en cuenta que se deben diseñar instituciones cuya organización

esté acorde con la consecución de fines propios a los que nuestra sociedad necesita o bien que sean diseñadas en base de las capacidades de las que se dispone.

17. Organos encargados de sancionar por el incumplimiento a la Ley de Defensa del Consumidor.

La Ley Orgánica de Defensa al Consumidor establece, en el párrafo primero del Art. 84 que, "son competentes para conocer y resolver sobre las infracciones a las normas contenidas en la presente Ley, en primera instancia el Juez de contravenciones de la respectiva jurisdicción, y, en caso de apelación el Juez de lo Penal de la respectiva Jurisdicción".

Por su parte la disposición transitoria primera dispone que: "en tanto empiezan a funcionar los Juzgados de contravenciones, los Intendentes y Subintendentes de Policía y los Comisarios Nacionales serán competentes para conocer y juzgar las infracciones contempladas en la presente Ley. En lo referente a indemnizaciones por daños y perjuicios, mientras empiecen a funcionar los juzgados de contravenciones, serán competentes los Jueces de lo Civil".

En la práctica se ha constatado que las Comisarias de Policía casi no participan en el juzgamiento de las infracciones de la Ley del Consumidor y se concentra dicho juzgamiento más bien en las Intendencias de Policía.

De la misma manera pueden intervenir en el control de precios, calidad y cantidad, de los bienes y servicios vendidos por los proveedores en casos excepcionales las Municipalidades; el control de los precios de calidad de las medicinas le compete al Ministerio de Salud; el control de los precios del banano, a los Ministerios de Agricultura y Ganadería conjuntamente con el de Comercio Exterior Industrialización Pesca y Competitividad, de acuerdo a los dispuesto en la Ley para estimular y controlar la producción y comercialización del banano; en lo tocante a tarifas eléctricas el Ministerio de Energía y Minas; el control de la cantidad y calidad de las gasolinas, la Dirección Nacional de Hidrocarburos.

17.1 Competencia para el Juzgamiento de las infracciones a la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.

El Artículo 1 del Código de Procedimiento Civil, preceptúa que: "la Jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los Magistrados y Jueces establecidos por las Leyes.

Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos Tribunales y Juzgados, por razón del territorio, de las cosas, de las personas y de los grados".

Con estas premisas, reiterando lo puntualizado anteriormente vemos que el párrafo primero del Art. 84 de la Ley de la materia, sobre el tema relativo a la competencia del juzgamiento de las infracciones a la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, preceptúa que "son competentes para conocer y resolver sobre las infracciones a las normas contenidas en la presente Ley, en primera instancia, el Juez de contravenciones de la respectiva jurisdicción, y, en caso de apelación, el Juez de lo Penal de la respectiva jurisdicción".

Sin embargo según la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor: "en tanto empiecen a funcionar los Juzgados de contravenciones.....".

Los Jueces mencionados en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, según el Art. 3 de la Ley Orgánica de la función judicial, en su párrafo 3, son jueces especiales de Policía, al igual que lo son los demás jueces establecidos por Leyes especiales, como el Ministerio de Salud para efectos de control de los medicamentos, a través de los respectivos Comisarios; los Comisarios de Salud Municipales, etc.

Cuando del análisis de los hechos, el Intendente, Subintendente de Policía y los Comisarios Nacionales consideren que el caso corresponde a los tipos penales establecidos en el Código Penal en lo que tienen que ver con los delitos relativos al comercio, industrias y subasta y a los delitos contra la salud pública, deberán remitir de oficio todo lo actuado a las oficinas de sorteos para que se inicie el

juicio penal correspondiente.

Cuando fuere pertinente la indemnización de daños y perjuicios, el trámite se lo iniciará ante el Juez de contravenciones, claro está, desde cuando estos empiecen a funcionar, y hasta que ello ocurra es decir en la actualidad, ante los jueces de lo civil. De acuerdo al tenor literal de la disposición transitoria primera y del Art. 87 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor que con el título daños y perjuicios dice: " la sentencia condenatoria lleva implícita la obligación del sentenciado de pagar daños y perjuicios al afectado, costas y honorarios. El cobro de daños y perjuicios se lo hará de conformidad con lo que dispone el Art. 391 del Código de Procedimiento Penal, publicado en Registro Oficial No. 360 de 13 de enero del 2000".

El Art. 391 preinvocado del Código Penal adjetivo a la letra dice: "daños y perjuicios. El Juez que sentencia una contravención es también competente para conocer de la relación correlativa de daños y perjuicios, de la que sustanciar en juicio verbal sumario y en cuaderno separado. De la sentencia que dicte en este juicio no habrá recurso alguno.

La transitoria citada es la que contempla que en forma también transitoria que conozcan sobre la indemnización de daños y perjuicios los jueces de lo civil.

17.2 La Defensoría del Pueblo y su Rol en el Juzgamiento de las

infracciones a la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.

La Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, se refiere a este Organismo en el Art. 81, enunciando las facultades así:

"Facultad de la Defensoría del Pueblo. Es facultad de Defensoría del Pueblo, conocer y pronunciarse motivadamente sobre los reclamos y las quejas, que presente cualquier consumidor, nacional o extranjero que resida o esté de paso en el país y que considere que ha sido directa o indirectamente afectado por la violación o inobservancia de los derechos fundamentales del consumidor, establecidos en la Constitución Política de la República, los Tratados y Convenios Internacionales de los cuales forme parte nuestro país, la presente Ley, así como las demás Leyes conexas.

En el procedimiento señalado en el inciso anterior, la Defensoría del Pueblo podrá promover la utilización de mecanismos alternos para la solución de conflictos, como la mediación siempre que dicho conflicto no se refiera a una infracción penal.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, el consumidor podrá acudir, en cualquier tiempo, a la instancia judicial o administrativa que corresponda".

En la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, cuyo titular es el defensor del

pueblo, se define en el Art. 1 como un organismo público, con autonomía funcional, económica y administrativa y con jurisdicción nacional, su sede es la ciudad de Quito.

El literal b) del Art. 2 a su vez agrega que corresponde a la Defensoría del Pueblo: "defender y excitar, de oficio o a petición de parte, cuando fuere procedente, la inobservancia de los derechos fundamentales individuales o colectivos que la Constitución Política de la República, las Leyes, y Tratado Internacionales ratificados por el Ecuador garanticen".

El Defensor del Pueblo goza de inmunidad, en los mismos términos que los Legisladores del Congreso Nacional.

El Defensor del Pueblo en armonía con el Art. 13 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo puede iniciar o proseguir de oficio, o a petición de parte, las investigaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos a los que se refieren los literales a) y b) del Art. 2 antes nombrado provenga del Sector Público o de los particulares. "Sus facultades de investigación se extienden a las actividades de cualquier autoridad, funcionario, empleado público o personas naturales o jurídicas relacionadas con los casos que se investiguen.

17.2.1 Trámite o Procedimiento ante la Defensoría del Pueblo.

El Art. 82 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor nos informa que: "en lo

relacionado con tal procedimiento serán aplicables las disposiciones del título 3 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo".

El Art. 14 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo para los efectos preinvocados, determina que cualquier persona en forma individual o colectiva que invoque un interés legítimo sin restricción alguna podrá dirigirse al defensor del pueblo para presentar una queja, incluyéndose a los incapaces relativos, y por los incapaces absolutos podrán hacerlo sus representantes.

Las quejas se pueden presentar por escrito o verbalmente, pero las segundas serán reducidas a escrito y firmadas por quien las formula, de no saber firmar, bastará de la huella digital, el registro de la cédula de identidad o pasaporte. A falta de la cédula de identidad, valdrá la de un testigo que declare conocer al autor, según el presupuesto del Art. 15 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

Concordantemente con lo anotado, el Reglamento de trámite de quejas del consumidor o usuario aclara que: las quejas de los consumidores o usuarios pueden presentarse por escrito, verbalmente e incluso vía telefónica, en caso de ser por escrito el Director Nacional de Defensa del Consumidor dispondrá que por Secretaría se la reduzca a escrito con observancia de los requisitos establecidos en la Ley y el Reglamento.

En cuanto a los requisitos que deben reunir las quejas de los consumidores, el

Reglamento es taxativo y a su vez limitativo, ya que en caso de registrarse omisión en el cumplimiento de estos requisitos la Defensoría podrá de oficio ordenar que se complete la queja.

Recibida la queja, se procederá a su trámite o rechazo que se hará por escrito motivado, pudiéndose informar al interesado sobre las acciones y recursos que puede ejercitar por hacer valor sus derechos.

El Reglamento de Trámite de Quejas, protege los derechos del posible actor, rechazando las quejas anónimas, las que revelan mala fe, carencia de pretensión o fundamentos, y aquellas cuyo trámite irrogan perjuicio a derechos de terceros.

En toda caso, la negativa de una queja no impide la investigación sobre los temas que se plantea.

Concluida la investigación, y si no se ha llegado a una solución de mutuo acuerdo el funcionario competente emitirá resolución motivada sobre la queja, pudiéndola desechar o acoger total o parcialmente. Si la acogiere, determinará con precisión las infracciones cometidas y los nombres de las personas responsables y emitirá censura pública conforme lo establece el Art. 8, letra c) de la Ley Orgánica de Defensoría del Pueblo.

La Resolución será notificada a los interesados, pero estos podrán apelar de aquella ante el Defensor del Pueblo cuando no sea este funcionario el que la

hubiere expedido.

Resuelta la apelación las partes podrán utilizar esta Resolución definitiva para los fines que la Ley les faculte, sin perjuicio de que se publique, de oficio o a petición de parte, por los medios de comunicación social.

Ejecutoriada la Resolución, la Defensoría del Pueblo de establecerse responsabilidades contra las personas acusadas solicitará a las autoridades respectivas que se inicien las acciones civiles o penales a que hubiere lugar.

La Ley Orgánica de Defensa al Consumidor por su parte, en el Art. 83, con el título informe, prescribe que: "una vez agotado el procedimiento anterior y, en caso de que las partes no hayan llegado a un acuerdo, la Defensoría del Pueblo elaborará un informe en base del cual solicitará a las autoridades competentes la iniciación del respectivo proceso investigativo del que se podrá desprender la imposición de las sanciones establecidas en la presente Ley, así como la exigencia de que se de cumplimiento a la obligación pendiente.

El informe emitido por la Defensoría del Pueblo será apreciado por el Juez de acuerdo a su sana crítica.

El Defensor del Pueblo podrá acudir ante el Juez de Contravenciones, (en la actualidad Juez de lo Civil) de su respectiva jurisdicción a fin de solicitar el inicio del respectivo proceso".

En la hipótesis transcrita del Art. 83 hay que observar en forma concordante el mandato del Art. 18 de la Ley Orgánica de Defensoría del Pueblo, que agrega que cuando la cuestión o asunto objeto de la queja estuviera sometido a resolución judicial o administrativa, la Defensoría del Pueblo se limitará a vigilar el respeto al debido proceso, pudiendo para este efecto interponer las acciones y recursos contemplados en la Constitución.

17.3. Trámite de Juzgamiento de las Infracciones.

Las infracciones a la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, deben para su juzgamiento sujetarse al trámite siguiente:

- a) El trámite de conformidad con el párrafo 2 del Art. 84 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, se iniciará mediante denuncia, acusación particular o excitativa fiscal. En lo que respecta a la excitativa fiscal, es importante señalar lo que al respecto establecía el Art. 21 del derogado Código de Procedimiento Penal que los informaba que el Ministerio Público, excitará a los respectivos jueces para que inicien los procesos penales por la comisión de delitos, fundamentando la excitación en la noticia que hubiesen recibido.

Según el Código de Procedimiento Penal vigente, en cambio, de acuerdo a lo prescrito en el párrafo 3 del Art. 65 el Fiscal: " no tendrá participación en

los juicios de acción privada". En tanto que con vista al Art. 33 del mismo Cuerpo Legal, párrafo 1: el ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al Fiscal".

La denuncia a su vez, en vista al Art. 25 del Código de Procedimiento Penal referido la efectuaba la persona que conociere que se ha cometido en este caso una infracción a la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, en los casos que las infracciones se adecue a los tipos penales contemplados en el Código Penal sustantivo, habrá de tenerse en cuenta que en consonancia con el Art. 42 del Código de Procedimiento Penal vigente en relación a la denuncia que: "la persona que conociere que se ha cometido un delito de acción pública a excepto a aquella en la Ley se lo prohíbe, puede presentar su denuncia ante el Fiscal competente o ante la Policía Judicial".

La denuncia por mandatario requiere poder especial, y según la primera disposición transitoria de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor en tanto empiece a funcionar los juzgados de contravenciones, los Intendentes y Subintendentes de Policía serán competentes para conocer y juzgar las infracciones contempladas en la Ley, teniendo presente que esta es pública y que puede ser presentada verbalmente o por escrito. Por fin, la acusación particular, en los términos del Art. 34 del Código de Procedimiento Penal derogado podría proponerla el ofendido o su representante legal, o los parientes habilitados para ello, acudiendo con su querrela.

Actualmente, de acuerdo al Art. 52 del Código de Procedimiento Penal vigente pueden proponer acusación particular el ofendido, los representantes de los Organos de Control distintos del Ministerio Público, a quienes la Ley faculta para intervenir como parte los procesos penales que interesen a los afines de la Institución que reperesentan La persona jurídica ofendida podrán acusar por medio de su representante legal, quien podrá actuar por si mismo o mediante Procurador Judicial.

- b) Propuesta la denuncia y una vez citado el acusado, el Juez señalará día y hora para la audiencia oral de juzgamiento, la misma que deberá llevarse a cabo dentro del plazo de diez días contados a partir de la fecha de notificación. Dicha audiencia iniciará por la contestación del acusado, a esta audiencia concurrirán las partes con todas las pruebas de que se crean asistidos, previniéndoles que se procederá en rebeldía.
- c) A continuación se dispone con vista al párrafo cuarto del Art. 84 que las partes presenten sus pruebas, luego de los cual se dictará sentencia en la misma audiencia, de ser posible, caso contrario se lo hará dentro del plazo perentorio de tres días.
- d) Previamente a la sentencia, en atención al mandato del párrafo quinto del nombrado Art. 84, si el consumidor anexa a su denuncia el informe emitido por la Defensoría del Pueblo, se considerará su contenido de conformidad con la Ley, esto es, de acuerdo a la sana crítica del Juez.

- e) Del mismo modo, si para el establecimiento de los hechos fuere necesario, a criterio del Juez, la intervención de peritos o se requiere informes técnicos se suspenderá la audiencia solo para este objeto, y se concederá el plazo de hasta quince días para la presentación de los mismos, al vencimiento del cual, previo señalamiento de día y hora, se reanudará la audiencia y se procederá en la forma en que se indica. Si el peritaje o informe técnico a criterio del Juez tuviere que practicarse en el exterior, el plazo antes señalado podrá extenderse hasta por treinta días.
- f) Finalmente, entramos a la etapa de la sentencia y este es el momento procesal en el que el Juez debe decidir respecto a la pretensión jurídica, establecida en la excitativa fiscal, denuncia o acusación particular, con la que concluye el proceso.

Es importante señalar, que los jueces competentes con vista al Art. 46 de la anterior Ley de Defensa al Consumidor tenían acción coactiva para el cobro de las multas, esto implicaba que el Juez podría ordenar que el proveedor pague la multa o dimita bienes, atribución que la Ley vigente la ha suprimido.

18. Efectividad de los medios de defensa y de control.

En los capítulos anteriores se han desarrollado los siguientes aspectos que hacen

a la defensa de la competencia y al control de los monopolios de acuerdo a los distintos ordenamientos jurídicos que regulan la materia, según cual sea el mercado afectado por la práctica irregular.

Sin embargo, a partir de los casos que se describen, se verifica que, mientras que a nivel internacional se ha producido una revalorización de la defensa de la competencia y que las autoridades de aplicación de la Unión Europea y de los Estados Unidos sancionan con estrictez las prácticas y las conductas restrictivas o limitadoras de la competencia, en nuestro país no se ha seguido la misma concepción, sino todo lo contrario pues no existe una Ley que regule la materia.

Las interpretaciones que se hicieron a nivel internacional centraron su análisis fundamentalmente desde un punto de vista económico del mercado y de las conductas que en cada caso se analizaron. Se soslayaron así otros valores que matizan lo económico que también integran el régimen de la competencia.

Por esta causa, el Organismo competente encargado deberá resignar sus funciones de orientación y control de las fuerzas de mercado en pos de lograr una competencia real, efectiva y transparente, teniendo en miras la competitividad. Es necesario que los operadores económicos perciban la trascendencia de la libre competencia, en un contexto de globalización de la economía.

CONCLUSIONES.

Ante el notable proceso de cambio que se observa a nivel mundial, cualquier iniciativa para establecer y aplicar normas de competencia se enfrenta con los límites impuestos por las fronteras nacionales. De allí la necesidad que los países en vía de desarrollo como el nuestro tengan la capacidad de actuar eficientemente al respecto, ello implica por un lado, la adopción de una Ley Orgánica de Competencia y la designación de una autoridad, tal como lo prevé el texto del proyecto de Ley discutido; y, por otro lado que esta autoridad tenga los medios suficientes para asegurar sus investigaciones y aplicar sus decisiones, lo cual no es tarea fácil en tanto exista una ausencia de normas nacionales como internacionales de complemento obligatorio.

El fortalecimiento de las organizaciones comerciales es un incuestionable apoyo a una mayor democratización de la vida social reforzando las instancias de decisión de la población y buscando el mejoramiento de las condiciones de vida.

La regulación normativas de las organizaciones comerciales debe partir de la participación de sus actores y tomando en cuenta sus necesidades, a fin de evitar las contradicciones de una formalidad organizativa impuesta frente a la realidad de las organizaciones comerciales. Esto permitirá lograr cierta permanencia y vitalidad en las organizaciones evitando su transitoriedad ante lo coyuntural de su necesidad.

Por estas razones el libre mercado, no es suficiente para asegurar la sobrevivencia de la competencia, por eso, se necesita una política conciente por parte del Estado, con la adopción y la aplicación de una Ley Orgánica de Competencia y el establecimiento de una autoridad que aseguren en forma feaciente que velarán por la defensa y la promoción de la competencia en nuestro país.

Al analizar en forma pormenorizada las actividades que se derivan del comercio, nos damos cuenta que las diferentes infracciones y violaciones legales están penadas por diferentes Leyes que constan en diversos cuerpos legales, por lo que se hace imprescindible aprobar en un solo cuerpo legal todas y cada una de las disposiciones reativas a la competencia a través de la aprobación de una Ley Orgánica, que aplique en forma concordante con los principios constitucionales dichas normas.

Lograr el desarrollo constituye un proceso especialmente delicado ya que deben conciliarse dos realidades contradictorias. Por un lado, el hecho de que sin la presión de la competencia resulta difícil (o casi imposible) alcanzar sectores autosuficientes, de alta rentabilidad y que alcancen niveles de competitividad a nivel internacional. Por otro lado, las economías de escala requieren por lo general, empresas de gran dimensión para hacer capaces de competir efectivamente en mercados mundiales, es evidente que los países pequeños y en vías de desarrollo, como lo es el Ecuador, no son los más propicios para que

generen economías de escala. Esta desventaja es generalmente mencionada por todos los que consideran que solo los monopolios permitirán a las empresas de los países en desarrollo tener posibilidades de lograr la masa crítica necesaria y alcanzar economías de escala que les permitan hacer frente a los competidores extranjeros.

La desprotección total de la competencia -esto es mantener los monopolios -da lugar a empresas ineficientes, incapaces de mantener la competencia y deseosas de beneficiarse de las rentas monopólicas para unos pocos, toda vez que impiden que los escasos recursos de las economías menos avanzadas sean asignados en forma óptima entre las necesidades de la sociedad y por ende, que beneficien al desarrollo socio-económico de toda la población.

Con frecuencia los sectores protegidos son precisamente la infraestructura básica de la economía que en realidad deberían representar los sectores más efectivos en virtud de su efecto de propagación en el desarrollo del resto de la economía, si como consecuencia de la protección monopolística, los servicios esenciales tales como, electricidad, telecomunicaciones, transporte, banca son ineficientes y retrasados, el resto de la economía que depende de estos servicios para desarrollarse, permanecerán también siendo poco desarrollados y penalizados (vía competitividad) frente a los competidores extranjeros que no sufren de tales ineficiencias.

De ahí la necesidad de un cierto grado de flexibilidad en relación con las reformas

económicas requeridas, lo cual implica un mayor grado de intervención por parte del Estado para hacer frente a las necesidades inmediatas y las situaciones urgentes.

En virtud de las considerables dificultades para que el gobierno ajuste la economía logrando la mejor combinación de competencia y donde se requiera el apoyo gubernamental, se considera que el país tenga la posibilidad de conducir su desarrollo económico, en particular deberá decidir que mercados proteger de la competencia externa a gran escala y definir cuales y cuando podrían ser sometidos gradualmente a fuerzas competitivas.

Es importante mencionar que de acuerdo a la abundancia de deficiencias de mercado en nuestro país, es un error pensar que este tipo de legislación es un lujo que sólo tiene sentido en el caso de economías avanzadas.

Sin embargo aún cuando la competencia a nivel nacional se considera una necesidad, este tipo de legislación no resulta siempre suficiente para abordar todos los tipos de prácticas anticompetitivas, razón por la cual la expedición de la Ley debe ser la base, sobre la cual se sustente la reglamentación que conforme a la práctica y a la costumbre que debe expedirse necesariamente sobre la materia.

Las leyes de defensa y promoción de la competencia se fundamentan en la teoría económica y los principios jurídicos de los derechos de propiedad a través de la eficiente asignación de los recursos, siendo su objetivo final el bienestar del

consumidor. Para preservar este resultado de bienestar del consumidor, el entorno institucional se sirve de diversas leyes como la de defensa de la competencia y la ley de defensa del consumidor, las cuales comparten la búsqueda de protección al consumidor pero a través de provisiones jurídicas e instrumentos diferentes, siendo la misión la ley de defensa de la competencia, la protección del proceso de competencia en los diferentes mercados.

Con este fin, generalmente la ley asigna a las autoridades de competencia funciones relacionadas con investigaciones de conductas anticompetitivas, abusos de posición dominante en los mercados, y las de autorizar ciertas operaciones de concentración económica.

Sin embargo, para obtener el cumplimiento de los objetivos de la ley de competencia no basta asignarle solo aquellas funciones. Se requiere también dotar a las autoridades que aplican la ley de competencia con las herramientas jurídicas necesarias para el cumplimiento de sus funciones de manera efectiva. También se requiere asignarle funciones relacionadas tanto con su participación en la formulación de ciertas políticas públicas, así como las funciones relacionadas con la creación y promoción de la denominada cultura de la competencia.

El objetivo último de la ley de competencia de bienestar del consumidor se complementa, pero NO debe confundirse, con el de la política y la ley de defensa del consumidor. Ambas van de la mano y comparten un marco teórico común pero cada una tiene su misión específica, y el trabajo diario es diferente en cada una de

estas áreas. Ambas buscan la protección al consumidor pero con aproximaciones diferentes, mediante vehículos diferentes, con objetivos particulares diferentes. En el caso de la defensa de la competencia el bien jurídico tutelado es la competencia en sí misma, en el caso de la defensa del consumidor es el consumidor propiamente dicho.

Ciertamente, si una empresa carece de competidores puede imponer las condiciones en el mercado que más le convengan ya que los consumidores no tienen posibilidades de elegir entre diferentes alternativas. Adicionalmente, si bien la cantidad de opciones de compra o servicios es la fuente de eficiencia, se debe asegurar que los consumidores o usuarios tengan los elementos necesarios para hacer la mejor elección posible, ya que de poco sirven muchas alternativas si el consumidor o usuario no tienen la información y herramientas correctas para tomar su decisión de compra.

De lo expuesto anteriormente, se establece que, la promoción de la competencia beneficia al consumidor al reducir las distorsiones externas en la provisión de bienes y servicios (cantidad, precio, posibilidades) basándose en la búsqueda de la mejor asignación de los recursos y una óptima organización industrial. Paralelamente, la protección al consumidor se concentra en asegurar que el consumidor tenga conocimiento, seguridad jurídica e información veraz para escoger, de forma tal que se reduzcan las asimetrías de información y de poder entre proveedores y consumidores.

En resumen, se ha clarificado que la ley de defensa de la competencia es diferente a la ley orgánica de defensa del consumidor, ya que si bien sus objetivos se entrelazan sus misiones son específicas, siendo el objetivo de la ley de defensa de la competencia la preservación del orden público económico mediante la defensa de los mercados para la consecución del bienestar del consumidor. Para lograr la finalidad anotada, las autoridades de competencia deben contar con una ley que les permita adaptarse rápidamente a la dinámica de los mercados. Además, esta ley debe dotar a las autoridades correspondientes de las herramientas necesarias para apoyar en la formulación de ciertas políticas públicas con el objeto de prevenir restricciones a la competencia originadas por las privatizaciones, expedición de normativa económica, etc. Igualmente es importante para poder cumplir con el objetivo planteado que se lleve adelante una verdadera campaña de promoción y difusión sobre el tema, especialmente en lo que tiene que ver con los objetivos, alcances y sobre todo las ventajas de contar con normativas de este tipo en los actuales momentos por los que atraviesa el país.

Finalmente debemos considerar que el objetivo de modernización planteado por las políticas comerciales actuales, debe asegurar la libre competencia para la producción de bienes y servicio que permitan la superación de la pobreza y la protección de los individuos dedicados a las actividades mercantiles.

Dicho lo anterior, me permito establecer que, en base al desarrollo del presente trabajo, es importante e imprescindible que tanto a nivel nacional como

internacional, el Ecuador cuente en forma expresa a través de un cuerpo legal debidamente planificado con una norma que permita y ponga en práctica las políticas que regulen el correcto funcionamiento del mercado, su derecho a una libre competencia..

Por lo tanto, y a manera de conclusión, esperando aportar para el desarrollo de nuestro país, considero necesario que se continúe en este tema de trascendental importancia para proteger el derecho de los ecuatorianos y por ende dejar a un lado los intereses de carácter políticos que son los únicos que traban e impiden el desarrollo de un país que busca pese a toda adversidad salir adelante y seguir creciendo como Nación

RECOMENDACIONES

Es hora ya de que la realización de estudios e investigaciones en materia de derecho partan de realidades vigentes y actuales y dejen de ser el fruto de la mera lucubración, del respeto a la costumbre y a los tradicionalismos jurídicos caducos o simplemente de una transposición de elementos que choquen con el ser mismo de un ente social determinado.

Las facultades de jurisprudencia y escuelas de derecho deberían jugar un papel protagónico en la actualización de los diversos cuerpos legales o códigos, así como en la preparación de sus estudiantes, incluyendo e incorporando, conforme lo requiera la práctica dentro de sus planes de estudio, temas que implican trascendencia y preocupación a nivel nacional, incentivando la participación joven en los procesos de cambio de nuestra nación.

En el caso específico de la iniciativa de incluir como política de estado una Ley de Competencia, se debe tener en cuenta que hay mucho que decir y plantear en cuanto a las actividades de comercio, toca entonces tomar la iniciativa y proponer inquietudes renovadoras a la Legislatura, tomando en cuenta lo siguiente:

- No basta con adoptar leyes y normas de libre competencia, de protección al consumidor y de lucha contra la competencia desleal que sean apropiadas, si éstas no se aplican en forma eficiente.
- Es un hecho que en la mayoría de los países, aún cuando se han adoptado leyes de competencia, reformas económicas de liberalización de mercados, liberalización de precios, desregulación, privatización, apertura comercial e inversiones extranjeras directas, no se ha prestado suficiente atención a la política de competencia. Derivado de lo anterior, conviene reflexionar sobre el tema para evaluar en qué forma se pueden crear y fortalecer las instituciones responsables de implementar estas políticas. ***La entidad de control de la competencia debe ser: autónoma, independiente tanto administrativa como financieramente, totalmente técnica y sin ningún tipo de injerencia ya sea política, gremial o económica.***

En esta materia, la entidad a cargo tiene un papel fundamental, pues de nada sirve un cuerpo normativo perfecto con una entidad endeble o sujeta a presiones políticas, por lo tanto debe tener autonomía administrativa, técnica y financiera. Una entidad suscrita o subordinada a cualquier ente público, estará siempre condicionada en sus resoluciones directa o indirectamente. La independencia de la entidad es la mejor garantía para todos los actores del mercado, especialmente si tomamos en cuenta que precautelara la competencia de los sectores privado y público.

- Sin una competencia sana y dinámica en los mercados domésticos, sería imposible alcanzar la competitividad en mercados internacionales. ***En el mundo globalizado y altamente tecnificado de hoy, los precios son menores en importancia en relación con los procesos eficientes de producción y la introducción de productos novedosos, que constituyen el motor de la competitividad.*** No se puede contar con monopolios y campeones nacionales para ser competitivos internacionalmente, si estos monopolios y conglomerados no están sometidos a la presión de la competencia para poder ser eficientes y dinámicos.

- ***Mientras más pequeño sea el mercado nacional, más necesaria se considera una adecuada política de competencia, tanto para la defensa del consumidor como para fortalecer la competitividad del productor.*** Lo mismo puede afirmarse para el caso de los mercados de los países en desarrollo, en los cuales las fallas del mercado están aún más presentes.

- Aunque la ley de libre competencia tiene como objetivo maximizar la eficiencia, en definitiva también contribuye a maximizar el bienestar del consumidor. Una adecuada normativa de la competencia debería propiciar una mayor eficiencia y equidad tomando en cuenta las numerosas “fallas del mercado”.

- Para asegurar que la defensa de los intereses del consumidor tiene la debida atención, es necesario aplicar conjuntamente leyes de libre competencia y de protección del consumidor, ya que éstas constituyen “las dos caras de una

misma moneda”. En efecto, las dos aseguran normas adecuadas de calidad respecto a las “señales del mercado” respondiendo a los deseos y a las necesidades de los consumidores, lo que redundará en mayor competitividad de bienes y servicios en los mercados internacionales.

- Es fundamental implementar mecanismos para fortalecer a las asociaciones de consumidores en temas de competencia, por ejemplo, a través de talleres de capacitación.
- El rol de los servicios públicos es particularmente importante en el caso de los monopolios naturales que prestan servicios públicos imprescindibles para los consumidores, tanto para los individuales como para los empresariales que demandan insumos para la producción.

Las ayudas estatales como subsidios o cualquier medida que otorgue preferencia a las empresas estatales que se desenvuelven en el ámbito privado, suelen traer efectos altamente distorsionadores de la competencia. Sin embargo, en la medida que estos tengan efectos pro-competitivos estarán permitidos.

- Implementar mecanismos para fortalecer la cooperación entre entes reguladores y agencias de competencia y de protección al consumidor, a fin de dar coherencia e interrelación a la aplicación de las políticas públicas.

- Representantes de los organismos de defensa de la competencia y de los consumidores deberían ser consultados cada vez que el gobierno se proponga adoptar medidas legislativas en cuanto a los servicios públicos tales como, privatizaciones, creación de entes reguladores y negociaciones de acuerdos internacionales. Entes reguladores de servicios públicos deberían tener un representante de los organismos de consumidores como integrantes de sus directorios.

Una ley de defensa de la competencia sanciona actos y conductas sobre la base de tres elementos: distorsión de la competencia, abuso de posición dominante y perjuicio potencial al interés económico general. Los dos primeros requisitos son alternativos y el último es necesario para que la práctica analizada encuadre dentro del objeto de la ley.

El abuso de posición dominante puede relacionarse con la idea de ejercicio del poder de mercado por parte de una empresa o grupo de empresas que tiene una posición monopólica, o de liderazgo en un cierto mercado. Este ejercicio se ve favorecido si el mercado está cerrado a la competencia externa y si existen barreras a la entrada de nuevos competidores originados en disposiciones legales o en la posesión exclusiva de ciertos recursos.

Los actos y conductas anticompetitivas que no encuadran dentro del concepto de "abuso de posición dominante" deben no obstante implicar un cierto ejercicio del poder de mercado. Tales prácticas pueden ser unilaterales o concertadas, horizontales o verticales, abusivas o excluyentes, e instrumentarse a través de

precios o de restricciones cuantitativas. En algunos casos pueden no representar actos que en sí mismos repercutan negativamente sobre el excedente total de los agentes económicos, pero sí ser una señal que indique la existencia de un ejercicio del poder de mercado que reduzca dicho excedente.

Es importante tener en cuenta que La posición dominante no se sanciona. **SU ABUSO SI**, se determina por el propio comportamiento unilateral o en grupo actuando como uno sólo, de impedir la competencia se agrega otro elemento es que tenga la intención de excluir a los agentes económicos del mercado. Es importante distinguir, que el hecho de que un solo agente económica sea el proveedor de determinados bienes o servicios en un mercado, esto no significa que abuse, consideraciones como el hecho de que este expuesto a competencia efectiva (por ejemplo a importaciones) y que se comporte sin inhibir la entrada de otros competidores o condicionando su participación, serán las que nos permita apreciar si existe o no abuso, entre otros factores.

Es importante tener un control de concentraciones, pues si bien pueden generar eficiencia económica, los índices de mercados altamente concentrados no se justifican en sectores donde no existen monopolios naturales o que requieran de costes hundidos altos.

En cuanto al procedimiento, que determine conductas anticompetitivas, las facultades investigativas deben ser amplias pero con garantías de contra peso - Confidencialidad - lo más importante aquí es proteger los secretos industriales y comerciales, nunca se podrá divulgar o exponer documentos o información que

por su naturaleza debe ser confidencial. El proyecto de Ley contempla esta posibilidad muy bien.

Deber de Secreto para todos los que manejen esta información, los daños y perjuicios ocasionados a los agentes económicos como consecuencia de una infracción a la presente ley, deberá plantearse por la vía judicial basándose en una resolución en firme del órgano competente.

Para los dueños del capital es causa de tenaz resistencia cualquier idea de reforma que mejore las leyes existentes, por lo que se hace indispensable contar con la fuerza unitaria de los comerciantes que respalden los proyectos de Ley que en ese sentido se formulen.

Dentro del Derecho comparado es importante tener en cuenta, que como precedente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se tomen en consideración algunas de las legislaciones que en esta materia se han dictado a nivel mundial, países que por su incidencia y consideraciones históricas asemejan se realidad política a la nuestra.

Son también importantes las recomendaciones emitidas por la OMC, para aplicarlas en una nueva legislación de competencias, resguardando de no afectar los principios constitucionales, pero teniendo en cuenta que dichas legislación debe estar conforme a las normas internacionales vigentes de las cuales el Ecuador es signatario.

por su naturaleza debe ser confidencial. El proyecto de Ley contempla esta posibilidad muy bien.

Deber de Secreto para todos los que manejen esta información, los daños y perjuicios ocasionados a los agentes económicos como consecuencia de una infracción a la presente ley, deberá plantearse por la vía judicial basándose en una resolución en firme del órgano competente.

Para los dueños del capital es causa de tenaz resistencia cualquier idea de reforma que mejore las leyes existentes, por lo que se hace indispensable contar con la fuerza unitaria de los comerciantes que respalden los proyectos de Ley que en ese sentido se formulen.

Dentro del Derecho comparado es importante tener en cuenta, que como precedente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se tomen en consideración algunas de las legislaciones que en esta materia se han dictado a nivel mundial, países que por su incidencia y consideraciones históricas asemejan se realidad política a la nuestra.

Son también importantes las recomendaciones emitidas por la OMC, para aplicarlas en una nueva legislación de competencias, resguardando de no afectar los principios constitucionales, pero teniendo en cuenta que dichas legislación debe estar conforme a las normas internacionales vigentes de las cuales el Ecuador es signatario.

Por todo lo expuesto, considero imprescindible retomar la iniciativa para aprobar en el Congreso Nacional y asegurar el ejecútese constitucional de una Ley que proteja el libre mercado, la libre empresa y, castigue las prácticas anticompetitivas o desleales, plasmadas en una Ley de Competencias que a no dudarlo llenará un gran vacío que existe en la legislación ecuatoriana.

BIBLIOGRAFÍA

1. **CARVAJALES, Mariano, MARCHESINI, Dardo, teoría y práctica de la Defensa de la Competencia Editorial AD HOC, Buenos Aires Argentina 2002.**
2. **DROMI, Roberto, Competencia y Monopolio, Editorial ciudad Argentina, Buenos Aires 1999.**
3. **BIBLIOTECA MILENIU, Derecho de la Competencia, El Navegante Editores, Bogotá 1998.**
4. **CEBALLOS VÁSQUEZ Víctor, Libre Competencia y Derecho de Consumo Editorial Jurídica Ecuador, Primera Edición 2001**
5. **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR.**
6. **LEY ORGÁNICA DE DEFENSA AL CONSUMIDOR.**
7. **REGLAMENTO A LA LEY ORGÁNICA DE DEFENSA AL CONSUMIDOR.**

8. **LEY ORGÁNICA DE DEFENSORÍA DEL PUEBLO.**
9. **REGLAMENTO A LA LEY ORGÁNICA DE DEFENSORÍA DEL PUEBLO.**
10. **Ley de Propiedad Intelectual.**
11. **Texto del Proyecto de Ley de Promoción y Defensa de la Competencia.
Ref. "Proyecto de Ley Orgánica de Promoción y Defensa de la
Competencia Económica". Proyectos: 20-189; 22-641; 22-660; y, 23 –
823.**
12. **Actas de Discusión del Proyecto de Ley Orgánica de Promoción y
Defensa de la Competencia (Archivo General del Congreso Nacional.**
13. **Observaciones al Proyecto de Ley Orgánica de Promoción y Defensa
de la Competencia, emitidas por la Cámara de Industriales de
Pichincha, 8 de febrero 2002.**
14. **Texto del Nuevo Proyecto de Ley denominado Ley Orgánica de
Protección y Fomento de la Competencia Económica.**
15. **Ley 25.156 Ley de Defensa de la Competencia Argentina.**
16. **Decisión 486 de la Comunidad Andina**

17. **Texto del Decreto 1019/99, de Promulgación y Veto Parcial de la Ley 25.156 (Argentina).**
18. **Texto del Informe Competencia en Ecuador elaborado por Abraham Hollander.2002.**
19. **Petición del Consejo Nacional de Modernización para el Coauspicio de la Presidencia de República. 14 de junio del 2002.**
20. **Recomendación de la Superintendencia de Bancos para el envío del Proyecto al Honorable Congreso Nacional. 12 de julio del 2002.**
21. **Consideraciones de la Cámara de Comercio de Quito. 25 de octubre del 2002.**
22. **Petición del Ministro de Relaciones Exteriores para que se sancione el Proyecto aprobado por el Honorable Congreso Nacional. 21 de octubre del 2002.**
23. **Observaciones de la Cámara de Industriales de Pichincha. 8 de noviembre del 2002.**

24. **Opinión del Presidente del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo. 8 de noviembre del 2002.**
25. **Opinión de la Superintendencia de Compañías. 11 de noviembre del 2002.**
26. **Criterio del Servicio de Rentas Internas. 12 de noviembre del 2002.**
27. **Criterio de la Federación Nacional de Cámaras de la Pequeña Industria. 11 de noviembre del 2002.**
28. **Observaciones y Sugerencias de la Corte Suprema de Justicia. 11 de noviembre del 2002.**
29. **Petición de la Federación Nacional de Cámaras de Industrias del Ecuador. 12 de noviembre del 2002.**
30. **Comentario de la Superintendencia de Bancos y Seguros. 12 de noviembre del 2002.**
31. **Opinión de la Academia de Abogados-Ecuador. 13 de noviembre del 2002.**

32. Criterio del Ministerio de Comercio Exterior Industrialización Pesca y Competitividad. 13 de noviembre del 2002.