

Competencia y derecho en la Comunidad Andina y en Ecuador

*Magdalena Defaz Valarezo**

Este trabajo pretende hacer evidente la necesidad de promulgar un sistema jurídico, que regule la competencia en el Ecuador y que a su vez la promocióne; tomando en cuenta la experiencia y el marco legal y teórico que se han generado, tanto en América Latina como en Estados Unidos y Europa. Estas experiencias prodrán formar la discusión necesaria para crear un propio sistema jurídico en la materia, que no deje al sistema bajo su propio albedrío y le permita a su vez expanderse.

This work aims to make evident the necessity to promulgate a juridic system that regulates and promotes competence in Ecuador; taking on account the experience and the legal and theoretic framework that has been generated in Latinamerica, The United States and Europe. These experiences mil make possible to form the necessary discussion to create a particular juridic system in the mattér, that will not leave the system under its own free will and allows it to expand, at the same time.

Sumario: 1. Introducción. / 2. La competencia. Nociones y fines. / 2.1. Algunas concepciones doctrinales. / 2.2. Posturas de algunos ordenamientos jurídicos. / 2.2.1. Estados Unidos de América. / 2.2.2. La Unión Europea. / 3. Derecho de la competencia en la Comunidad Andina. / 3.1. Las legislaciones nacionales. / 3.2. La legislación regional sobre competencia. / 4. El caso ecuatoriano. Políticas y derecho de la competencia. / 4.1. Lá constitución política. / 4.2. Los mercados ecuatorianos. / 5. Conclusiones. / Bibliografía.

1. Introducción

El presente trabajo pretende formular algunas observaciones, encaminadas a evidenciar la necesidad de la promulgación de una ley sobre promoción y protección de la competencia en nuestro país; y, de la determinación de una noción del concepto de competencia y de sus fines, que incluya suficientes elementos para ser eficaz en los mercados ecuatorianos y que no olvide las características y circunstancias propias de éste.

Con el fin de cumplir el objetivo antes señalado, es necesario señalar que los fines de las políticas de competencia han sido objeto de discusiones a través del tiempo por parte de la doctrina (muchas veces inspiradora de reformas legales) y a partir de situaciones reales que se han producido conforme la evolución del sistema capitalista.

* Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Quito. Maestría en Derecho Económico.

1. Así, la presencia de los procesos de concentración e internacionalización del capital, la presencia de nuevos actores y los roles que han sido asignados al ente Estatal, son situaciones que muchas veces han mostrado la ineficacia de los modelos teóricos que han formulado y replanteado el problema a los estudiosos del mismo.

Así pues, existe falta de consenso respecto de los objetivos que deben perseguir las políticas de competencia, y ello influye directamente sobre la percepción de los fines que la ley correspondiente debe tratar de obtener, aún más, considerando que ésta es la principal herramienta a través de la cual pueden llevarse a efecto dichas políticas (sin olvidar el apoyo que a los efectos presta el refuerzo o la creación de un apropiado y fuerte marco institucional, y la necesidad de una "cultura" que acepte como indispensables los beneficios de su existencia). Por ello, es importante que la legislación de competencia manifieste un mínimo de coherencia con la pretensión general de las políticas públicas. Por otra parte, las políticas públicas, deben estar clara y previamente definidas y acordes con las disposiciones constitucionales correspondientes, por lo que deben ser asumidas no como características del gobierno en turno sino como propias de cada Estado. Esto pues, al ser la Constitución Política la ley suprema de un Estado de derecho, su normativa se constituye en el principal referente para el conocimiento de los fines que persigue la organización estatal, los principios que regulan su accionar, su carácter e institucionalidad.

Consecuentemente, el derecho de la competencia, en su concreta manifestación de normativa legal, por ejemplo, a través de la ley de protección y/o promoción de la competencia, en razón de la natural jerarquía del ordenamiento jurídico estatal, también se ve subordinado a la normativa del derecho constitucional.

Ecuador reconoce como propio el sistema de economía social de mercado al manifestarlo expresamente en la Constitución Política de la República actualmente vigente.

En las economías sociales de mercado, la producción busca atender los requerimientos del mercado y de las distintas unidades económicas individualmente consideradas que en él se interrelacionan (consumidores que compran bienes y servicios; empresas que compran trabajo, capital y materias primas, que utilizan para producir bienes y servicios que luego venderán; trabajadores que venden sus servicios de trabajo; propietarios de recursos que arriendan la tierra a las empresas o venden materias primas; el Estado en cuanto empresario o consumidor, etc.), en cumplimiento del principio rector de "libertad de comercio y empresa". Sin embargo, también debe atender las exigencias mínimas y las de carácter no económico de las personas como integrantes de los diversos grupos sociales que conforman la población; mismas que se encuentran consideradas en la norma suprema, y que tienen que ver con la puesta en práctica de otros princi

pios de la economía reconocidos por ella, como son la solidaridad, la sustentabilidad y la calidad. En la realización del señalado cometido, el Estado puede desempeñar un papel determinante en la marcha del mercado desde el momento en que interviene, de alguna forma, a través del desarrollo y gestión de políticas económicas concretas y, principalmente, mediante la creación, organización y aplicación del marco institucional y jurídico necesario para el funcionamiento mismo del mercado. Este marco institucional y jurídico, se encuentra constituido principalmente por las políticas y la legislación de promoción y protección de la competencia.

Al momento de realizar un estudio de cuáles deben ser los fines u objetivos que deben inspirar a la legislación y políticas de competencia, no deben olvidarse los principios constitucionales antes mencionados que, por otra parte, constituyen la primera evidencia jurídica de la necesidad de su promulgación en Ecuador.

2. La competencia. Nociones y fines

El análisis de algunas posturas doctrinales respecto de cómo debía entenderse el término competencia, los fines de las políticas y el derecho relativo a ella, se han formulado (considerando las diferentes visiones que de la relación mercado-Estado y la actuación de los agentes económicos que dentro del primero han existido) es un aspecto que debe atenderse para el cumplimiento del objetivo señalado para este trabajo. Además, una breve remisión de la evolución normativa del derecho de la competencia, considerando la postura u orientación de las legislaciones de competencia de los dos principales ordenamientos jurídicos que constituyen un referente: la legislación de los Estados Unidos de América y de la Comunidad Europea, servirán para dicho efecto.

2.1. Algunas posiciones doctrinales

De lo señalado en los párrafos precedentes resulta la importancia de incluir, por lo menos, las nociones más relevantes que de la competencia y sus fines se han tenido, desde la consideración de la misma como factor importante para la salud de la economía de los Estados. Así, a continuación se señalan las principales perspectivas que se han desarrollado desde la economía y el derecho, que en esta materia, quizá más que en ninguna otra, se encuentran en una inseparable relación "retroalimentadora".

De conformidad con los postulados *clásicos*, la competencia perfecta se define como aquella situación en la que una multiplicidad de empresarios y consumidores sin poder, uno o varios de ellos, para fijar los precios, se subastan los productos, siendo el mercado el que determine el precio. Dicha situación constituye conforme esta visión, una condición *sine quemón* para que unida a otros requisitos (la transparencia del mercado, el libre flujo de factores de la producción, el equilibrio de la oferta y la demanda) el sistema del *laissez faire* funcione. Por lo tanto, la existencia de aquella en los mercados, implica la consecución, de manera natural, de la eficiencia y la equidad.

Los *neoclásicos*, por su parte, representan a los mercados como una combinación de fuerzas (demanda, oferta, etc.) cuya alteración llevaría a un estado de reposo o "equilibrio estático" que requeriría que los actores en el mercado realizaran sus conductas con conocimiento pleno de las circunstancias actuales "información perfecta", aunque reconocen que el sistema competitivo no es útil en todos los supuestos (los servicios públicos y los monopolios naturales, por ejemplo, no pueden regirse plenamente por las reglas de la competencia). La suposición inicial de reconocer la posibilidad de la competencia perfecta "sólo como sistema de laboratorio" hace que traten de explicar los llamados estados en "desequilibrio" / "imperfectos" o constitutivos de "fallas de mercado", como estados derivativos intermedios de competencia imperfecta. Desde este punto de vista, la presencia de concentración revela una estructura inadecuada de mercado bajo la cual es imposible alcanzar un "óptimo social" y mucho menos hacerse presente la "competencia". La deducción lógica resulta ser que, si los mercados presentan mayor concentración, son menos competitivos, por lo cual la intervención estatal es requerida como correctivo a través de políticas públicas que impidan la existencia de concentración y de barreras al ingreso de nuevos competidores; y el derecho se constituye como la principal herramienta para la obtención de los resultados esperados, principalmente, a través de la legislación antimonopolios.

Uno de los principales argumentos del *enfoque subjetivista* lo constituye la consideración de la imposibilidad verificada de predecir los comportamientos de los individuos. La información es subjetiva en cuanto que sólo es relevante para los individuos si es útil para alcanzar sus fines particulares y, por tanto, nadie la tiene de forma completa sino que está dispersa. El fenómeno de la competencia, según esta posición, está determinado por la ignorancia de los agentes motivada por el cambio constante de infor-

mación con el paso del tiempo. La competencia se podría definir, para esta corriente, como " el proceso en el cual los agentes intentan vencer su propia ignorancia acerca de las condiciones futuras que han de afectar sus inversiones actuales".² Desde el punto de vista *institucional*, la competencia tiene que ver con la habilidad de las empresas para descubrir nuevos conocimientos útiles a su actividad y para encontrar nuevos hechos antes que otros, obteniendo de esta manera ventaja competitiva sobre ellos. Así, resulta que el número de empresas que exista en el mercado no es relevante. Esta perspectiva supone el análisis y comparación de los conjuntos *de reglas e instituciones existentes a fin de determinar aquellas que mejoren las condiciones en las cuales los empresarios se animan a competir*³ La eficiencia, como fin de la competencia, se relaciona con la posibilidad de que cada individuo alcance sus propios fines conforme a sus planes en el mercado, en armonía con los fines y planes de los demás.

En resumen, se podría sostener que el mercado puede ser visto como un ente estático o dinámico, y que a partir de una u otra consideración se presentan divergentes formas de mirar la competencia y fijar los objetivos. Así, estos últimos podrían ir desde "la consecución, de manera natural, de la eficiencia y la equidad" como en el enfoque clásico; el "que impidan la existencia de concentración y de barreras al ingreso de nuevos competidores" como lo sostenido por los neoclásicos; hasta la consecución de "la eficiencia, como fin de la competencia" como lo sostenido desde el punto de vista institucional.

La eficiencia, como criterio para determinar lo anticompetitivo de una conducta, puede ser considerada desde tres elementos: *la producción, la asignación de recursos y la innovación*: La *eficiencia en la producción* se tiene cuando los bienes se producen utilizando la combinación más efectiva de recursos disponibles bajo la tecnología existente, es decir,

2. DE LEÓN, Ignacio, *Un enfoque alternativo de políticas para la promoción de la competencia en economías en transición*, <http://wlv.v.platino.gov.ve/procompetencia>.
3. Desde esta perspectiva, la normativa de propiedad intelectual, a través del sistema de patentes, puede señalarse como una institución que, al proteger al inventor y darle a éste derechos exclusivos sobre su invención durante determinado lapso y en territorio, contribuye a mejorar la situación de la competencia. La importancia que, para la actividad económica de las empresas, reviste la suscripción de contratos de "know how" es también una muestra de cuan significativo puede ser "ser el

aquellas que permitan alcanzar el mayor nivel de producción con los menores costos. La segunda cuando se consigue, *mediante la invención y el desarrollo*, la difusión de nuevos productos que incrementen la riqueza social sea a través de la introducción de un nuevo producto o una mejora en la calidad de los existentes, establecimiento de un nuevo método de producción, el desarrollo de un nuevo mercado, etc. *La eficiencia en la asignación*, por su parte, implica que el *stock* existente de bienes e insumos es asignado mediante el sistema de precios, a aquellos compradores que más lo valoran.⁴ La preeminencia de este concepto en el análisis parece derivarse de *una visión dinámica* de la competencia, a la cual, parte de la doctrina le atribuye cinco funciones: distribución de la renta, composición de la oferta, dirección de la producción, elasticidad en el proceso de adaptación y progreso técnico, pero que deja de lado la antes mencionada protección de las libertades económicas individuales. En consecuencia, de las políticas de competencia pueden derivarse "políticas de concentración", siempre y cuando la actividad que ha sido cuestionada como anticompetitiva produzca eficiencia en el mercado.

Por otra parte, las formas en que sean considerados por la doctrina el principio de la libertad de empresa y el *laissez faire* (principio ordenador de todos los sistemas de economías de mercado), también influyen en la recomendación que las diferentes posiciones doctrinales realizan para la fijación de los fines de la competencia por el derecho y las políticas públicas correspondientes. De esta manera, si el principio de libertad de empresa significa la eliminación de cualquier intervención estatal, la defensa de la competencia se hará a través de un modelo *antitrust*, que reduce la discrecionalidad de los poderes públicos al mínimo; si implica la existencia de un mercado en que la libre competencia entre empresas es el principio ordenador, las fallas del sistema deben resolverse mediante intervenciones propias del sistema *antitrust*; si se considera que la libre competencia es un principio plenamente disponible y que el sistema jurídico establecido para su defensa es incapaz de resolver las quiebras del sistema económico de mercado se entenderá que muchas veces se requiera su exclusión.⁵

4. CARPIÓ, Miguel R., *Análisis económico de la legislación de competencia*, <http://www.platino.gov.ve/procompetencia>.

5. VICIANO, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la*

2.2. Posturas de ordenamientos jurídicos

El derecho de la competencia se encuentra estrechamente vinculado a las economías del tipo imperante en Europa Occidental, Estados Unidos y en el mundo desarrollado (en general, a partir de la Revolución Industrial), tal como lo demuestra su desarrollo histórico y su difusión geográfica.

A pesar de lo afirmado en el párrafo precedente, los ordenamientos jurídicos de dichos Estados presentan diversas orientaciones respecto de los fines u objetivos de la competencia, en consideración con el reconocimiento de las diferencias de sus entornos políticos y económicos.

Las diferencias existentes se evidencian en las políticas y el derecho de la competencia asumidas en las diferentes áreas en que ésta funciona en un sistema de libre mercado, aceptando la división que de ellas realiza parte de la doctrina en: a) la protección de la competencia, que abarca tres áreas de la regulación (ciertos tipos de conductas anticompetitivas, abuso de posición dominantes y concentraciones económicas); y b) la promoción de la competencia, relacionada con las áreas de desregulación de la economía, privatización y diseminación de los mecanismos de la competencia.

2.2.1. Estados Unidos de América

Los principales instrumentos jurídicos que configuran el marco de referencia para la aplicación del derecho de la competencia en dicho país son: la *Sherman Act* de 1890; la Ley de la Comisión Federal de Comercio de 1914; la *Clayton Act* de 1914; la Ley de Mejoramientos Antimonopolistas *Hart-Scott-Rodino* de 1976; la Ley de investigación y producción nacionales cooperativas de 1993; la Ley Web- Pomerene; y, la Ley de Ayuda Internacional a la Aplicación de Leyes Antimonopolistas de 1994. La *Sherman Act* de 1890, es la primera normativa legal relativa a la competencia en los Estados Unidos y base del derecho antimonopolista estadounidense, se fundamentó en el principio de "libertad de empresa". En razón de ello, consideraba negativa la concentración de poder sobre la economía, que se da cuando son pocos los actores económicos participantes del mercado. Dicha ley prohíbe los contratos para restringir el comercio entre los estados norteamericanos o con países extranjeros y determina como ilegal el intento de monopolizar cualquier profesión o comercio. Estipula sanciones en lo civil y lo penal, consistentes las primeras en multas y prohibiciones de las prácticas discutidas y, las segundas, en multas o penas de prisión.

La Ley de la Comisión Federal de Comercio de 1914 creó dicho organismo, Comisión Federal de Comercio (FTC), mismo que mediante regulaciones y realizando investigaciones debía encargarse, entre otras cosas, de la prevención de la competencia desleal y las prácticas engañosas y de requerir a las empresas que indemnizen a consumidores por daños causados.

Con la *Clayton Act* de 1914 aumenta el listado de prácticas prohibidas expresamente por la *Sherman Act*. Así, se incorporan, entre otras, la discriminación de precios, las juntas directivas vinculadas, las fusiones y adquisiciones que causen disminución de la competencia o tiendan hacia el monopolio. Confiere al Departamento de Justicia y a la Comisión Federal de Comercio autoridad para bloquear fusiones si estas violan las leyes anti monopolísticas.

Con la Ley *Hart-Scott-Rodino*, (que enmendó la Ley *Clayton*) se estableció el sistema de notificación previa a la FTC y a la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de la decisión de fusionar compañías antes de llevar ésta a efecto, so pena de pago de altas multas diarias mientras persistiera la omisión. La fusión debería ser examinada en sus posibles consecuencias para la competencia, los organismos encargados podrían requerir que los participantes vendan parte de sus activos o podrían bloquear por completo la fusión.

De esta forma se incorporó el *principio de la razonabilidad*, que significa la verificación de los efectos que en la práctica produciría determinado caso de aparente concentración antes de dar un veredicto sobre lo anticompetitivo de la actuación. Dicha verificación debía considerar el interés de las partes, el interés público y el de los usuarios. Lo que se pretendía con la incorporación de esta "regla de lo razonable", era permitir una oportunidad para todos aquellos **que quisieran** participar en el mercado, mantener una estructura industrial que impidiera la corrupción y el abuso de poder, y también buscar la eficiencia. Este enfoque se aplica generalmente para análisis de prácticas verticales,⁶ aunque también para conductas de tipo horizontal⁷ (cuando promueven mejoras en la producción o distribución del producto, la investigación y el desarrollo, o permiten la adopción de medidas para aprovechar las economías de escala).

6. Aquellas conductas que se manifiestan a través de acuerdos para restringir la competencia entre proveedores y distribuidores, tales como acuerdos, de discriminación de precios, mantenimiento del precio de reventa, restricciones territoriales impuestas por proveedores, acuerdos de distribuciones exclusivas, ventas condicionadas

7. Relativa a acuerdos colusorios contra proveedores de mercancías similares, para restringir la competencia. -

El mencionado criterio, encuentra su justificación en la vigencia del denominado *análisis económico del derecho*, que se introdujo a partir de la pérdida de competitividad de las empresas estadounidenses y apoyándose en las doctrinas de la escuela de Chicago. Significó el cambio de fin de las normas, éstas debían dirigirse a la obtención del bienestar de los consumidores y a la eficiencia económica como único objetivo, dejando de lado las otras funciones como la defensa de la libertad de empresa, la existencia de pequeñas empresas o la libertad efectiva de acceso al mercado.

Además de la aplicación del citado principio de razonabilidad, para el análisis de las conductas anticompetitivas, en los Estados Unidos de América se desarrolló el denominado *enfoque per se*, que implica la consideración de ilegalidad de determinadas prácticas contempladas en la norma jurídica, sin atención a las circunstancias particulares ni a los efectos de eficiencia, y es preferido en su aplicación para los acuerdos horizontales anticompetitivos (por ejemplo, la fijación de precios, restricciones-barreras de entrada o salida del mercado, etcétera).

La orientación anti monopolística que reviste al derecho de la competencia de los Estados Unidos encuentra la justificación de su objetivo de mejor distribución del poder económico (aunque esto es discutible) por el tamaño de su mercado interno y externo,⁸ razones que también explican la falta de relevancia que se dio en la práctica, a la protección de la posibilidad de entrada de nuevos competidores.

Así pues, las políticas y la legislación de competencia en los Estados Unidos de América, tradicionalmente se han centrado en la prevención y el enjuiciamiento de prácticas anticompetitivas. Debe señalarse, sin embargo, que se han producido cambios con relación a las normas de hace dos décadas, en cuanto a qué es monopolización y las formas de prevención del monopolio en su etapa incipiente. Así, la "Ley de investigación y producción nacionales cooperativas" de 1993 estipula protecciones para ciertas iniciativas conjuntas de investigación y desarrollo a cargo de compañías del mismo ramo, cuando presentan una notificación previa por escrito al Departamento de Justicia y a la FTC; la "Ley *Web-Pomerene*" establece una ex-censó antimonopolista limitada para la formación

8. VICIANO, Javier, *op. cit.*

y operación de asociaciones de empresas (competidoras en la misma área), con el fin de que participen en ventas de exportación colectivas.

Aunque el sistema estadounidense considera como punto primordial la verificación de la habilidad de una empresa específica para reducir la producción y elevar los precios sobre el nivel competitivo (relacionado esto con el objetivo económico de las normas de competencia), actualmente, existe un debate respecto de si objetivos de carácter político social deben ser considerados por las normas de competencia. A este respecto, la flexibilidad del sistema anglosajón permite que la ley se adapte a las cambiantes condiciones políticas y del mercado sin sufrir significativas enmiendas.

2.2.2. La Unión Europea

En los países que constituyen la Comunidad Europea es necesario diferenciar, por un lado, la existencia de las leyes nacionales de los Estados miembros y, por la otra, la normativa regional sobre competencia. En general, el sistema europeo sigue la tradición del derecho privado, por lo que tiende a ser más intervencionista y, al mismo tiempo, reduce la discrecionalidad de las autoridades y brinda mayores seguridades a las empresas sobre la legalidad de sus acciones.

El desarrollo del derecho de la competencia en la Comunidad Europea, en su nivel regional, tradicionalmente se ha encaminado no sólo a permitir el correcto funcionamiento de los mecanismos de mercado sino también a asegurar la efectiva formación de un mercado común y la libre circulación y comercio de bienes dentro de aquél. Esta afirmación se deriva de las disposiciones del principal cuerpo normativo que contiene normas al respecto, el Tratado de la Comunidad Económica Europea o Tratado de Roma (TR), suscrito en 1957 y en vigencia desde 1958.⁹

El Tratado de Maastricht (TM), suscrito en 1992 (en vigencia desde 1993) recoge las disposiciones del Tratado de Roma relativas a la política regional de competencia. Con éste, y derivado de la constitución de la Unión Económica y Monetaria Europea, se incorpora un nuevo objetivo para la política de competencia. Este objetivo implica promover en

11. En el del *Tratado de Roma* uno de los objetivos expresamente señalados para la Comunidad Económica Europea (art. 3) es "establecer un sistema que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior". Dicha ley se refiere a la política comunitaria de competencia, en primer lugar, en su Tercera Parte relativa a Políticas Comunitarias (arts. del 85 al 94).

empresas y consumidores la idea de que su trabajo y su vida se realiza en un único mercado y, consecuentemente, contribuye al crecimiento, la competitividad y el empleo en el interior del mismo.

Son dos las áreas de aplicación de las políticas de competencia establecidas en el Tratado de Roma y recogidas en el de Maastricht: 1) la tradicional, referida a la realización de prácticas restrictivas de la libre competencia (art. 85 del Tratado de Roma y 81 del de Maastricht); relativa a disposiciones respecto del abuso de posición dominante (art. 86 TR y 82 TM); referente a las empresas públicas y a las empresas con derechos especiales o exclusivos (art. 90 TR y 86 TM); y, 2) la referente a las ayudas estatales y subsidios públicos (arts. 90 al 94 TR y 87 al 89 TM).

Esta última área de ejercicio de las políticas de competencia es exclusiva del proceso de integración europeo y uno de los pilares de su política comunitaria. Se encamina a impedir que, a través de las ayudas estatales u otorgando ventajas económicas incompatibles con el interés común, se amenace o distorsione la competencia entre las empresas y se afecten los intercambios comerciales entre los Estados miembros. Aquí se muestran, por lo menos en la teoría, objetivos distintos a la consecución de eficiencia y competitividad. Objetivos relacionados con el desarrollo regional y de fomento industrial fueron considerados por el legislador y, en aras de su consecución, se admiten a manera de excepciones, situaciones que distorsionan la competencia,

í, el art. 92 del Tratado de Roma¹⁰ y el 87 del

10. *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*. Título VI. "Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones". Capítulo I. "Normas sobre competencia." Sección II. Ayudas otorgadas por los Estados. Artículo 87.

1. Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

2. Serán compatibles con el mercado común:

a. Las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;

b. Las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;

c. Las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división.

Tratado de Maastricht establecen, entre otras, la posibilidad de autorización de ayudas si así se favorece el desarrollo regional o de actividades económicas y culturales, cuando se trata de proyectos de interés comunitario o de remediar graves perturbaciones económicas en un Estado miembro. Sin embargo, en la práctica han surgido problemas y tensiones "los casos son tratados sin tener en cuenta, a menudo, el problema social o local que se encuentra detrás de ellos, o se adoptan supuestas normas comunes cuya aplicación beneficia a las grandes empresas de los Estados más desarrollados, en perjuicio de las empresas medianas y pequeñas de los Estados menos desarrollados".¹¹

En lo que se refiere al abuso de posición dominante, las consideraciones se centran en la capacidad de una empresa dominante para limitar el acceso al mercado y dañar el desempeño de competidores más pequeños. Es decir, considera aspectos relativos al comportamiento o conducta de las empresas más que el número de competidores o el grado de concentración (que tienen más importancia bajo la óptica de la legislación estadounidense y bajo los parámetros de ese mercado). En cuanto a las legislaciones nacionales de la Comunidad Europea, en un principio, la libertad de empresa fue invocada frente a las restricciones provenientes del Estado, por lo cual no existió una oposición radical hacia las tendencias monopolísticas de los particulares. Aun considerando los peligros de generalizar, la mayor parte de la doctrina consultada sostiene que en Europa la concepción de la *competencia económica* como institución ha determinado que las funciones de la legislación de defensa de la competencia sean de carácter *poli*

3. Podrán considerarse compatibles con el mercado común:

- a. Las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo;
 - b. Las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;
 - c. Las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;
 - d. Las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común;
 - e. Las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión.
11. SAMANIEGO BORDU, Gonzalo, *Efectos y límites de la competencia y de los regímenes de competencia*, <http://www.cefir.org.uy/>.

tico-económicas, lo que explica su orientación hacia la prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia pero haciendo exención de aquellas que la mejoran, benefician a los consumidores o aumentan la eficiencia, no suponen restricciones innecesarias y no eliminan por completo la competencia entre empresas.

3. Derecho de la competencia en la Comunidad Andina

La necesidad de políticas y legislación de competencia, ha resurgido en América Latina a partir de las reformas que el sistema económico ha experimentado, especialmente, las determinadas por la ejecución de los postulados neoliberales.¹²

Las actuales legislaciones de regulación de la competencia en las funciones de protección y promoción de la misma,¹³ comenzaron a promulgarse en los Estados de la Comunidad Andina a partir de 1991.¹⁴

Tanto el sistema europeo, especialmente por la tradición de derecho privado de los países de la Comunidad Andina, como el régimen norteamericano, han sido fuentes de influencia para las legislaciones sobre competencia en dichos Estados.

Sin embargo, los fundamentos en la necesidad de políticas de competencia y en la promulgación de una normativa legal correspondiente, han requerido, en los Estados de la Comunidad Andina, el reconocimiento de la competencia como la "manera más

12. Desde este punto de vista se ha sostenido que las políticas y legislación de defensa de la libre competencia constituyen el complemento imprescindible de la liberalización comercial (que incluye la desregulación del comercio internacional con la consecuente liberalización de los precios y libre circulación de capital y bienes); que son instrumentos necesarios para la ejecución de la desregulación comercial, pues constituyen el marco jurídico adecuado para asegurar la correcta asignación de recursos por parte del mercado; y, que coadyuvan a la consecución de la búsqueda racionalización del Estado pues eliminan las restricciones a la competencia producto fundamentalmente de la intervención gubernamental antes que de la propia dinámica del mercado.
13. La primera función abarca regulación de ciertos tipos de conductas anticompetitivas, abuso de posición dominantes y concentraciones económicas; y la segunda se relaciona con las áreas de desregulación de la economía, privatización y diseminación de los mecanismos de la competencia.
14. Perú y Venezuela promulgaron sus correspondientes leyes en 1991. La legislación colombiana sobre competencia data de 1959, año en el que se promulgó una ley que nunca tuvo aplicación real, la ley vigente sobre competencia en Colombia data de 1992. Bolivia, al igual que Ecuador, no posee normativa regulatoria específica:

eficiente de asignar recursos en una economía y, consecuentemente, la mejor manera de beneficiar a los consumidores en términos de precio, calidad y variedad de los productos a su disposición"¹⁵ es decir, la eficiencia económica y el bienestar del consumidor (su derivado), se han constituido en sus principales objetivos.

La referencia a objetivos distintos, de carácter político y social, 110 han sido tratados en forma suficiente por las legislaciones de competencia de los Estados de la CAN (tales como la protección de la pequeña y mediana empresas, libertad comercial, descentralización de la economía, etc.). Además, se han manifestado francas contradicciones con las políticas públicas consideradas por largo tiempo de vital importancia, tales como las relativas a la promoción (y protección) industrial sin que en la práctica haya existido la real intención de armonizar los objetivos de ambas.

3. 1. *Las legislaciones nacionales*

Aunque, como ya se ha dicho, pareciera que el objetivo de eficiencia económica es el que ha sido asumido como predominante, las legislaciones de Colombia, Perú y Venezuela presentan importantes diferencias que se ponen de manifiesto en las diversas áreas de actuación de la ley.

a) En lo que se refiere a la determinación de conductas anticompetitivas, las leyes son muy similares y manifiestan disposiciones que configuran específicas prácticas restrictivas que pueden ser bilaterales o unilaterales. Las primeras implican los ya mencionados acuerdos horizontales y verticales; las segundas son con relación a prácticas ejecutadas por firmas con gran poder en un determinado mercado y configuran las llamadas conductas de abuso de posición dominante, que no sólo perjudican la competencia con otros competidores ya existentes, sino que además son capaces de impedir la entrada de potenciales competidores, a través de precios predatorios y otros mecanismos para incrementar los costos de entrada. Los criterios *per se* y de razonabilidad han sido

considerados para la evaluación de las conductas anticompetitivas. La existencia de listados ilustrativos sobre conductas absolutamente prohibidas en las legislaciones, da cuenta de la aplicación del primero.

b) En lo que respecta a conductas unilaterales, manifestadas concretamente, como ya se ha señalado, en "el abuso de posición dominante", ha prevalecido la opinión que sostiene que debido a las largas décadas de proteccionismo (fruto del modelo de sustitución de importaciones introducido por la Comisión Económica para América Latina CEPAL), los mercados de los Estados de la CAN son muy concentrados y, consecuentemente, los sectores importantes presentan generalmente una empresa con posición dominante. Esta consideración ha originado una clara tendencia en las legislaciones nacionales andinas sobre competencia a poner énfasis en la regulación del funcionamiento del mercado¹⁶ más que en lo concerniente a la estructura del mismo.¹⁷

c) En lo que se refiere a las disposiciones sobre concentraciones económicas, las legislaciones son una mezcla de los sistemas europeo y estadounidense, y evidencian distintas prioridades.

Sin embargo, parecería que ha prevalecido la consideración de que al estar los países andinos comenzando a abrir sus economías a la competencia internacional, sus mercados no tienen el suficiente desarrollo ni la capacidad institucional para determinar la talla óptima de sus participantes. La deducción lógica de esta afirmación sería que, al ser aquella la situación de los mercados andinos, aunque las operaciones de fusión podrían tener gran impacto también podrían fortalecer la competitividad internacional de las empresas e incrementar la eficiencia económica.

Los literales a, b y c se han referido a la tendencia general de la legislación de competencia -en su dimensión de protección- en la CAN. Sin embargo, como ya se ha dicho, existen diferencias entre las legislaciones de los tres Estados miembros que cuentan con ellas.

15. Banco Mundial-OCDE, La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana, resumen interpretativo de la conferencia "Foro de las economías emergentes de mercado", celebrada en Buenos Aires del 28 al 30 de octubre de 1996, <http://www.jlacomp.org>.

16. Relacionada con la identificación y sanción de conductas anticompetitivas entre actuales competidores.

17. Concerniente a número de competidores y grado de concentración de los mercados.

En Colombia, la ley de 1959, que seguía los lineamientos de la legislación anti monopólica estadounidense, fue reemplazada en 1992 por el Decreto Ley 2153. Esta legislación define claramente los conceptos básicos **antitrust** relacionados con la conducta y la estructura de mercado. Para el análisis de las conductas de abuso de posición dominante, concretamente, es usado el principio de razonabilidad. En lo que se refiere a control de fusiones, el decreto introduce la excepción por eficiencia, cuando ésta es mayor que los efectos restrictivos sobre el mercado. Se establece el mandamiento obligatorio de una notificación profusa a la autoridad de competencia, la misma que luego del análisis de los posibles efectos restrictivos de la competencia en el mercado relevante, así como de las posibles eficiencias económicas, puede, previamente, permitir o no su consumación. Además, los acuerdos de investigación y desarrollo están exceptuados (siempre son permitidos).

En Venezuela, siguiendo el sistema europeo, la regulación declara prohibidas todas las prácticas anticompetitivas, a menos que sean expresamente autorizadas por la agencia de competencia, la cual tiene discrecionalidad para la evaluación de las mismas. Hasta ahora, se ha permitido la aplicación de la regla de la razón en ciertos acuerdos, si se ha verificado eficiencia económica, aun en despecho de las restricciones que a la competencia ellos han generado. Por otra parte, basado en los lineamientos del sistema estadounidense sobre fusiones, el ordenamiento jurídico venezolano ha establecido una específica metodología para determinar cuándo las fusiones resultan en un suficiente poder de mercado como para eliminar o restringir la competencia efectiva (en Venezuela no existe revisión previa obligatoria, pero de manera opcional puede consultarse a la autoridad antes de realizar la operación).

En la ley peruana no se prevé el control de fusiones, el criterio determinante de ello es que las políticas de competencia no deben añadir nuevos obstáculos para la inversión extranjera. Ello va de acuerdo con los fines primordiales perseguidos por la ley, la eficiencia y el bienestar del consumidor. Los esfuerzos para minimizar las barreras de entrada pretenden obtener la racionalización del proceso productivo y el reconocimiento de la importancia que la presencia de firmas grandes ha tenido en el impulso de economías de escala. "Una evaluación de la política de competencia peruana muestra cuán efectiva esta política puede ser cuando se ve respaldada por un claro apoyo político. La administración del comercio de Fujimori y sus políticas regulatorias son las más orientadas al merca

do en la región. Las reformas en esas áreas han sido el reflejo de cambios en disposiciones constitucionales para completar el desmantelamiento de las barreras de acceso al mercado."¹⁸

d) En lo concerniente a la promoción de la competencia, a pesar de la importancia que reviste para las economías de estos Estados, por su relación con las áreas de desregulación de la economía y privatización, no ha sido suficientemente considerada por las legislaciones nacionales.

Por otra parte, la divulgación de información sobre los beneficios que la competencia, importante en la formación de una cultura de la competencia (inexistente o muy débil en los países andinos), a sido asumida por las autoridades correspondientes. Ello implica un cambio en cuanto a la consideración de los valores sobre la relación Estado-economía, el papel de la empresa privada y los individuos, y sobre la relación que estos tienen entre sí.

3.2. La legislación regional sobre competencia

La Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena promulgada en 1991, se denomina "Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia".

La Decisión, basada en principios supranacionales, prevalece sobre las leyes nacionales en caso de dimensión subregional de distorsiones a la competencia. A pesar de que al haber sido promulgada antes que las leyes nacionales de competencia existentes en la región, su visión y componentes parecen insuficientes comparados con el posterior desarrollo de la competencia en los Estados que cuentan ya con una legislación sobre competencia.

En lo concerniente al ámbito de aplicación, en el art. I de la decisión, se señala que el objeto tiene que ver con la prevención o corrección de distorsiones en la competencia que se hayan dado como resultado de prácticas restrictivas de la libre competencia. Considerando lo dispuesto en el art. 2, queda claro que la normativa se aplica sólo cuando las prácticas correspondientes se den en el comercio celebrado entre actores económicos de los países de la subre-

18. JATAR, Ana Julia y Luis TINEO, *Competition policy in the andean countries: The ups and downs of a policy in search of its place*, www.jlacomp.org.

gión, lo cual implica que no se incluyen las actividades realizadas (por una o más empresas) situadas en o fuera de país miembro que no produzcan efectos en la subregión.

Se hace una determinación de lo que debe ser entendido como práctica restrictiva de la libre competencia incluyendo una enumeración de posibles conductas encaminadas a restringir, impedir o falsear la competencia. Sin embargo, la decisión no contiene el criterio *per se* para la prohibición de prácticas concertadas o paralelas, y menos aún un régimen de excepciones al respecto, lo cual le permitiría estar en armonía con las legislaciones nacionales e internacionales sobre el tema y abogaría por el objetivo de consolidación de un mercado único, de la protección de la competencia como proceso económico y la promoción de la misma. En consecuencia con esta falta, la funciones de la secretaría general están limitadas a ordenar la suspensión de la práctica respectiva (que puede ser denunciada únicamente por los países miembros o por las empresas que tienen interés legítimo), previa realización de un proceso en el que se demuestre que ésta resulta perjudicial para la industria. "La exigencia de este criterio impide que se puedan sancionar todas aquellas prácticas o acuerdos que, a pesar de sus efectos nocivos sobre la competencia, sobre los intereses de los consumidores y sobre las pequeñas y medianas empresas, no produzcan un perjuicio a la industria".¹⁹ Así las cosas, se dejan de lado consideraciones importantes como el fortalecimiento del poder de mercado, la participación de competidores medianos y pequeños, los efectos nocivos para el consumidor y para el comercio subregional. Además, el órgano encargado no cuenta con los mecanismos suficientes para prevenir las prácticas anticompetitivas, ni le está dada la facultad de imponer sanciones pecuniarias, sólo puede dar la posibilidad, al país miembro, de imponer medidas de carácter comercial.

Por otra parte, en lo que respecta al abuso de posición dominante, la decisión establece en su art. 5 conductas que se consideran evidencia de dicho comportamiento, pero no realiza la prohibición *per se* de las mismas. "Ello es importante puesto que si se reconoce que en los procesos de integración existen asimetrías en cuanto al nivel de desarrollo industrial entre los respectivos países, es probable

que los comportamientos de las empresas situadas en uno afecten a las situadas en otro."²⁰

No existen disposiciones relativas al control de fusiones, uno de los temas que se ha considerado necesario en las legislaciones sobre competencia en otros procesos de integración, para la consecución del objetivo de formación de un mercado integrado. En consecuencia, no existe la posibilidad de la evaluación de la conveniencia o no de este tipo de prácticas bajo la perspectiva de los efectos que tendría en cada uno de los países miembros. Ello es una falacia considerando que, al suprimirse las barreras comerciales al interior de la región, las empresas podrían fusionarse, y si ello no se realiza bajo un control, es posible que tengan lugar posiciones dominantes que culminen en abuso.

El tema de las ayudas estatales y su correspondiente régimen de excepciones, considerado uno de los pilares de la política de competencia comunitaria europea por su relación con los fines perseguidos por la política industrial comunitaria y la formación de un mercado único, está ausente en la normativa señalada.

Conforme a lo antes señalado, parecería ser que a nivel subregional, la política de competencia no se ha desarrollado a la par con los procesos económicos de la presente década y, por lo tanto, sus disposiciones y los fines u objetivos que la inspiran merecen ser revisados. Se deduce también que la evidente falta de coordinación de la norma subregional con las legislaciones nacionales y la falta de legislación sobre competencia de Ecuador y Bolivia, podrían llevar a distorsiones de la competencia en el mercado integrado. Con esto, los fines u objetivos del proceso de integración y de las políticas públicas subregionales de competencia (que por otro lado no aparecen claramente definidas) peligrarían frente a la consecución de los intereses y conveniencias de cada Estado.

Además de todo lo anterior, la antes mencionada decisión, deja fuera consideraciones acerca del tratamiento del tema de la competencia desde la perspectiva del desarrollo. Consecuentemente, no se han introducido criterios que tomen en cuenta las asimetrías existentes en el sistema económico mundial. Así, no se han considerado aspectos que interesen a los países en desarrollo tales como la competencia en el acceso al financiamiento y a la tecnología; ni

19. IBARRA PARDO, Gabriel, *Políticas de competencia en los procesos de integración en América Latina*, <http://www.cefir-org>.

20. DIEZ CANSECO NUNEZ, LUIS COMPETENCIA E INTEGRACION EN AMERICA LATINA , REFLEXIONES SOBRE SU IMPORTANCIA Y SOBRE LOS TEMAS QUE DEBERIAN DE SER CONSIDERADOS, <HTTP://WWW.CIFER.ORG.UY/>

se lia abogado porque se garanticen, además de la eficiencia, la equidad y el beneficio colectivo. Este comportamiento ha sido típico en las discusiones que a este respecto se han llevado a cabo en los organismos multilaterales, pero, por la especial importancia que reviste para los países andinos, ello no justifica la ausencia de los tópicos antes referidos en las discusiones y legislación de la competencia de la CAN.

Finalmente, los objetivos y funciones que los Países Andinos deben determinar en favor de sus intereses como grupo, deberían ser considerados en la legislación regional sobre competencia. Un fm específico de dicha legislación, podría ser el referido a la participación de la subregión en el círculo de la competencia internacional.

4. El caso ecuatoriano. Políticas y derecho de la competencia

Tanto la evolución de las posturas doctrinales, la orientación de los ordenamientos jurídicos que constituyen el principal referente, así como el desarrollo de las políticas y legislación de competencia en los Estados de la Comunidad Andina de Naciones que cuentan con ella y la legislación subregional, han sido analizadas por su importancia para la justificación de la necesidad de una eficaz política y legislación de competencia para nuestro país, y el análisis de los fines u objetivos que deberán inspirarlas. Sin embargo, para el cumplimiento de dicho objetivo, no deben olvidarse dos temas que ya han sido señalados: las disposiciones constitucionales y las características de los mercados ecuatorianos.

4. L La constitución política

Como ya se ha señalado, las disposiciones de la constitución política se constituyen en el primer argumento jurídico para justificar la necesidad de la promulgación de una legislación de competencia para nuestro país, así como en el primer referente que deben considerar las políticas y legislación correspondiente en el establecimiento de sus fines u objetivos.

Los artículos de la norma suprema que tienen relación directa con el tema de las políticas públicas y legislación de competencia son: art. 23, numeral 16, art. 244, y art. 23, numeral 7.

En el Ecuador la Constitución Política de la República establece en su artículo 244, previo reconocimiento de que se trata de una economía social de mercado, la obligación del Estado de "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".

Sin embargo, en el mismo artículo se señala también la obligación de "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 incumplimiento de las normas de calidad" con lo cual queda establecido un grado de regulación de la economía por parte del Estado ecuatoriano, y la orientación tuitiva de derechos no económicos.

De lo anterior se deduce la aceptación, por parte de la norma superior ecuatoriana, del paso de la consideración de las normas de competencia como un "derecho de una clase" (resolución de problemas de los empresarios) a un derecho de todos (se protegen por él además de los derechos de los empresarios también los de otros actores económicos). Por otro lado, debe notarse que en el artículo 242 sobre "Principios de la Economía", no sólo se establece el principio de la eficiencia como uno de los rectores para la organización y el funcionamiento de la economía sino que además dicho artículo menciona la solidaridad, sustentabilidad y calidad "...a fin de asegurar a los habitantes una existencia digna e iguales derechos y oportunidades para acceder al trabajo, a los bienes y servicios, y a la propiedad de los medios de producción."

El artículo 141 de la Constitución, por su parte, textualmente señala "Se requerirá de la expedición de una ley para las materias siguientes: 1. Normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales, garantizados en la Constitución", por lo que, siendo la libertad de competencia, parte del contenido de la "libertad de empresa", derecho fundamental conforme el artículo 23, número 16 de la norma suprema, es necesaria su regulación a través de una ley específica.

En consecuencia con las antes citadas disposiciones constitucionales, la promulgación de la ley relativa a la competencia (protección y promoción), se constituye en un requerimiento constitucional que debe considerar, especialmente en el planteamiento de sus objetivos y fines, los antes citados principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad.

4.2. Los mercados ecuatorianos

De conformidad con lo sostenido a lo largo del presente trabajo, 110 sólo son necesarias consideraciones de tipo normativo para la determinación de los fines y objetivos propios de las políticas y la legislación de la competencia al interior de los Estados, sino que además deben ser analizados aspectos prácticos, tales como la forma del funcionamiento y la estructura de los mercados nacionales.

En Ecuador la distribución de la riqueza es muy desigual, datos recientes señalan que el 46% de la población ecuatoriana, o sea 5.1 millones de personas serían pobres, que la tasa de desempleo. llega al 17%, que el PIB *per cápita* ha disminuido en más de 7%.²¹

De los datos antes expuestos se puede deducir que el ingreso que percibe la mayoría de la población ecuatoriana es una grave limitación a sus opciones de consumo y que, evidentemente, éste se ha reducido.²² Si a lo antes expuesto se agrega la cada vez peor situación de la clase media y los abismos que existen entre los habitantes del sector urbano y el rural (que dejan definitivamente a estos últimos "fuera del mercado") se constata la posición de desventaja de las unidades económicas que constituyen la demanda en la relación con la oferta.

Todo lo anterior aboga porque el derecho de la competencia admita su insuficiencia para proteger los intereses de los consumidores como miembros de la población, y acepte que, en determinadas ocasiones, será necesaria la elección entre la satisfacción de sus objetivos o los perseguidos por la legislación de defensa del consumidor.

Por otra parte, si se considera la situación de los oferentes en el mercado, aunque los datos correspondientes a los últimos seis años de los informes de la Superintendencia de Compañías del Ecuador,²³ dan cuenta de una aparente apertura a

la presencia de nuevas compañías legalmente constituidas (las que constituyen sólo una parte de los agentes en el mercado), la realidad es distinta. Aunque las cifras muestran una cada vez mayor presencia de empresas formalmente constituidas como compañías anónimas o limitadas,²⁴ no implica que la actividad de las mismas sea real y que por lo tanto tenga lugar la ampliación del número de agentes. Un alto porcentaje de las compañías sujetas al control de la Superintendencia de Compañías lo constituyen las llamadas, en la jerga legal, "compañías de escritorio", generalmente de objeto social múltiple que son constituidas para fines muy distintos a la realización de operaciones en el mercado, tales como: eludir impuestos, separar determinados bienes del patrimonio personal, evadir responsabilidades laborales de compañías con real operación, obtener créditos vinculados, etcétera.

Así, de las empresas que efectivamente participan en el mercado, la mayoría pertenecen a grupos económicos claramente determinados, los cuales conforman el mínimo de porcentaje de la población que percibe los más altos ingresos. Para 1993, de 6,000 a 6,500 eran los accionistas que mantenían total hegemonía sobre el 90% del capital de las empresas sujetas al control de la Superintendencia de Compañías, aunque no se encontraron datos más recientes, todo parece indicar que esta situación no debe haber cambiado en mucho en los últimos años.

Los límites para la determinación de un mercado son de carácter geográfico y por producto. En nuestro país existen muchos mercados en los que hay concentración, pero aun en aquellos casos no puede señalarse siempre la responsabilidad del Estado por su participación como oferente (esto se limitaría a los casos de los llamados monopolios naturales). En el Ecuador la concentración en muchos sectores se ha visto propiciada y mantenida por oferentes privados.

21. *Semanario de Economía y Negocios "Lideres"*, enero 17 de 2000, p. 7. Informe sobre estudio del Banco Mundial, *Ecuador; crisis, poverty and social services*, diciembre de 1999.

22. *El destino de los pocos ingresos de una población con las características de la ecuatoriana, evidentemente será aquel que constituya la satisfacción de necesidades vitales (alimentación, salud, educación); de igual forma, no se puede esperar una activa participación en el mercado como consumidores de oferentes privados, pues para satisfacer las antes mencionadas prioridades se recurrirá a los servicios públicos.*

23. *Cuadros estadísticos de la Superintendencia de Compañías de Ecuador.* www.supercias.gov.ec

24. Analizando el número de compañías cuya constitución ha sido aprobada desde 1993 a 1998, resulta un total superior a las siete mil por año, sin contar con aquellas que han sido sometidas a aumentos de capital.

Si bien el análisis de los orígenes, motivos y evolución histórica de la realidad antes referida, así como de los diversos instrumentos disponibles para lograr una mejor distribución del poder económico escapan al desarrollo del presente trabajo, debe mencionarse que la situación es susceptible de ser influida (para bien o para mal) por las políticas de competencia. En este punto, cobran importancia las regulaciones sobre las barreras a la competencia (las llamadas barreras de entrada ejercidas muchas veces por los agentes económicos actuantes en un mercado determinado que impiden la existencia de más actores económicos) y los regímenes de excepciones y la aplicación de los criterios *per se* y de razonabilidad.

5. Conclusiones

De conformidad con las reflexiones realizadas a través del presente trabajo, se deducen las siguientes recomendaciones para la puesta en práctica de políticas y legislación de competencia en nuestro país.

i. *En relación con la noción de competencia*

Para que las políticas y legislación de competencia sean legalmente apropiadas al ordenamiento jurídico ecuatoriano y, al mismo tiempo, eficaces, uno de los elementos determinantes es que cuente con una previa determinación de la noción de competencia.

Esto significa establecer qué se entiende por competencia y qué fines deben inspirar su desarrollo.

A este respecto, un primer señalamiento es la necesidad de descartar de antemano la noción de competencia perfecta.

Las razones para dicha afirmación se encuentran en el análisis de la evolución de la doctrina y de los ordenamientos jurídicos que han influenciado las legislaciones de competencia en los Estados de la CAN. Partiendo de dicho análisis se verifican los cambios que se han producido por el paso a visiones más dinámicas del mercado, en el primer caso; y, en el segundo caso, por la verificación de que no puede normarse a partir de una noción de competencia que existe solamente como modelo teórico y que es descartada por la ausencia de mercados con las características requeridas para que dicho modelo tenga efectiva realización.

Por otra parte, la noción de competencia perfecta, desvirtúa el principio ordenador que implica la pre-

sencia del Estado en la economía ecuatoriana, lo cual se respalda con la fijación del modelo de economía social de mercado, que realiza la norma suprema. Además, con su aceptación, deja de ser considerado el señalamiento constitucional del derecho de "libertad de empresa con sujeción a la ley", que evidentemente se enuncia como una clara deferencia a la necesidad de realizar al mismo tiempo que intereses económicos, la protección de otros intereses que las "fuerzas del mercado" no consideran al actuar.

La noción de competencia que se adopte, debe considerar no sólo la noción subjetiva del derecho de libertad de empresa sino también aquellos principios que evidencian las funciones político-sociales de ésta. Ello en concordancia no sólo con los postulados doctrinales sino también con la lógica deducción a la que inducen las disposiciones constitucionales ecuatorianas.

2. *En relación con los fines de las políticas públicas y la legislación sobre competencia*

Como se ha señalado, son diversas las posturas asumidas por la doctrina y las legislaciones respecto de cuáles deben ser los fines u objetivos a los que deben dirigirse las políticas y la legislación de competencia.

Bajo los sistemas jurídicos estadounidense y europeo, que han sido adoptados como modelos por las legislaciones de los Estados de la CAN, subyacen filosofías diferentes, tal como se ha explicado a lo largo del punto 2.2 del presente trabajo.

La tendencia en los Estados del área andina, parece dirigirse hacia el predominio de la consideración de eficiencia económica y el consecuente bienestar del consumidor, olvidando importantes fines de la competencia relativos a la protección de intereses sociales y políticos de los individuos, no como sujetos económicos, sino como ciudadanos de los Estados.

Los objetivos relacionados con la promoción de la competencia no han sido muy atendidos en el resto de las legislaciones andinas, especialmente, en lo que se refiere a las relaciones de la competencia con la privatización y la desregulación. Esto no debería ocurrir también con la legislación ecuatoriana. Además, la legislación no debería olvidar las disposiciones que traten de promover la aceptación de las bondades de la competencia a través de la divulgación de información y de construir una "cultura de la competencia."

La ley ecuatoriana no deberá olvidar que el principal objetivo debe ser la permanencia y control del sistema de economía social de mercado adoptado por Ecuador. Lo anterior implica que la legislación de competencia no debe constituirse únicamente en un sistema de regulación de la conducta de una clase determinada, esto es, los oferentes en el mercado (aunque su ámbito de aplicación sea éste). En consecuencia, si bien sus objetivos de desarrollo de actividades y mercados competitivos, eficiencia económica, impulso de la libre empresa, y sanción de actividades mono- póllicas son los principales; existen objetivos que guardan relación con el ejercicio de la misma, aunque de forma indirecta, como la defensa del consumidor, y también otros que necesitan ser armonizados con aquellos, como por ejemplo los relativos a las políticas de desarrollo (industrial, agrícola, social, etcétera).

La situación de Ecuador como integrante de la Comunidad Andina, es otro tema que debe ser considerado en el momento de la determinación de los fines de la legislación de competencia. A estos efectos, se requeriría, además del ya establecido sometimiento a la normativa subregional para los casos con efectos fuera del territorio nacional, cuando menos, la armonización de los objetivos de ambas legislaciones, con el fin de evitar contradicciones.

3. En relación con las prácticas anticompetitivas, las actuaciones que reflejan abusos de posición dominante, y el control de las concentraciones

Los mecanismos de aplicación y las consecuencias de la incorporación de los criterios *per se* y de razonabilidad, deben ser analizados al momento de promulgar la legislación sobre competencia. A este respecto, podría ser de gran utilidad el estudio comparativo de la incorporación que las legislaciones de los Estados de la CAN han realizado de ellos; así como, la diferenciación, según el tipo de práctica de que se trate, de las consecuencias y beneficios de dicha aplicación.

Es necesaria la claridad en la diferenciación de los diferentes tipos de prácticas anticompetitivas que han sido reconocidas por la doctrina y las legislaciones, pues en caso de existir confusión el cumplimiento de los objetivos de la legislación de competencia podría peligrar. Tampoco debe olvidarse la necesidad de un régimen de excepciones para los casos en que objetivos distintos a los naturales de la legislación de competencia deban ser considerados en atención o deferencia a la consecución

de otros también importantes. Así, estableciendo expresamente la excepción de acuerdos para investigación y desarrollo, por ejemplo, se impulsaría y favorecería el progreso técnico.

Las disposiciones relativas a control de concentraciones, muy necesarias en el contexto económico actual, no deben ser olvidadas. Sería conveniente que la legislación incorporara los criterios para el análisis de las mismas. A este respecto, convendría considerar no sólo el principio de razonabilidad (en beneficio de los objetivos de eficiencia y bienestar del consumidor) sino también criterios que beneficien la consecución de otros fines. Ello requiere de una definición previa de los fines primordiales que pretende alcanzar la legislación, para lo cual debe conjugarse la observación presente, con las anteriormente señaladas.

4. En relación con las características de los mercados ecuatorianos

La determinación de las características propias del mercado ecuatoriano, especialmente la presencia de concentración en algunos sectores debe ser considerada.

Realizar lo antes mencionado, llevaría quizás a deducir que dado el tamaño de algunos mercados, en determinados sectores, la concentración sería inevitable. Por lo tanto, quizá convendría determinar la posibilidad de la existencia de exenciones o el requerimiento de análisis concretos sobre prácticas que no muestren seguridad sobre su naturaleza anticompetitiva. Todo ello, según las diversas funciones y principios que rigen la competencia y que en la práctica han determinado la necesidad de privilegiar uno u otro.

Tampoco debe olvidarse la defensa de la eficiencia. En el corto plazo, dicha defensa, efectivamente, produce beneficios para los consumidores, pero en el largo plazo, si no se acompaña por consideraciones de carácter social (los tantas veces mencionados objetivos político-sociales, político-económicos, etc.) podría producir el desplazamiento de vastos sectores de la población hacia el desempleo (trabajadores de las empresas no eficientes), con la consecuente reducción del ya pequeño mercado ecuatoriano.

En el cumplimiento del objetivo de hacer que la ley sea realmente eficaz en su aplicación, sería conveniente la revisión detallada del derecho comparado, por lo menos de las vigentes legislaciones andinas sobre competencia. A nivel subregional, las experiencias que han tenido las autoridades de control

de la competencia en los Estados que ya cuentan con una legislación de competencia (Venezuela, Perú y Colombia) habrían servido de mucho para la determinación de la orientación de la ley, trabajar sobre la base de experiencias concretas podría resultar de mucho provecho para el establecimiento de una legislación eficaz de la competencia.

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *El Derecho de la Libre competencia*, la. edición, Editorial San Marcos, 1997.

ALVARADO, María de Lourdes, Alex BARRERA, Magdalena DE- FAZ, *Control de fusiones en el derecho de la competencia*, Trabajo realizado para la cátedra de Derecho Económico, Maestría de Derecho Económico, Universidad Andina Simón Bolívar, 1999.

Banco Mundial, *Organización para la cooperación y el desarrollo económico. La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana*, resumen interpretativo de la conferencia "Foro de las economías emergentes de mercado" celebrada en Buenos Aires del 28 al 30 de octubre de 1996, <http://www.jlacomp.org>.

CABANELLAS, Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, 2a. edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1983.

CARPIÓ, Miguel R., *Análisis económico de la legislación de competencia*, <http://www.platino.gov.ve/procompetencia>.

DE LEÓN, Ignacio, *Un enfoque alternativo de políticas para la promoción de la competencia en economías en transición*, 1998, <http://www.jlacom.org>.

DIEZ CANSECO NÚÑEZ, Luis, *Competencia e integración en América Latina: reflexiones sobre su importancia y sobre los lemas que deberían ser considerados*, <http://www.cefir.org.uy/>.

DUBOIS, Jean, *Experiencia práctica en el campo de la competencia de la Unión Europea desde una perspectiva jurídica*, <http://www.cefir.org.uy/>.

GARCÍA-PALECIA CEBRIÁN, Rafael, *Eseperiencias de la Unión Europea en el área de política de competencia*, <http://www.cefir.org.uy/>.

GARMENDIA, Eduardo, *Las hipótesis puestas a prueba: la Comunidad Andina*, <http://www.cefir.org.uy/>.

GUZMÁN, Marco Antonio, *Derecho económico ecuatoriano j*, la. edición, Serie "Estudios Jurídicos", volumen II, Corporación Editora Nacional, Ecuador, 1996.

GRAHAM, Edward M. y David RLCHARDSON, *Un camino de EU y la UE hacia el multilateralismo en política internacional de competencia*, <http://www.cefir.org.uy/>.

IBARRA PARDO, Gabriel, *Políticas de competencia en los procesos de integración en América Latina*, <http://www.celir.org.uy/>.

IBARRA PARDO, Gabriel, *Regímenes de competencia y políticas de competencia en América Latina, con especial referencia al Grupo Andino*, <http://www.cefir.org.uy/>.

JATAR, Ana Julia y Luis TINEO, *Competition policy in the ondean countries: The ups and downs of a policy in search of its place*, 1998, www.jlacomp.org.

OLIVEIRA, Gerner, *La política antimonopolista de Brasil: tendencias recientes y desafíos futuros. Perspectivas Económicas*, vol. 4, núm. 1, 1999, <http://www.usia.gov/journals/ites>.

PALIM, Mark, *The resourgen of competition law in Latin America*, <http://www.usid.gov/journals/>.

PÉREZ MIRANDA, Rafael, *Propiedad industrial y competencia en México. Un enfoque de derecho económico*, 2a. edición, Editorial Prorrúa, México, 1999.

PINDYCK, Robert S. y Daniel RUBINFELD, *Microeconomía*, Editorial Limusa S.A. de C.V., Grupo Noriega Editores, México, 1997.

PITTMAN, Russell, *La razón de las políticas de competencia, especialmente para las economías en desarrollo*, <http://www.jlacomp.org>.

SAMANIEGO BORDU, Gonzalo, *Efectos y límites de la competencia y de los regímenes de competencia*, <http://www.cefir.org.uy/>.

SIERRA, Enrique C., *Ecuador: la política social en el marco de las políticas de ajuste y de los cambios neoliberales, en políticas sociales y pobreza*, FISE-CORDES, Quito, Corporación de Estudios para el Desarrollo (CORDES), 1994.

TINEO, Luis, *Políticas de competencia en la construcción del Area de Libre Comercio de las Américas*, <http://www.ee.ir.org.uy/>.

USIS, *Perspectivas económicas*, vol. 4, núm. 1, <http://www.usia.gov/journals/ites>.

VLCLANO, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía: acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.