



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CARRERA DE DERECHO

TITULO

"LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO EN EL ECUADOR."

**TESIS PREVIA A OPTAR
EL TITULO DE ABOGADO**

Director de Tesis: Dr. Mg. Gonzalo Aguirre Valdivieso

Autor: Edgar Leonardo Vivanco Maldonado

LOJA-ECUADOR

2014

CERTIFICACIÓN

Dr. Mg. Gonzalo Aguirre Valdivieso, Docente de la Universidad Nacional de Loja.
CERTIFICA: Haber dirigido y asesorado el trabajo de Tesis, "LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO EN EL ECUADOR" de la autoría del egresado Edgar Leonardo Vivanco Maldonado, por lo tanto, autorizo su presentación, a fin de que siga los trámites legales correspondientes.

Loja, septiembre de 2014



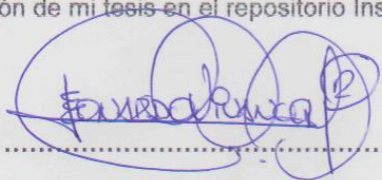
Dr. Mg. Gonzalo Aguirre Valdivieso

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Edgar Leonardo Vivanco Maldonado declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el repositorio Institucional-biblioteca Virtual.


AUTOR:

FIRMA: Edgar Leonardo Vivanco Maldonado

CÉDULA: 1103740138

FECHA: Loja, 26 de septiembre de 2014

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Edgar Leonardo Vivanco Maldonado declaro ser autor de la Tesis titulada: **"LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO EN EL ECUADOR"** Como requisito para optar al Grado de: **ABOGADO**: autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la Tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 26 días del mes de septiembre del dos mil catorce, firma el autor:

AUTOR: Edgar Leonardo Vivanco Maldonado

FIRMA: 

CÉDULA: 1103740138

DIRECCIÓN: Quito, Miguel Donoso N52-300 y Cipriano Delgado

CORREO ELECTRÓNICO: leonardovivanco86@gmail.com

TELÉFONO: 023803805 **CÉLULAR:** 0997444680

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Mg. Gonzalo Aguirre Valdivieso

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Felipe Neptali Solano Guitierrez Mg. Sc.

(Presidente)

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda Mg. Sc.

(Vocal)

Dr. Igor Eduardo Vivanco Muller Mg. Sc.

(Vocal)

DEDICATORIA

La familia es una de la joyas más preciadas que uno puede tener, sin la familia uno no puede conseguir la fuerza necesaria para lograr las metas. Este trabajo es un esfuerzo grande que involucra a muchas personas cercanas a mí. Es por esto que dedico esta tesis a mi mamá, mi papá, mis hermanos y principalmente a mi hija, que son el motor que me obliga a funcionar y ser cada día mejor.

Hija, eres el amor de mi vida y todo lo hago por ti. Recuerda que siempre cuentas conmigo y siempre te voy a amar.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Universidad Nacional de Loja, por abrirme sus puertas del conocimiento y formarme en valores éticos y profesionales.

Un agradecimiento especial al Dr. Gonzalo Aguirre, director de la presente tesis quien con su capacidad profesional, supo guiarme en el desarrollo del presente trabajo para llegar a su culminación.

Edgar Leonardo Vivanco Maldonado.

1. TITULO

"LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA LEY
ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO EN EL
ECUADOR."

2. RESUMEN

El derecho de la competencia, al que los norteamericanos llaman derecho antimonopolístico (en inglés *Antitrust Law*), puede describirse como el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público. En la práctica el derecho de la competencia prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, la adquisición de una posición de dominio en el mercado a través de la realización de dichas prácticas y el abuso de la posición dominante.

El derecho de la competencia representa la positivización de conceptos económicos. La finalidad de su aplicación se encuentra marcada por el sistema económico prevaleciente en el Estado que lo adopta. Sin embargo, a diferencia de muchas instituciones jurídicas que poco han cambiado con el transcurso de los siglos, el derecho de la competencia en un lapso de poco más de cien años de existencia ha evolucionado de manera importante.

El movimiento del análisis económico del derecho, denominado en inglés *law and economics*, ha dado lugar a novedosas reflexiones en torno al comportamiento humano y a la ordenación de la sociedad a través del derecho. En efecto, en el caso del derecho de la competencia las ciencias económicas determinan la evolución de las políticas, legislaciones y las decisiones de las autoridades encargadas de aplicarlas.

El Derecho Antitrust tuvo sus orígenes en EEUU, en 1890, debido a que se empezó a observar ciertas prácticas que alteraban el correcto desarrollo de la industria. Rápidamente la mayoría de países del mundo decidieron adoptar una legislación que regule las infracciones en el mercado. En el caso de Ecuador, no fue así, ya que recién en el año 2011 la Asamblea Nacional promulgó la denominada Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, norma jurídica encargada de controlar las actuaciones de los operadores económicos dentro del mercado ecuatoriano.

Como queda dicho entonces, en el desarrollo de esta tesis me encargaré de analizar al derecho de la competencia, sus orígenes, su evolución en el tiempo, así como también, la implementación de esta rama del derecho en el Ecuador a través de la promulgación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

ABSTRACT

The competition law, which Americans call antitrust law (in English Antitrust Law), can be described as the set of legal rules intended to regulate the business potential of a given market, in the public interest or present power. In practice, the competition law prohibits engaging in restrictive practices of competition, acquiring a dominant position in the market through the implementation of such practices and abuse of dominant position.

The competition law represents positivization of economic concepts. The purpose of the application is marked by the prevailing economic system in the state that adopts it. However, unlike many legal institutions that have changed little over the centuries, the competition law in a span of just over a hundred years of existence has evolved significantly.

The movement of the economic analysis of law, known in English law and economics, has led to novel insights about human behavior and the organization of society through law. Indeed, in the case of competition law economics determine the evolution of policies, laws and decisions of the authorities responsible for applying them.

The Antitrust law had its origins in the USA, in 1890, because they began to observe certain practices that alter the proper development of the industry. Rapidly in most countries of the world decided to adopt legislation regulating

infringements on the market. In the case of Ecuador, was not, as recently as 2011 the National Assembly passed the so-called Organic Law for the Regulation and Control of Market Power, rule of law responsible for supervising the activities of traders in the Ecuadorian market.

As is then that, in the development of this thesis I will take care of analyzing the competition law, its origins, it's evolution over time, as well as the implementation of this branch of law in Ecuador through the enactment of Organic Law for the Regulation and Control of Market Power.

3. INTRODUCCIÓN

Para una economía de libre mercado, la competencia es el eje central sin el cual no pueden conseguirse los propósitos económicos esperados. Desde el Consenso de Washington y los postulados de la escuela de Chicago, con Milton Fredman a la cabeza, se consideró a la competencia económica como la mejor forma de asignar los recursos de una economía, mediante la participación libre en el mercado, en condiciones de competitividad, productividad y eficiencia, con procesos de reingeniería constantes, reglas claras y definidas, calidad en los productos y servicios, con bajos precios para el consumidor final.

Para el Profesor Craig W. Conrath *"Desde una perspectiva más extensa, competencia es un proceso dinámico, el cual normalmente, produce una abundancia de firmas, que son las fuentes de la actividad económica. Estos centros de actividad económica se involucran en un proceso dinámico que produce innovación, crecimiento económico y también, muy importante, una dispersión del poder económico y político. La competencia libera a los consumidores tanto como individuos como actores económicos"*.

En los sistemas de economía de mercado destaca, como uno de los principios básicos, el de la libertad de empresa o libertad de iniciativa económica. Se trata éste de uno de los pilares constitutivos de la Unión Europea, y como tal aparece regulado en los artículos 4 y 98 del Tratado de la Comunidad Europea:

“Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de los Estados miembros y de la Comunidad (...) se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia”; “Los Estados miembros y la Comunidad actuarán respetando el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, favoreciendo una eficiente asignación de recursos y de conformidad con los principios enunciados en el artículo 4”.¹

La economía de mercado constituye, pues, un orden económico que admite en su seno bastantes fórmulas de organización de los mercados y no menos concepciones sociales y económicas sobre el papel del Estado y el resto de agentes económicos. Lo que distingue y caracteriza a la economía de mercado es la orientación de todos los procesos económicos hacia el consumo, que es el que se encarga de transmitir a los productores las líneas de actuación que tienen que seguir, mediante las valoraciones que llevan a cabo los consumidores y que se expresan en los precios.

Por tanto, para que la economía de mercado pueda alcanzar sus fines es preciso que se garantice la libre fijación de precios en un entorno competitivo, ya que por el papel que éstos desempeñan en la toma de decisiones de los

¹ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.

agentes económicos su falseamiento llevaría a una distorsión completa de todos los procesos del mercado.

Sin embargo, también las leyes que rigen el mercado tienen imperfecciones y fallos que, de no corregirse, pueden alterar gravemente su funcionamiento. En particular, ya que lo que mueve la competencia es un interés por obtener cada vez mayores beneficios, el principal obstáculo a este objetivo es precisamente la existencia de competencia por parte de otras empresas, lo que lleva a que los incentivos para limitar o suprimir la competencia sean muy fuertes. Esta situación se ha acentuado últimamente consecuencia de las nuevas tecnologías y la globalización, y estamos asistiendo a un proceso sin precedentes de fusiones y concentraciones empresariales en las cuáles late el debate de, hasta qué punto lo que se busca son unas mayores eficiencias derivadas de las economías de escala o simplemente ponerse de acuerdo entre competidores para evitar tener que enfrentarse en el mercado.

Por tanto, la misma libertad, que es el fundamento último de la economía de mercado y de la competencia (habitualmente se refiere uno a estos términos como economías de Libre mercado y libre competencia) puede convertirse también en su principal amenaza, ya que ningún agente puede sustraerse de la tentación de utilizar su libertad de actuación para buscar la eliminación de un competidor, situaciones de privilegio, o beneficios fáciles y elevados por medios distintos de la competencia basada en los méritos empresariales. Para evitar esto se hace imprescindible instaurar un sistema de normas protectoras

de la libre competencia, de normas que regulen la libre competencia y prohíban y sancionen aquellas prácticas que puedan limitarla.

En consecuencia, tras hacer así su aparición, el derecho de la competencia se desarrolla a través de dos sistemas normativos diferentes: por un lado, la regulación de la libertad de competencia, que comprende un grupo de normas cuya finalidad es sancionar los comportamientos de los empresarios u operadores económicos que impidan la existencia de competencia en el mercado, y es por ello llamado derecho antimonopolio, derecho antitrust; por otro lado, la regulación de la competencia desleal, que comprende un conjunto de normas que vienen a sancionar aquellas conductas empresariales que atentan contra la lealtad o corrección en la realización de actividades competitivas en el mercado.

Tan importante es para el correcto funcionamiento de una economía este principio, que el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución Microordenadores ha llegado a afirmar que *“en definitiva, puede afirmarse que el principio de libre competencia ha alcanzado un rango supra legal”*.²

La libre competencia consiste en la posibilidad de que industriales y comerciantes accedan al mercado en forma igualitaria para ofrecer sus bienes

² Resolución expediente 278/97, Microordenadores, Madrid 23 de junio de 1998.

y servicios. Se supone que el afán de conquista del mercado representa el mejor medio para lograr la eficiencia del mercado: que los operadores económicos utilicen adecuadamente los recursos productivos, que se reduzcan progresivamente los costos y que se generen nuevos productos.

La libertad de competir incluye la de utilizar todos los medios para afirmarse en el mercado, atraer la clientela y fijar las características de la oferta y la demanda. Se considera incluida, también, la libertad para adquirir los factores de producción, decidir su organización, decidir con quién se contrata y con quién no. Asimismo, es libre la búsqueda y conservación de la clientela, a través de los mecanismos de *marketing* que se consideren más adecuados.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. DERECHO

Derecho es el orden normativo e institucional de la conducta humana en sociedad inspirado en postulados de justicia y certeza jurídica, cuya base son las relaciones sociales existentes que determinan su contenido y carácter en un lugar y momento dado. En otras palabras, son conductas dirigidas a la observancia de normas que regulan la convivencia social y permiten resolver los conflictos intersubjetivos.

La definición final da cuenta del derecho positivo, pero no su fundamento; por ello juristas, filósofos y teóricos del Derecho han propuesto a lo largo de la historia diversas definiciones alternativas, y distintas teorías jurídicas sin que exista, hasta el día de hoy, consenso sobre su validez. El estudio del concepto del Derecho lo realiza la Filosofía del Derecho. La definición propuesta inicialmente resuelve airoosamente el problema de "validez" del fundamento del Derecho, al integrar el valor justicia en su concepto. La validez de los conceptos jurídicos y metajurídicos son estudiadas por la teoría del Derecho.

Los conceptos del derecho positivo y el derecho vigente se pueden reducir a que el primero es el que se aplica y el segundo es el que el órgano legislativo

establece para ser obedecido en tanto dure su vigencia, mientras no sea sustituido por medio de la abrogación o derogación. Por lo tanto no todo derecho vigente es positivo, ya que hay normas jurídicas que tienen poca aplicación práctica; es decir, no es derecho positivo pero si es derecho vigente³.

Desde el punto de vista objetivo, dicese del conjunto de leyes, reglamentos y demás resoluciones, de carácter permanente y obligatorio, creadas por el Estado para la conservación del orden social. Esto es, teniendo en cuenta la validez; es decir que si se ha llevado a cabo el procedimiento adecuado para su creación, independientemente de su eficacia (si es acatada o no) y de su ideal axiológico (si busca concretar un valor como la justicia, la paz, el orden, etc).

El Código de Hammurabi, creado en el año 1785 a. C. por el rey homónimo de Babilonia, es uno de los conjuntos de leyes más antiguos que se han encontrado. En él aparece la ley del Talión, que estableció la regla de la proporcionalidad, como criterio de justicia.

La palabra *derecho* deriva de la voz latina *directum*, que significa "*lo que está conforme a la regla, a la ley, a la norma*", o como expresa Villoro Toranzo, "*lo que no se desvía ni a un lado ni otro*".⁴

³ GARCÍA MÁYNES, Eduardo. Introducción al Derecho. México 2006.

⁴ VILORRO TORANZO, Miguel. Introducción al estudio del Derecho. México 2005.

La expresión aparece, según Pérez Luño, en la Edad Media para definir al derecho con connotaciones morales o religiosas, el derecho "*conforme a la recta razón*". Esto es así si tenemos en cuenta frases como "*non omne quod licet honestum est*" (no todo lo que es lícito es honesto, en palabras del jurista romano Paulo), que indica el distanciamiento de las exigencias del derecho respecto a la moral.

Esta palabra surge por la influencia estoico-cristiana tras la época del secularizado derecho de la época romana y es el germen y raíz gramatical de la palabra "derecho" en los sistemas actuales: *diritto*, en italiano; *direito*, en portugués; *dreptu*, en rumano; *droit*, en francés; a su vez, *right*, en inglés; *recht* en alemán y en neerlandés, donde han conservado su significación primigenia de "recto" o "rectitud."

La separación posterior del binomio "ius"-*directum* no pretende estimar que la palabra "ius" se halle exenta de connotaciones religiosas: téngase en cuenta que en la época romana temprana, según Pérez Luño, los aplicadores del derecho fueron, prácticamente de forma exclusiva, los pontífices.

Aunque la definición del término "ius" y su origen aún no esté clara, estudios actuales de Giambattista Vico relacionan muy inteligentemente y casi sin lugar a dudas la procedencia de este término de "Iupiter" (Júpiter), principal dios del panteón romano, representativo de las ideas de poder y justicia.

Del Derecho se ha dicho que es un conjunto de normas jurídicas que forman un sistema hermético al punto que las soluciones hay que buscarlas en las propias normas, criterio válido durante mucho tiempo y que, por lo demás, hay cierta cuota de certeza que ofrece seguridad jurídica a las relaciones sociales que se desarrollan en ese lugar.

En principio, digamos que es un conjunto de normas de carácter general, que se dictan para regir sobre toda la sociedad o sectores preestablecidos por las necesidades de la regulación social, que se imponen de forma obligatoria a los destinatarios, y cuyo incumplimiento debe acarrear una sanción coactiva o la respuesta del Estado a tales acciones. Estas normas no son resultado solamente de elementos racionales, sino que en la formación de las mismas inciden otros elementos, tales como intereses políticos y socioeconómicos, de valores y exigencias sociales predominantes, en tanto condicionan una determinada voluntad política y jurídica, que en tanto se haga dominante se hace valer a través de las normas de Derecho. A su vez esas normas expresan esos valores, conceptos y exigencias, y contendrán los mecanismos para propiciar la realización de los mismos a través de las conductas permitidas, prohibidas o exigidas en las diferentes esferas de la vida social.

La diversidad social y de esferas en que metodológica y jurídicamente se pueden agrupar, es consecuencia del nivel de desarrollo no sólo de las relaciones, sino también de la normativa y de las exigencias de progreso de las

mismas, pero aún con esta multiplicidad de normativas existentes, el Derecho ha de ser considerado como un todo, como un conjunto armónico. Esa armonía interna puede producirse por la existencia de la voluntad política y jurídica que en ellas subyace.

En sociedades plurales la armonía de la voluntad política depende de la coincidencia de intereses de los grupos político partidistas predominantes en el legislativo y en el ejecutivo, así como de la continuidad de los mismos en el tiempo. Cambios también se pueden producir con las variaciones de los intereses socioeconómicos y políticos predominantes, al variar la composición parlamentaria o del gobierno. Asimismo, en sociedades monopartidistas y con presupuesto de la unidad sobre la base de la heterogeneidad social existente, la armonía de la voluntad normativa es mucho más factible si bien menos democrática, lo que no quiere decir que se logre permanentemente; la base de la armonía radica en los intereses únicos del partido.

Doctrinalmente se defiende la existencia de unidad y coherencia; pero lo cierto es que en la práctica lo anterior es absolutamente imposible en su aspecto formal, aún a pesar de los intereses y valores en juego, por cuanto las disposiciones normativas se promulgan en distintos momentos históricos, por órganos del Estado diferentes, e incluso dominados éstos por mayorías políticas o con expresiones de voluntades políticas muy disímiles. Igualmente no siempre hay un programa pre elaborado para actuación normativa del Estado (programas legislativos), sino que la promulgación de una u otra

disposición depende de las necesidades o imposiciones del momento. En tales situaciones se regulan relaciones sociales de una forma, con cierto reconocimiento de derechos e imposiciones de deberes, con determinadas limitaciones, se establecen mandatos de ineludible cumplimiento; y estas disposiciones pueden ser cuestionadas por otros órganos del Estado, derogadas por los superiores, o modificadas por los mismos productores meses o años después. Es decir, en el plano formal, haciendo un análisis de la existencia de una diversidad de disposiciones, si encontraremos disposiciones que regulan de manera diferente ciertas instituciones, las prohíben, las admiten, introducen variaciones en su regulación, o que también en el proceso de modificación o derogación, se producen vacíos o lagunas, es decir, esferas o situaciones desreguladas.

En el orden fáctico, y usando argumentos de la teoría política, las bases para la armonía las ofrece, ciertamente, la existencia de una voluntad política predominante, y de ciertos y determinados intereses políticos en juego que desean hacerse prevalecer como ya antes expusimos. Y desde el punto de vista jurídico-formal, la existencia de un conjunto de principios que en el orden técnico jurídico hacen que unas disposiciones se subordinen a otras, que la producción normativa de un órgano prime sobre la de otros, que unas posteriores puedan dejar sin vigor a otras anteriores, como resulta de los principios de jerarquía normativa no por el rango formal de la norma, sino por la jerarquía del órgano del aparato estatal que ha sido facultado para dictarla

o que la ha dictado; de prevalencia de la norma especial sobre la general; que permita que puedan existir leyes generales y a su lado leyes específicas para ciertas circunstancias o instituciones y que permitan regularla de forma diferenciada, y aún así ambas tengan valor jurídico y fuerza obligatoria.; o el principio de derogación de la norma anterior por la posterior, por sólo citar algunos ejemplos.

La producción del Derecho tal como lo conocemos hoy es básicamente estatal y tiene su origen en la institucionalización del Estado moderno, a partir de la Edad Moderna, siendo su ejemplo clásico la hegemonía del Estado español tras la unificación de Castilla y Aragón con los reyes católicos. Aunque el derecho como norma de conducta coactiva surge ya desde las primeras civilizaciones con una organización política, como las ubicadas en Mesopotamia, Fenicia, Palestina, Egipto y Grecia fundamentalmente como un Derecho consuetudinario, es decir, basado en la costumbre, sin lugar a dudas que los romanos fueron la primera y mayor civilización en dedicar sus mayores esfuerzos a condicionar la generalidad de sus conductas, incluso las más cotidianas, al imperio del Derecho, como sus relaciones de familia, el matrimonio, la adopción, la emancipación y la patria potestad; o las normas patrimoniales del Derecho Civil, como los contratos y los Derechos reales, donde los romanos aún no han encontrado otra civilización que los alcance en profusión y creación jurídica, ni siquiera el derecho francés, que junto al Derecho canónico son los siguientes mayores aportantes en dicha rama

jurídica. Ya a partir de la Edad Moderna, y bajo la fuerte influencia de los clásicos del Humanismo como Maquiavelo, Hobbes y Locke, el Derecho comienza a moldearse como un instrumento y elemento del Estado, adquiriendo la fisonomía positivista que tiene en la actualidad en la mayor parte de los estados no descendiente del archipiélago británico, como Latinoamérica y Europa continental.

Para que una norma pueda ser eficaz, para que se realice, han de crearse, además, los medios e instituciones que propicien la realización de la disposición, y de los derechos y deberes que de tales situaciones resulten. Pero la eficacia de una norma no puede exigirse sólo en el plano normativo, también ha de ser social, material, para que haya correspondencia entre la norma y el hecho o situación, para que refleje la situación existente o que desee crearse, manifestándose así la funcionalidad del Derecho. Como resultado de lo anterior, será posible, entonces, que la norma obtenga el consenso activo de sus destinatarios, que sea acatada y respetada conscientemente, sin requerir la presión del aparato coercitivo del Estado.

Requisito previo de la validez normativa es la publicidad en el sentido antes expuesto. La publicación de las normas se hace no solo para dar a conocer el nacimiento de la disposición, el inicio de su vida jurídico formal, sino también para declarar la posibilidad de su exigencia y obligatoriedad para el círculo de destinatarios de la normativa. Aún más, si toda disposición normativa se dicta,

por regla general, para que tenga vida indeterminada, para que sea vigente y por tanto válida a partir de la fecha de su publicación si ella no establece lo contrario, el acto de la publicación es vital en su nacimiento y acción posterior.

La validez de una norma de Derecho, entonces, y de la disposición que la contiene y expresa, es un elemento importante para la eficacia de la misma, para el hallazgo de su realización en la sociedad, tal y como se previó. Interesan no sólo la observación de los principios, sino también de ciertas reglas relativas a su elaboración racional, a la creación de instituciones para asegurar su cumplimiento, así como la finalidad que con ellas se persigue, a saber: conservar, modificar, legitimar cambios, así como de la observancia de principios básicos que rigen en cada ordenamiento jurídico.

Por tanto, las disposiciones normativas, de cualquier rango, han de ser resultado del análisis previo con el objetivo de conocer los hechos, sus causas y efectos, regulaciones posibles, sus efectos, para poder determinar cuál es la forma precisa que ha de exigirse o propiciarse, o de la Institución jurídica que desea regularse; del cumplimiento de ciertos requisitos formales en su creación y de la observancia de principios técnicos jurídicos que rigen en un ordenamiento jurídico determinado. Han de crearse, además, los medios e instituciones que propicien el cumplimiento de la disposición, y de los derechos y deberes que de tales situaciones resulten, tanto en el orden del condicionamiento social-material, proveniente del régimen socioeconómico y

político imperante, de los órganos que hacen falta para su aplicación, como la normativa legal secundaria y necesaria para instrumentar la norma de Derecho. También ha de tenerse en forma clara los objetivos o finalidad que se persiguen con la norma, o lo que es lo mismo, para qué se quiere regular esa relación, si existen las condiciones antes expuestas para su realización, y entonces la validez de la norma, será no sólo manifestándose así la funcionalidad del Derecho, sino que también lo será en el orden formal, siendo posible, entonces, que la norma obtenga el consenso activo de sus destinatarios, su aceptación, cumplimiento y hasta su defensa.

Nacida la norma, se ha de aplicar y de respetar no sólo por los ciudadanos, sino también por el resto de las instituciones sociales y en particular por los órganos inferiores, los cuales están impedidos formalmente, gracias a la vigencia del principio de legalidad, de regular diferente o contrario, de limitar o ampliar las circunstancias en que se ha de aplicar la normativa anterior, salvo que la propia disposición autorice su desarrollo.

En consecuencia, la eficacia del Derecho depende no sólo del proceso de formación, aunque es muy importante, sino que depende también de las medidas adoptadas para hacer posible la realización de lo dispuesto en la norma y del respeto que respecto a él exista, principalmente por los órganos del Estado, y en particular de la Administración a todos los niveles.

Por último, para que las normas emitidas por el Estado no sólo sean cumplidas ante la amenaza latente de sanción ante su vulneración, sino que se realicen voluntariamente, el creador de las mismas ha de tener siempre presente que el destinatario general y básico de las normas es el dueño del poder, que mediante el acto electoral ha otorgado a otros un mandato popular para que actúen a su nombre y, en tanto hacia él van dirigidas las normas, han de preverse los instrumentos legales, así como las instituciones y medios materiales que permitan hacer efectivos los derechos que las disposiciones reconocen jurídicamente y permitan la defensa de los mismos ante posibles amenazas o vulneraciones que la Administración o terceras personas puedan provocar. En otras palabras: Necesidad de garantías para el ejercicio de los derechos y su salvaguarda como vía para que se realice el Derecho, para garantizar, entre otras las relaciones bilaterales individuo-Estado, individuo-individuo que se han regulado. Así entonces salvaguarda del orden, defensa de los derechos y legalidad, irán de la mano.

4.1.2. COMPETENCIA

La competencia es una situación en la cual los agentes económicos tienen la libertad de ofrecer bienes y servicios en el mercado, y de elegir a quién compran o adquieren estos bienes y servicios. En general, esto se traduce por una situación en la cual, para un bien determinado, existen una pluralidad de ofertantes y una pluralidad de demandantes.

Se le llama así a un sistema económico en el que los productores desarrollan su actividad SIN injerencia del gobierno o de una autoridad central. Libre competencia es sinónimo de "libre mercado", y significa que la única orientación para tomar las decisiones económicas proviene de los precios. Los productores compiten libremente tratando de ganar mercado a través de precios bajos, y ninguna autoridad ejerce influencia para favorecer a uno de los competidores o para favorecer a alguien.

Los ofertantes se encuentran así en una situación de competencia para ser preferidos por los consumidores, y los consumidores, a su vez, para poder acceder a la oferta limitada.

Esta situación manifiesta el derecho y la posibilidad material de los agentes económicos de poder hacer elecciones, un elemento importante de la libertad individual. También se supone que aporta, en el plan del funcionamiento y de la orientación de la economía, unos mecanismos de adaptación permanente de la demanda y de la producción, y también incita a la innovación o a un marketing más ajustado al objetivo al que se quiere llegar.

Se considera generalmente que la competencia que representa una forma de organización social de las relaciones económicas debe estar enmarcada por:

- Reglas jurídicas (protección de la propiedad privada, normativa sobre monopolios y competencia, etc.).

- Reglas de comportamiento individuales: egoísmo (propio interés), toma de riesgos, racionalidad económica, etc.

La economía es la fase de todo ser humano para entender, sobre su capital o monopolio en distintas maneras, se incorpora desde el mínimo centavo hasta la bolsa de valores.

Los autores liberales mantienen, por el contrario, que las reglas de Derecho común son suficientes y que ninguna reglamentación o regulación específica a la competencia es necesaria.

En la teoría de las organizaciones, la competencia es un concepto opuesto al de cooperación, aunque los dos coexisten en el mundo real. Tanto la cooperación como la competencia pueden ser espontáneas o constreñidas. Estos cuatro modos forman las organizaciones estándar presentes en nuestras sociedades. Los economistas de la escuela clásica de los siglos XVIII y XIX han estudiado la competencia como todos los demás fenómenos económicos: un estado de hecho cuya teoría se conforma con describir y explicar los mecanismos, al modo de los naturalistas.

Los economistas de la escuela neoclásica (a partir de Walras) intentan establecer leyes cuantitativas para la economía. Para ello, introducen la noción de competencia pura y perfecta, una situación hipotética definida por un cierto

número de condiciones que permiten un tratamiento matemático riguroso, pero que no se encuentran prácticamente jamás en la realidad.

Más recientemente, los teóricos de la "competencia imperfecta" analizan los desfases entre la realidad de la competencia y el modelo de la competencia pura y perfecta, refiriéndose aun así a éste modelo como siendo un ideal que debemos alcanzar.

La competencia pura y perfecta es un modelo de la teoría económica de la escuela neoclásica que describe una estructura de mercado hipotética en la cual ningún productor ni consumidor dispone de poder para fijar los precios ni sobre las decisiones de los demás agentes, y además todos tienen el mismo acceso a la información, lo que supone una igualdad de las posiciones de origen en la relación mercantil. El precio es entonces fijado por el afrontamiento y la negociación de todos con todos, sin generar renta de monopolio. La competencia pura y perfecta representa uno de los dos casos extremos de estructuras de mercado estudiadas por los economistas neoclásicos, el segundo es el caso del monopolio. Se supone que la competencia perfecta permite el equilibrio sobre todos los mercados bajo unas condiciones suficientes muy particulares.

Cada mercado debe cumplir las tres condiciones siguientes:

1. '*La atomicidad del mercado*': el número de compradores y de vendedores es muy amplio, con lo cual la oferta o la demanda de cada agente es sin importancia con respecto a la oferta o demanda total.
2. La homogeneidad de los productos: los bienes intercambiados son similares en calidad y características; un producto de mejor calidad constituye entonces otro mercado. En la realidad, los bienes más homogéneos son las materias primas y los productos de la agricultura.
3. La transparencia de la información: la información perfecta de todos los agentes sobre todos los demás y sobre el bien intercambiado debe ser gratuita e inmediata; la presencia de un "subastador" que centralice las ofertas y las demandas con el fin de calcular el precio de equilibrio es una manera de realizar esta transparencia y supone, además, la ausencia de intercambio grado a grado antes de la obtención del precio de equilibrio.

Las consecuencias de estas tres hipótesis son que, por una parte, el precio es la única motivación para intercambiar o renunciar a intercambiar en el mercado (y no la calidad, por ejemplo), y por otra parte, el precio es fijado por el mercado y se impone a todos los protagonistas, no existe entonces más que un sólo precio por un sólo bien cualquiera que sea el lugar de la compraventa. Hay que añadir dos hipótesis que unen los mercados entre sí:

1. La libre entrada y salida del mercado: no debe haber ningún obstáculo tarifario (proteccionismo), administrativa (numerus clausus), o técnico a la entrada de un ofertante o de un demandante suplementario.
2. La libre circulación de los factores de producción (el capital y el trabajo): la mano de obra y los capitales se dirigen espontáneamente hacia los mercados donde la demanda es fuerte (con respecto a la oferta). No hay plazos ni costes de su reconversión.

Estas dos últimas hipótesis permiten una convergencia a largo plazo de las tasas de salario y de beneficio entre los diferentes sectores económicos y los diferentes países. Se trata entonces de un marco muy restringido. La hipótesis de un subastador significa que todas las ofertas y demandas de los agentes económicos están centralizadas por un planificador virtual, que puede así determinar el precio de equilibrio. Este planificador no existe en economía de mercado, donde las decisiones referentes al precio de los intercambios y la cantidad intercambiada son tomadas de maneras descentralizadas.

Los neoclásicos han desarrollado en la teoría del equilibrio general la idea de una convergencia progresiva de los precios hacia el precio de equilibrio; Leon Walras introdujo un mecanismo de "palpado" y la idea de una "mano invisible" ha sido recuperada de Adam Smith. Por otra parte, el Teorema de Sonnenschein en 1973-74 ha demostrado que la unicidad y la estabilidad del

equilibrio no están aseguradas utilizando hipótesis pertinentes, hiriendo así el proceso de "palpados" desarrollado por Leon Walras.

Si el modelo de competencia perfecta ocupa un lugar tan importante en la modelización económica, es primero porque permite un análisis matemático a base de optimización, y también porque las situaciones de equilibrio son "óptimos" matemáticos que verifican ciertas propiedades de eficiencia (Pareto), lo que permite tener un mensaje positivo en lo concerniente al tipo de sociedad que el modelo de competencia pura y perfecta busca modelizar. La hipótesis de la competencia pura y perfecta es utilizada en la demostración de los teoremas del bienestar.

La competencia real es diferente de la competencia teorizada por los neoclásicos. Se deducen de ello tres actitudes posibles:

1. La competencia pura y perfecta, sobre todo si la completamos con el estudio de la competencia imperfecta, es una aproximación aceptable a la competencia real. Además, es competencia del Estado imponer las condiciones de existencia de la competencia perfecta, por ejemplo, con la aplicación de las leyes anti-trust. Es la posición generalmente aceptada por los economistas neoclásicos.
2. La competencia pura y perfecta está basada sobre unas hipótesis demasiado poco pertinentes como para que podamos extraer de ellas consecuencias concretas, y su estudio, por lo tanto, es carente de valor

científico. Es la posición de la escuela austríaca (Hayek, y de los diametralmente opuestos economistas heterodoxos: John Kenneth Galbraith, Tony Lawson, Bernard Guerrien, la escuela institucionalista, los post-keynesianos (Kaldor, Joan Robinson...) y numerosos geógrafos de la geografía económica (Ron Mayer, Peter Sunley, Eric Sheppard)

3. Para la mayor parte de los marxistas, la competencia pura y perfecta es una "tontería", para retomar las palabras de Marx, cuyo objetivo es, como en toda teoría de la clase dominante, únicamente justificar el sistema capitalista. No hay que buscar en ella ninguna verosimilitud, sino tan solo las ideas de la clase dominante para afianzar su dominación.

Los avances de las teorías de diversas corrientes económicas (neo-keynesianos, teoría de los juegos, etc.) han llevado a distinguir entre varios tipos de mercado en los cuales la situación puede ser de competencia imperfecta. La competencia perfecta no es entonces más que otra situación entre muchas posibles. Este aporte teórico permite el desarrollo del análisis mesoeconómico, en sectores económicos concretos, y de las ciencias de gestión.

En los sectores de rendimiento escalonado creciente, la apertura al comercio internacional favorece la concentración. El sector del automóvil es revelador de ésta tendencia, puesto que en 1950 había unos 70 productores

independientes, mientras que hoy en día son una decena aproximadamente. Esto puede conllevar un riesgo de atentado a la competencia bajo la forma de entendimientos o contratos tácitos (cartelización). La mayoría de los países liberales interpretan esto como un problema y hacen leyes que tienen por objetivo el que el mercado no sea falseado.

1. La UE ha intervenido estos últimos años para hacer cesar algunas prácticas entre cementeras, laboratorios farmacéuticos o empresas informáticas (como Microsoft, que no desea dar el código fuente de sus programas a las autoridades de arbitraje).
2. Las autoridades federales americanas han observado las condiciones en sector de las telecomunicaciones (desmantelamiento de Bell) y de la informática (investigaciones contra IBM, y después contra Microsoft)

Aun así, en lo que concierne a este último país, la actitud de las autoridades evoluciona hacia una política de la competencia (anti-trust), sobre todo en 1974 con un cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el abandono de las persecuciones y querellas contra grandes marcas cuyos procesos duraron más de diez años (IBM y Xerox, por ejemplo) y la revisión en 1983 de las "guidelines" (grandes líneas) de la Federal Trade Commission en un sentido más liberal. A pesar de ello, existen todavía grandes juicios anti-trust, como es de Microsoft, aún perseguido por ciertos estados aunque el gobierno federal haya abandonado.

Según otros análisis, sobre todo altermundialistas o intervencionistas:

1. El monopolio público es preferible, ya que el Estado puede hacer el papel de regulador con otros objetivos que aquellos que impone.
2. La competencia no debe ser extendida a todos los campos, en particular la salud, la educación, la justicia, la cultura, etc.

Según ellos, la privatización de los servicios públicos sin instituir reglas, sería lo mismo que, pasado un periodo transitorio, un paso de un monopolio público a un monopolio privado (cártel).

Otros críticos apuntan hacia los mecanismos que se supone que han de garantizar la competencia:

1. Afirman que son poco eficaces ya que poco respetados.
2. Son en parte incompatibles con los fundamentos de la teoría liberal; romper los cárteles necesitaría una modificación de los derechos de propiedad de una parte de la empresa escindida; además, el patrón estaría sometido a reglas que buscan limitar el poder de su empresa.
3. Los mecanismos de control de la competencia reposan, ante todo, sobre la posibilidad de recurrir a la justicia desde el momento en que los comportamientos de sus competidores no respeten las reglas que rigen su sector económico.

Según los adversarios de la libertad de competencia, ésta tendría un coste, sobre todo por el hecho de:

1. La multiplicación de las infraestructuras necesarias a la explotación de los productores, como, por ejemplo, una serie de compañías de telefonía móvil que no mutualizasen sus repetidores. Es una situación que correspondería a la de un monopolio natural.
2. La cantidad de publicidad sería más importante que en una situación de monopolio para productos considerados como sustitutos perfectos (la liberalización de las centrales de información telefónica es un ejemplo válido de esto).
3. Por el hecho de las tensiones en el mercado del factor capital.

La teoría económica clásica afirma que los costes para el sistema económico son, generalmente, superiores en casos de competencia imperfecta (cárteles, oligopolios, posiciones dominantes, profesiones corporativistas...) o de monopolio. Podemos entonces hablar de costes de no-competencia.

No obstante, la mayoría de los economistas, si bien consideran que la competencia es raramente perfecta, rehuyen rechazarla en tanto que forma de organización, aunque haya que establecer las reglas de funcionamiento. Algunos afirman que el principio del monopolio natural, bien que no incumba más que a un número reducido de ramas económicas, muestra los límites del sistema de competencia, sobre todo para las actividades dichas "de red", como los servicios públicos.

4.1.3. DERECHO DE LA COMPETENCIA

La finalidad del Derecho de defensa de la competencia es prohibir aquellos comportamientos de los particulares que se dirijan a excluir la competencia y a sustituirla por un monopolio privado. Este criterio permite distinguirlo de otras normas que regulan las relaciones entre empresas (por ejemplo, las disposiciones sobre competencia desleal). A los efectos de esta definición, tiene una importancia secundaria el hecho de que las diversas escuelas doctrinales hayan desarrollado distintas teorías para definir la finalidad última del Derecho de defensa de la competencia.

En realidad, con independencia de la finalidad concreta que se atribuya a esta normativa (por ejemplo, tutela del derecho de iniciativa económica en sentido estricto, tutela de la eficiencia y de los consumidores), todas las escuelas doctrinales coinciden en reconocer al Derecho de la Competencia como mínimo un objetivo común: precisamente evitar que el derecho de iniciativa económica se ejercite en régimen de monopolio.

El Derecho de la Competencia se aplica indistintamente en todos los sectores económicos y a todas las empresas, salvo excepciones concretas. En otras palabras, constituye la regla general de comportamiento lícito de las empresas. En este sentido, no existe un «Derecho Competencia especial». Este criterio permite distinguir estas disposiciones de otras normas generales de ordenación del mercado (por ejemplo, normas que regulan el ejercicio de una

actividad específica en un determinado sector económico, la forma en que las empresas pueden o deben ejercitar su derecho de iniciativa económica o las relaciones entre empresas o entre empresas y entidades públicas).

4.1.4. COMPETENCIA PERFECTA E IMPERFECTA

El término *competencia perfecta* es un concepto que hace referencia a la situación ideal de un mercado en el que se cumplieran simultáneamente las siguientes cuatro condiciones:

- a) homogeneidad de la mercancía, que lleva a que no haya razones objetivas para preferir entre productos de la misma clase;
- b) oferentes y demandantes en gran número (mercado atomizado), sin que ninguno de ellos pueda ejercer una influencia sensible sobre el precio (todos son precio-aceptantes);
- c) información completa y perfecta, sin coste para oferentes y demandantes, para tomar decisiones de producción y consumo (no hay costes de información);
- d) movilidad completa de los recursos (inexistencia de barreras de entrada y de salida).

Bajo estas condiciones ideales, los bienes son producidos en cantidades tales que sus precios se igualan a los costes marginales precisamente en el punto en que éstos coinciden con los costes medios mínimos respectivos.

Es evidente que estas condiciones responden a una concepción ideal (abstracta) sin correspondencia práctica posible, sencillamente porque en el mundo real las cosas no son así. Esta misma irrealidad hace que el modelo de competencia perfecta carezca de utilidad para la política de competencia, aunque pueda tenerla a otros fines. Hay, incluso, detractores del mismo que rechazan que la competencia perfecta preconizada por el modelo sea siquiera deseable, porque la atomización de la oferta que supone implicaría que las unidades de producción serían muy pequeñas y producirían a unos costes muy altos; como ejemplo, señalan que algo parecido a este mercado ideal era el mercado del trigo en la etapa preindustrial, con explotaciones minúsculas, y añaden: en aquella época, el precio del trigo era relativamente tan alto que los pobres no podían comer pan blanco.

La corriente principal de los economistas ocupados de la política de competencia prefiere utilizar como referencia el concepto más realista y útil a sus efectos, de *competencia practicable*.

Por oposición al concepto competencia perfecta, es imperfecta cualquier situación de mercado diferente de la que define aquel modelo ideal y, por extensión coloquial, es imperfecta la situación de un mercado cuando hay en el mismo mal formaciones que lo alejan de la situación ideal de competencia perfecta.

Las teorías de la competencia imperfecta y de la competencia monopolista surgieron como consecuencia de un amplio descontento en relación con la teoría de los precios de Marshall tal y como se había desarrollado en los años veinte. Los defectos del modelo de mercado utilizado en esta teoría se atribuyeron principalmente a su incapacidad para reflejar mínimamente lo que sucedía en la realidad. Y, sin embargo, los hábitos mentales asociados a esta teoría habían arraigado tanto que los autores de los nuevos enfoques fueron completamente incapaces de identificar correctamente el origen de su carácter irreal. En lugar de atacar la insistencia en el estado de equilibrio de la teoría de la competencia perfecta, estos autores introdujeron teorías del equilibrio diferentes. Las nuevas teorías se limitaron a configurar nuevas estructuras de equilibrio basadas, como lo estaba la teoría de la competencia perfecta, en curvas de oferta y de demanda dadas y conocidas, que diferían de la antigua teoría de la competencia perfecta sólo en las formas asignadas a estas curvas. Por eso, los modelos de competencia imperfecta desarrollados para sustituir al modelo de competencia perfecta son tan incapaces como éste para hacer comprender los procesos de mercado porque padecen los mismos defectos.

4.1.5. ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

La Economía Social de Mercado se basa en la organización de los mercados como mejor sistema de asignación de recursos y trata de corregir y proveer las condiciones institucionales, éticas y sociales para su operatoria eficiente y

equitativa. En casos específicos, requiere compensar o corregir posibles excesos o desbalances que puede presentar el sistema económico moderno basado en mercados libres, caracterizado por una minuciosa y extensa división del trabajo y que, en determinados sectores y bajo ciertas circunstancias, puede alejarse de una competencia funcional. Descarta como sistema de organización la economía planificada centralmente.

Esta definición de una Economía Social de Mercado como modelo sociopolítico básico proviene de las ideas desarrolladas por Alfred Müller-Armack (1901- 1978). En su obra “Dirección económica y economía de mercado” (*Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*), escrita en 1946, no sólo acuñó el término Economía Social de Mercado sino que contribuyó, en colaboración con otros pensadores, a la fundamentación de su concepción teórica. Según la definición de Müller-Armack, el núcleo de la Economía Social de Mercado es la “*combinación del principio de la libertad de mercado con el principio de la equidad social*”. El marco referencial es el concepto de la libertad del hombre complementada por la justicia social.

El sistema de la Economía Social de Mercado surge del intento consciente de sintetizar todas las ventajas del sistema económico de mercado: fomento de la iniciativa individual, productividad, eficiencia, tendencia a la auto-regulación, con los aportes fundamentales de la tradición social cristiana de solidaridad y cooperación, que se basan necesariamente en la equidad y la justicia en una

sociedad dada. En este sentido propone un marco teórico y de política económico-institucional que busca combinar la libertad de acción individual dentro de un orden de responsabilidad personal y social. Los representantes de esta concepción trabajan en una síntesis de la tradición político-económica liberal (derechos individuales, republicanism, mercado) con el pensamiento socialcristiano (justicia social, solidaridad).

Müller-Armack plasmó la idea fundamental de la Economía Social de Mercado en una breve fórmula conceptual, cuyo contenido tiene que ser aplicado tomando en cuenta las respectivas condiciones sociales de implementación política. Asimismo, diseñó el concepto político de la Economía Social de Mercado como una idea abierta y no como una teoría cerrada. Por un lado, este enfoque permite adaptar el concepto a las condiciones sociales cambiantes. Por otro lado, se pone de manifiesto que la dinámica de la Economía Social de Mercado exige necesariamente una apertura frente al cambio social. Las aplicaciones y adaptaciones conceptuales no deben, sin embargo, contradecir o diluir la idea fundamental del concepto.

Además de Müller-Armack, Wilhelm Röpke (1899-1966) y Alexander Rüstow (1885-1963), y los integrantes de la Escuela de Friburgo, en particular Walter Eucken (1891-1950), Leonhard Miksch (1901-1950), Franz Böhm (1895-1977), fueron los primeros propulsores de la Economía Social de Mercado y representantes de lo que se denominó humanismo económico y social. Este

movimiento intelectual , que se nutrió de la resistencia contra el régimen nazi, organizada en el Círculo de Friburgo y el Círculo de Kreisau, los dos grupos de diálogo integrados por personas de diferentes ideologías, origen y educación, fue la cuna de las primeras reflexiones sobre el orden de una Alemania de posguerra.

Los intelectuales y políticos que desarrollaron la ESM buscaban un enfoque para el mejor ordenamiento posible en economía, lo que implicaba un conjunto coherente de principios económicos, instituciones, condiciones sociales y consideraciones éticas. Este enfoque interdisciplinario se reflejaba en las distintas disciplinas de las que provenían (economistas, juristas, sociólogos, teólogos, etc.). Asimismo se puede afirmar que, en este contexto, la Economía Social de Mercado fue desarrollada como una alternativa liberal frente a la economía planificada y como una alternativa social a la economía de mercado al estilo clásico.

Al grupo de intelectuales y políticos que dieron origen a la ESM se los considera asociados a una corriente de pensamiento denominada *ordoliberalismo*. Esta denominación, en principio, tiene su origen en la combinación del liberalismo con el concepto de orden (la palabra latina *ordo*, que significa orden, era asimismo el título de la publicación fundada por Walter Eucken, y que reunía las colaboraciones del grupo (*Ordo, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*)).

Asimismo, implicaba la intención del grupo de realizar una síntesis entre los aspectos valiosos de la tradición económica y política del liberalismo con el renacimiento de los estudios neo-escolásticos en cuanto a una fundamentación fuerte (ontológica) de la dignidad de la persona humana.

Estos elementos eran sobre todo tenidos en cuenta a la hora de desarrollar la firme base de un sistema político y económico centrado en la dignidad y los derechos de la persona humana , que resultara una respuesta y prevención permanente frente al doble desafío de tendencias totalitarias como el nazismo y el comunismo.

Por otra parte, Ludwig Erhard (1897-1977) es considerado el gran impulsor de la aplicación práctica de la Economía Social de Mercado y se lo asocia generalmente como el verdadero padre de la idea. Como ministro de Economía su influencia fue decisiva en la concepción de la reforma económica y monetaria alemana de 1948, que liberó el racionamiento de guerra y creó una nueva moneda, constituyendo la base de la implementación de la ESM en la República Federal de Alemania (RFA). Esta política económica contrastaba abiertamente con el sistema adoptado en la entonces República Democrática de Alemania (RDA), que implementó una variante del sistema de planificación centralizada soviética. Durante toda su trayectoria, que incluyó posteriormente el puesto de Canciller Federal, Erhard continuó en esta línea al verificarse los buenos resultados de las políticas adoptadas. Asimismo, hay

que destacar que todo ello fue parte integral del proyecto político de la democracia cristiana de Alemania, liderada por Konrad Adenauer (1876-1967), cuyo proyecto de paz tanto interna (social) como externa (proyecto de la Unión Europea) llevado a cabo junto con líderes del mismo movimiento en otros países, inspiró los sistemas políticos de la posguerra europea.

Desde el punto de vista actual, el concepto de Economía Social de Mercado se refiere al orden económico vigente en la República Federal de Alemania. El Tratado sobre la Unión Monetaria, Económica y Social de la RFA y la RDA del 8 de mayo de 1990, celebrado en el marco de la reunificación de ambas Alemanias, reconoce formalmente la Economía Social de Mercado como el orden económico vigente en todo el país. De acuerdo con la definición recogida en el Tratado, la Economía Social de Mercado es un orden económico que se caracteriza por “la propiedad privada, la competencia, la libre formación de precios y la libre circulación de trabajo, capital y servicios” (Art. 1, párr. 3 del Tratado).

Economía Social de Mercado es un sistema económico que trata de combinar las necesidades de libertad económica, por un lado, con la justicia social, por otro. En la Economía Social de Mercado, la libertad y la justicia social como valores sociales fundamentales constituyen los dos aspectos de una relación que guarda un delicado equilibrio. No es posible inclinar la balanza en forma permanente en beneficio de ninguno de los dos términos. Por otra parte, la

Economía Social de Mercado tampoco puede ser entendida como un simple compromiso entre la libertad y la justicia social, en el que la libertad se subordina a la justicia y viceversa. Por el contrario, ambos valores se complementan.

La libertad económica implica evidentemente la ausencia de coerciones que van en contra de la esfera de derechos de la persona, y desde el punto de vista económico implica la liberación de la iniciativa individual, el espíritu de empresa y las innovaciones que, según la teoría moderna, son las fuentes más importantes de la productividad y el crecimiento económico.

Por otra parte, la justicia social implica la búsqueda en el plano económico de la igualdad de oportunidades para el despliegue de los propios talentos y se basa en la solidaridad con el resto de los ciudadanos. La justicia social es un ideal o valor social que caracteriza la convivencia humana y guía la creación de lazos sociales. De acuerdo con ella, todos los miembros de la sociedad deben participar en el bienestar así como en la creación, multiplicación y conservación de la riqueza.

Si bien la justicia social está arraigada como valor amplio y general, hay que tomar en cuenta la gran variedad de indicadores de justicia existentes. En la ética moderna se destaca la compenetración de los diferentes criterios y no su existencia paralela u opuesta. Si aplicamos esta idea a la economía, se puede

seguir también el concepto ternario de la justicia formulado por la filosofía clásica.

La justicia de rendimiento debe ser complementada por la justicia de compensación, porque en el largo y mediano plazo, el progreso y el crecimiento no son realizables en condiciones de un marcado desequilibrio social. Por el contrario, lo que se espera es que la compensación social permita liberar potencialidades económicas. Con estos antecedentes, la cohesión social que se espera obtener como resultado de la justicia social debe evitar los grandes contrastes sociales y proteger la paz social en el interés del progreso económico.

Asimismo, la Economía Social de Mercado presupone que un sistema económico que se desarrolla implica un consenso social que se basa naturalmente en la participación de los beneficios obtenidos en el proceso de crecimiento. Un sistema económico adecuado y productivo no puede basarse en una sociedad conflictiva, y un sistema económico productivo y eficiente genera conflictos de intereses concretos si los beneficios no se difunden de una manera amplia en la sociedad en la que se producen.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Para estudiar y comprender el Derecho de la Competencia no es necesario identificar la primera normativa en la historia de la Humanidad que prohibió los acuerdos entre empresas relativos al reparto de cuotas de producción, que prohibió la fijación de los precios de los productos por las empresas que compiten entre sí o la creación de monopolios en la historia de la Humanidad.

Esta investigación se remontaría hasta el sistema del antiguo Egipto. Para entender los motivos que condujeron al nacimiento del Derecho de la Competencia, así como para comprender el proceso de unificación del espacio económico europeo durante el siglo XX, basta concentrar nuestra atención en el fenómeno de la industrialización del siglo XIX en el mundo occidental.

De 1815 a 1850 y de 1870 a 1915 el continente europeo disfrutó de dos períodos de paz caracterizados por un importante crecimiento económico, por numerosos descubrimientos científicos básicos y por el desarrollo de la competencia internacional entre empresas. Dicho período fue bautizado como el período del *imperialismo competitivo*, debido a la competencia entre las principales naciones industrializadas (en concreto, Francia, Gran Bretaña, Alemania y los Estados Unidos de América), y en contraste con la primera fase

de la industrialización de finales del siglo XVIII, que se distinguió por la hegemonía económica inglesa.

Como consecuencia de la competencia internacional, se adoptaron medidas proteccionistas de las economías nacionales. A pesar de estas prácticas proteccionistas, las exportaciones continuaron creciendo a un ritmo sostenido.

En los años setenta y ochenta del siglo XIX, las exportaciones entre las principales naciones industrializadas se multiplicaron, con un incremento del 400% (500% en los Estados Unidos, 220% en Gran Bretaña, 180% en Francia).⁵

A finales del siglo XIX en el marco del desarrollo a escala internacional de los capitalismos nacionales, se produjo una segunda ola de colonizaciones por parte de los Estados industrializados con el objetivo, entre otros, de encontrar nuevos mercados para sus productos nacionales.

Desde el punto de vista de las empresas, este período, que concluyó con el comienzo de la Primera Guerra Mundial, se caracterizó también por el crecimiento continuo del tamaño medio de las empresas, así como por las constantes concentraciones entre las propias empresas.

⁵ BARBAGALLO, Corrado; *Le Origini della grande industria contemporanea*; 1929; pag. 250.

El aumento generalizado de la competencia en los distintos sectores industriales, debido también al ámbito territorial en el que los empresarios individuales podían desarrollar su propia actividad económica, conllevó la celebración de acuerdos entre competidores (acuerdos de cartel) con el fin de eliminar lo que los empresarios percibían como “*competencia destructiva*”. Los acuerdos de cartel eran acuerdos entre empresas que competían entre sí que tenían como finalidad principal, pero no exclusiva, fijar los precios de los bienes y distribuir las cuotas de producción.

El problema de los carteles industriales surge alrededor de la década de los sesenta o setenta del siglo XIX tanto en Europa como en los Estados Unidos de América.

En el siglo XIX los Estados Unidos de América eran un Estado independiente que había extendido su territorio, en un principio limitado a la costa atlántica, hasta la costa del Pacífico. En torno a 1870, en el momento de mayor industrialización y a finalizar la guerra civil entre el norte industrializado y el sur agrícola, los Estados Unidos disponían de un mercado común constituido por un inmenso territorio sin fronteras ni aduanas en el que la industrialización y el comercio podían desarrollarse libremente. El comercio y el crecimiento económico se vieron favorecidos por el desarrollo del ferrocarril (4.300 kilómetros en 1878; 18.600 en 1882) y de otros medios de

transporte, que lentamente fueron uniendo puntos del territorio estatal que en un principio no estaban comunicados entre sí. Existen pruebas que acreditan la constitución de carteles industriales en los sectores del ferrocarril, de la pólvora, del tabaco, del petróleo, del acero, del carbón, del gas y del azúcar en la segunda mitad del siglo XIX.

Las consecuencias de la aparición de los carteles en Estados Unidos (por ejemplo, el aumento de los precios de los bienes) provocaron fuertes protestas de la población y de los empresarios afectados. También como consecuencia de ello, algunos Estados miembros aprobaron ya en 1887 leyes *antitrust*, es decir, normativas que prohibían acuerdos que restringieron el comercio en el interior de cada Estado o comportamientos encaminados a crear monopolios comerciales en los Estados.

Sólo posteriormente, en 1890, el Congreso federal aprobó, siguiendo el esquema de las normativas adoptadas por los Estados miembros, una ley que prohibía los carteles y otros comportamientos dirigidos a crear Monopolios, la *Sherman Act*. Esta normativa no sustituía a las normativas *antitrust* estatales, sino que protegía el comercio interestatal frente al mismo tipo de comportamientos.

Esta ley fue un producto de la creciente preocupación por la concentración del comercio y de la industria y de la hostilidad pública contra las empresas

gigantes de finales del siglo pasado. La competencia era eliminada en los mercados y los consumidores sufrían las consecuencias.

La Ley Sherman fue concebida como una amplia carta de libertades económicas dirigida a preservar el ejercicio de una competencia libre e irrestricta como norma de comercio. La ley se fundamenta en la premisa de que la libre interacción de las fuerzas competitivas generará una mejor asignación de nuestros recursos económicos, precios más bajos, mejor calidad y el máximo progreso material, al mismo tiempo que produce un entorno que nos permita preservar nuestras instituciones políticas y sociales democráticas.

La ley no dio definición alguna de lo que constituye “*restricción del comercio*” o “*monopolio*”. La vaguedad e incertidumbre de la ley hicieron necesario que los tribunales buscaran en el *common law* una guía para interpretar estas palabras. Sin embargo, en el *common law* no era ilegal toda restricción del comercio ni todo el monopolio. Si eran razonables, eran válidos. Con todo, la *Sherman Act* declaraba ilegal “toda restricción de comercio” y “tentativa de monopolio”.

Esta ley contiene dos disposiciones principales:

1.- Se declara ilegal todo contrato, combinación en forma de trust o de otra clase, o conspiración restrictiva del tráfico o del comercio entre los estados o con países extranjeros... (Sección 1)

2.- Considera reo de delito punible a toda persona que monopolice o trate de monopolizar cualquier parte de la actividad o el comercio entre o los diversos estados o con naciones extranjeras y toda persona que se coaligue o entre en combinación con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del comercio entre los estados federados o con otros países (sección 2).

En Europa, a diferencia de los Estados Unidos, cuando comenzó la fase de mayor industrialización (alrededor de 1870), no existía un mercado común europeo.

En realidad, varios Estados nacionales, soberanos entre ellos, se repartían el territorio europeo, en el que se encontraban, compartiendo frontera entre sí, tres de las cuatro mayores potencias económicas mundiales (Francia, Alemania y Gran Bretaña). En tanto que soberanos, los Estados podían modificar discrecionalmente los flujos comerciales entre ellos (por ejemplo, por medio de resortes fiscales o aduaneros).

Todos estos países estaban interesados, según una misma óptica imperialista, en un crecimiento económico que tuviera como objetivo controlar nuevos mercados para el comercio de sus empresas incluso, y sobre todo, en perjuicio de las empresas de los demás Estados.

En este contexto surgió en Europa el fenómeno de los carteles industriales. En Alemania, dada la mayor velocidad del desarrollo económico y de la industrialización en relación con otros Estados debido a las especiales circunstancias históricas, el fenómeno de la *cartelización* fue especialmente relevante. La reforma aduanera de 1879 constituyó el primer impulso y, a continuación, la tendencia a la *cartelización* fue cada vez más manifiesta.

La creación de carteles industriales en el Imperio alemán es ya constante a principios de la década de los setenta del siglo XIX, aun cuando la constitución de carteles está ya documentada desde los años veinte (por ejemplo, el cartel del alambre de hierro de 1822). Aunque los datos acerca del número de carteles en Alemania no sean precisos, se calcula que en el Imperio alemán existieron unos 345 carteles entre 1889 y 1899.

A pesar de ello, Alemania no adoptó normativa alguna ni de control de los carteles (la primera normativa en este sentido data de 1923), ni de defensa de la competencia (la primera normativa se adoptó en 1957).

La diferente regulación de los carteles en Alemania, sobre todo en relación con el Derecho *antitrust* estadounidense, estaba justificada por el principio

sintetizado en la expresión imperios que compiten entre sí *competing empires*.⁶

El Estado alemán «necesitaba una economía fuerte, que no podía prescindir del apoyo de los carteles. Los carteles eran elementos de un nuevo mercantilismo, sin ellos, el Estado no podía expandir su esfera de poder económico. En la competencia entre naciones en el mercado mundial, los carteles desempeñaban el papel de organizaciones industriales de lucha contra la competencia extranjera y, en concreto, contra los *trusts* transatlánticos: habría sido inconcebible la represión de los carteles que se limitaban al territorio alemán.

Una situación parecida impedía que se tuvieran en cuenta las consecuencias negativas de los carteles en la población. La utilidad de los carteles industriales se examinaba en primer lugar, en relación con el Estado, con la economía y con los grandes grupos de presión; sólo en segundo lugar, la situación derivada de la existencia de los carteles se examinaba en relación con la esfera jurídica de todos aquellos que tuvieron malas experiencias con ellos. La situación tampoco cambió en 1902, cuando en Alemania, como en los Estados Unidos a mediados de los años ochenta del siglo XIX, hubo protestas de los consumidores contra los efectos de la *cartelización*. En Alemania, como

⁶ Definición de Jhon Honson; citada en BEAUD; año 2000; pag.187.

consecuencia de las protestas, se ordenó la primera investigación de los carteles, que duró hasta 1906. De dicha investigación no se derivó ni una normativa de defensa de la competencia ni un sistema de control de los carteles industriales como sucedió, en cambio, en 1923.

También empezaron a crearse carteles industriales en otros Estados Europeos antes de 1915. Sin embargo, este proceso se desarrolló con mayor o menor intensidad en función de las distintas circunstancias históricas. En Francia surgieron los *Comptoirs de vente*; en Austria-Hungría en Bélgica se contabilizó el mayor número de carteles tras Alemania. Carteles y organizaciones análogas de producción y de venta existían, por ejemplo, en Inglaterra, Francia, Italia, España. Sin embargo, en general, ninguno de estos acuerdos logró la importancia y la estabilidad de los carteles alemanes y de los *trusts* americanos.

Las consideraciones que se acaban de exponer permiten comprender la razón por la cual los carteles se regularon de manera distinta en los Estados Unidos de América y en Europa.

A estos efectos, es interesante observar que la regulación de los carteles industriales en los Estados Unidos se desarrolla conforme a una dinámica opuesta a la europea.

En los Estados Unidos, las leyes *antitrust* surgen, en primer lugar, en el ámbito de los Estados miembros para después ser adoptadas en el ámbito federal. Por el contrario, hasta la introducción de la normativa de defensa de la competencia en el Tratado de Roma, en Europa no existían normativas de defensa de la competencia estatales.

Los motivos por los que la dinámica europea es inversa a la estadounidense ya se han explicado anteriormente. En los Estados Unidos, en la década de los setenta del siglo XIX, existía un mercado común que únicamente necesitaba unas condiciones favorables para poder desarrollarse. El objetivo general era, por tanto, prohibir (primero, en el ámbito de los Estados miembros; a continuación, en el ámbito federal) aquellos comportamientos de las empresas dirigidos a impedir, en perjuicio de los consumidores, que otras empresas ejercieran su derecho a desarrollar su propia actividad. Sin embargo, la adopción de una normativa *antitrust* no evitó que durante el período de la llamada Gran Depresión la propia normativa *antitrust* federal estadounidense se percibiera como un límite al crecimiento económico y que se solicitara su derogación desde distintos sectores.

Por el contrario, en la década de los setenta del siglo XIX, en Europa no existía un mercado común europeo, sino distintos mercados nacionales. La finalidad de cada uno de los Estados no era desarrollar un mercado europeo, sino que, por el contrario, cada uno aspiraba a controlar la economía europea en

perjuicio de los demás. El intento más extremo de ejercer este control lo llevó a cabo la Alemania nazi durante la Segunda Guerra Mundial.

No es casualidad que la primera normativa de tutela de la competencia en Europa (el Derecho de defensa de la competencia introducido por el Tratado de Roma en 1957) sea precisamente europea y que la primera normativa estatal de defensa de la competencia, la de la República Federal de Alemania, entrara en vigor el mismo día que la normativa comunitaria (1 de enero de 1958).

Paralelamente al proceso de *cartelización* nacional, comenzó a desarrollarse también un proceso de *cartelización* internacional. En concreto, el movimiento de concentración internacional condujo a que ya en 1914 unos cien carteles actuaran entre industrias similares de diferentes países con el fin de moderar voluntariamente la competencia en los mercados externos.

Fue justamente en ese período, en 1916 para ser exactos, cuando surgió la idea de crear una unión aduanera europea que tomara como base los carteles industriales.

En concreto, Federic Naumann propuso que se procediera a la supresión de los derechos de aduana entre las potencias centrales por medio de la creación de carteles que, paulatinamente, abarcaran toda la producción. En 1931 Francia

presentó de nuevo esta propuesta, aunque con algunas diferencias concretas, ante la Comisión de Estudio para la Unión Europea.

El desarrollo de los carteles entre empresas (nacionales e internacionales) tras la Primera Guerra Mundial está estrechamente relacionado con la situación de crisis económica y política. En los años veinte y treinta, las economías de los principales Estados industrializados eran especialmente frágiles y, a finales de la década de los veinte, entraron en un período de fuerte ralentización. La caída de la Bolsa de Nueva York en 1929 y la consiguiente crisis económica y financiera americana (llamada la Gran Depresión) arrastraron también al colapso a las economías europeas, que ya se encontraban en una situación crítica. A este colapso contribuyó asimismo el hecho de que el sistema económico internacional no dispusiera de instrumentos de control del comercio mundial (función que ejercían en parte los carteles industriales) ni de un sistema de pagos estable.

La Primera Guerra Mundial, como consecuencia del esfuerzo de industrialización que había supuesto para los Estados, había impulsado la tendencia a la concentración, de ahí que aumentan la capacidad productiva en Europa y en el mundo. En la etapa posterior a la Primera Guerra Mundial, los carteles que se habían disuelto, volvieron a crearse, salvo en los casos en que no fue posible por expresa prohibición de los Estados. A ello se une un desarrollo muy rápido de nuevos carteles. Entre las causas del crecimiento de

los carteles industriales una vez terminada la Primera Guerra Mundial pueden citarse las siguientes:

Exceso de producción. La necesidad de encontrar una solución al problema de los excedentes de producción de bienes que surgió al final de la guerra.

Los tratados de paz. Para algunos países, los tratados de paz implicaron la pérdida de parte de su territorio, por lo que algunas industrias perdieron elementos de su propia estructura y se encontraron ante la imposibilidad de continuar trabajando sin entablar relaciones con las empresas de los países que habían absorbido parte del territorio de los países derrotados (esta situación se dio, entre otros casos, en los carteles del potasio y del acero).

La autarquía económica. Esta política económica era común entre los Estados a finales de los años veinte e implicó la introducción de barreras aduaneras. Este enfoque autárquico europeo (y también estadounidense) tuvo como consecuencia la aparición de enormes trabas a los intercambios internacionales. Para eludir estos obstáculos, los productores recurrieron a la celebración de acuerdos internacionales.

Antes de suscripción de los Tratados de Roma en el año de 1957, Europa fue testigo del nacimiento del cartel mundial del Acero, esto como consecuencia de la Primera Guerra Mundial.

Para comprender la relación entre carteles industriales y el proceso de integración europea, puede ser útil profundizar en el caso concreto del cartel

mundial del acero. El sector del acero, junto al combustible esencial para su producción (el carbón), constituirá posteriormente el objeto del Tratado CECA primera fase de la integración europea.⁷

Entre las razones de la aparición del cartel del acero, deben señalarse:

En primer lugar, la peculiar distribución de las materias primas necesarias para su producción (hierro y carbón *coke*). De hecho, el 80% de los yacimientos de ambos productos se repartían en un cuadrilátero de unos 500 kilómetros de lado, que ocupaba transversalmente Bélgica, Francia, Alemania y Luxemburgo. En un cuadrilátero de 1.000 kilómetros de lado se encontraban todos los yacimientos europeos, incluidos los de Italia, Checoslovaquia, Austria y Hungría.

En segundo lugar, mientras Alemania contaba con importantes yacimientos tanto de hierro como de carbón en su propio territorio, Francia disponía de considerables yacimientos de hierro, pero de yacimientos de combustible limitados.

Sin embargo, ambos Estados se enfrentaban a la necesidad de encontrar mercados externos para vender sus productos, ya que debido a las economías de escala, su producción nacional era superior a su demanda interna.⁸

⁷ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero –CECA-, firmado en París en 1951.

⁸ Véase DAGNINO, Virgilio; *I Cartelli industriali – nazionali e internazionali*; pag. 110; Fratelli Bocca editori; Torino 1928.

La exigencia de Francia de disponer de yacimientos de carbón se resolvió temporalmente recurriendo a dos vías: la introducción de varias disposiciones específicas en el Tratado de Versalles en perjuicio de la Alemania (que, sin embargo llevaron a una profunda desorganización de toda la industria siderúrgica centroeuropea) y la ocupación militar, por parte de Francia de la cuenca carbonífera del Ruhr en 1923.

Tras la Primera Guerra Mundial ya quedó claro que la situación económica de estos sectores era muy inestable, tanto por lo que se refiere a la distribución de los yacimientos de carbón, como a la búsqueda de mercados para la producción de acero. De este modo, el problema del abastecimiento de carbón y el de la exportación del producto final quedaron íntimamente ligados. La única solución era alcanzar un acuerdo.

Los industriales alemanes se preguntaron si debían continuar alentando una competición disgregadora o, en cambio, intentar controlar la producción circunscribiéndola a los límites de la capacidad de absorción de los mercados. Los franceses por su parte, se plantearon si debían preocuparse continuamente abastecimiento de carbón cuando podían obtenerlo fácilmente gracias a un acuerdo con Alemania. Los alemanes pusieron en duda la necesidad de buscar el mineral por el mundo cuando disponían de él a pocos pasos. ¿No era posible poner en común estos problemas, resolverlos conjuntamente y, de manera gradual racionalizar la industria y reducir los costes para permitir la extensión de los mercados externos?. La conclusión a

la que llegaron fue que había que optar precisamente por esa vía. En un acuerdo de este tipo no podían faltar otros Estados limítrofes con Francia y Alemania que disponían de las materias primas de que se trataba, como Bélgica, el Sarre y Luxemburgo.

El 30 de septiembre de 1926 dichos Estados constituyeron el cartel del acero, al que denominaron *Comunidad del acero* (en alemán, *Rohstahlgemeinschaft*). Este nombre es muy significativo, ya que evoca el Tratado de la Comunidad del Carbón y del Acero de 1952, si bien su naturaleza era totalmente distinta. Posteriormente, en 1927, se incorporaron al acuerdo, con arreglo a fórmulas diversas, las empresas de Checoslovaquia, Austria y Hungría.

Uno de los objetivos principales del cartel del acero era proteger los mercados internos, para ello aspiraba a controlar cuantitativamente la producción por medio de un programa-tonelaje trimestral, en virtud del cual se atribuía una cuota a cada grupo nacional en función de determinados coeficientes. Este acuerdo, tal y como se concluyó en 1926, estuvo vigente hasta septiembre de 1930.

La necesidad de regular la competencia entre empresas (y, por tanto, las cantidades producidas y el precio de los bienes) explica el renacimiento del cartel en 1933. En pocos años se adhirieron a él todos los países europeos, incluida Inglaterra y muchos otros países de los demás continentes, entre ellos

los Estados Unidos de América. Debido a la prohibición establecida por la *Sherman Act* de 1890, para poder participar en el cartel del acero los Estados Unidos se vieron obligados a invocar lo dispuesto en la *Webb-Pomerene Export Act*, de 1918, que permitía a las empresas estadounidenses crear carteles para la exportación a condición de que no tuvieran efectos en su mercado interno.

A este cartel se adhirieron fundamentalmente todas las empresas de los Estados industrializados del mundo. En conclusión, los Estados que formaron parte del cartel del acero desde su constitución en 1926 hasta su desaparición en 1939 fueron Alemania, Francia, Bélgica y Luxemburgo (1926). Les siguieron Austria y Checoslovaquia (1927). A ellos se unieron muchas empresas de Estados que no eran miembros en sentido estricto de la organización, pero que cooperaban de diferentes maneras con el sistema, aunque sólo fuera en alguno de los carteles específicos, como Estados Unidos (1929), Canadá (1929), Holanda (1932), Dinamarca (1932), Suecia (1933), Noruega (1934), Polonia (1935), Gran Bretaña (1935), Italia (1937), Rumania, España, Finlandia y Yugoslavia (1939). Únicamente Japón no se incorporó a este cartel, debido al estallido de la Segunda Guerra Mundial, y limitó su colaboración al cartel internacional de los tubos.⁹

⁹ Tomado de KIERSCH, Günther; Die internationalen Stahlkartelle zwischen den beiden Weltkriegen; pag. 290; Alemania 1963.

El cartel del acero en el momento de su máxima expansión, comprendía más del 90 por 100 de la exportación mundial del producto y casi el 5 por 100 del valor de la exportación de todos los bienes. Este acuerdo, que «fue el origen de la estructura oligopolística más formidable que había conocido el mundo, estuvo vigente hasta 1939, año en que comenzó la Segunda Guerra Mundial.

La discusión sobre el papel de los carteles que, a falta de algún tipo de control nacional o internacional, se habían convertido por aquel entonces en organismos económicos de gran difusión en la economía internacional, adquirió una especial relevancia a mediados de los años veinte, habida cuenta de las dificultades económicas por las que atravesaba Europa.

En concreto, la Conferencia Económica de la Sociedad de Naciones de 1927 y de 1930 fue el marco de debates no sólo para buscar una solución a la crisis económica del momento, sino también, por cuanto aquí interesa, para definir una estrategia de control de los carteles y, al mismo tiempo, para encontrar el modo de unificar el territorio europeo.

Durante la Conferencia Económica Internacional de Ginebra de mayo de 1927, organizada por la Sociedad de Naciones, las dos cuestiones que suscitaron mayor atención fueron los acuerdos industriales y los derechos de aduana. En concreto, en el debate general sobre la situación mundial en aquel momento, se abordaron, entre otros temas, los inconvenientes de los sistemas

proteccionistas existentes la poca capacidad de absorción de los mercados; la creciente presión fiscal; la desorganización que todavía caracterizaba a muchos sectores económicos, y la importancia cada vez menor de Europa en relación con otros continentes y la necesidad de una colaboración entre las naciones.

En el debate de 1927 sobre los carteles internacionales se enfrentaron, por una parte, la postura defendida por alemanes, ingleses y noruegos que se oponían a la regulación de los carteles (dado el papel que desempeñaban en sus respectivas economías nacionales) y, por otra, las propuestas (sobre todo por parte de los franceses) de crear un mecanismo de control de los carteles en el ámbito internacional.

La Conferencia concluyó con una resolución anodina que sostenía la tesis de alemanes, ingleses y noruegos y significaba el fracaso de toda iniciativa política auspiciada por Francia. En el informe definitivo la Conferencia se abstuvo de expresar opiniones de carácter general y reconoció que, en algunas circunstancias y con determinadas garantías, los acuerdos internacionales en el sector industrial podían incidir de manera beneficiosa en la organización de la producción y del comercio europeo.

Por tanto, los Estados miembros de la Sociedad de Naciones, mayoritariamente europeos prefirieron conscientemente favorecer sus

propios intereses nacionales (es decir, permitir la constitución y el crecimiento de los carteles) antes que buscar una solución a este problema que, dada la dimensión del fenómeno, sólo podría haberse adoptado en el ámbito europeo. Las consecuencias de esta elección contribuyeron a que, diez años después, estallara la guerra civil europea (como llamaba Keynes a la Segunda Guerra Mundial) con cincuenta millones de muertos en todo el mundo.

El 18 de abril de 1951. Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo y Holanda firmaron en París el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, que entró en vigor el 23 de julio de 1952, con una duración de cincuenta años, es decir hasta el 3 de julio de 2002.

Los objetivos del Tratado eran contribuir a la expansión económica, al desarrollo del empleo y a la elevación del nivel de vida en los Estados miembros (art. 2 TCECA)¹⁰. Las acciones para alcanzar tales objetivos consistían en garantizar la igualdad de acceso conforme a Derecho de todos a los bienes y a los mercados objeto del Tratado, proporcionar incentivos para un desarrollo racional del comercio y aumentar la producción (art. 3 TCECA).

En otras palabras, el Tratado instauraba un mercado común en el sector del carbón y del acero, si bien limitado a los seis Estados miembros signatarios

¹⁰ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero –CECA-, firmado en París en 1951.

(art. 2 TCECA). En última instancia: esta regulación venía impuesta por la disolución en 1939 del cartel mundial del acero.

Los arts. 65 y 66 establecían las normas de defensa de la competencia. El primero disponía la prohibición de los acuerdos entre empresas y el segundo regulaba las concentraciones (apartado I) y el uso de una posición dominante para fines contrarios a los objetivos del Tratado (apartado 7).

En 2002, al expirar el plazo de cincuenta años de vigencia del Tratado, la evolución del mercado del acero, el aumento de la dimensión de las empresas y la racionalización del mercado europeo que se había producido durante esos años permitieron que ya no fuera necesario someter este sector a una disciplina especial como la del Tratado CECA. Por tanto desde entonces el sector del carbón y del acero está comprendido íntegramente en el ámbito de aplicación del Tratado CE y, en consecuencia, de las normas que regulan el mercado común y la competencia no falseada.

Finalmente, el 25 de marzo de 1957 se firmaron en Roma dos tratados que daban existencia a la Comunidad Económica Europea (CEE) y a la Comunidad de la Energía Atómica (EURATOM). Los firmantes del histórico acuerdo Francia, los Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Italia y Alemania. La ratificación del Tratado de Roma por los Parlamentos de *los seis* tuvo lugar en los meses siguientes y entró en vigor el 1 de enero de 1958.

El Tratado que instituía la CEE afirmaba en su preámbulo que los estados signatarios estaban "determinados a establecer los fundamentos de una unión sin fisuras más estrecha entre los países europeos". Así quedaba claramente afirmado el objetivo político de integración progresiva entre los diversos países miembros. En la práctica, lo que se creó básicamente fue una unión aduanera. Por ello la CEE fue conocida popularmente como el *Mercado Común*. Se acordó un proceso transitorio de 12 años para el total desarme arancelario entre los países miembros. Ante el éxito económico que trajo la mayor fluidez de los intercambios comerciales, el plazo transitorio se acordó y el 1 de julio de 1968 se suprimieron todos los aranceles internos entre los estados comunitarios. Al mismo tiempo se adoptó un Arancel Aduanero Común para todos los productos procedentes de terceros países.

Este mercado común afectaba en realidad exclusivamente a la libre circulación de bienes. El libre movimiento de personas, capitales y servicios siguió sufriendo importantes limitaciones. En realidad, habrá que esperar al Acta Única de 1987 para que se diera el impulso definitivo que llevó a que en 1992 se estableciera un mercado unificado.

El otro elemento esencial de lo acordado en Roma fue la adopción de una Política Agrícola Común (PAC). Esencialmente, la PAC establece la libertad de circulación de los productos agrícolas dentro de la CEE y la adopción de políticas fuertemente proteccionistas, que garantizaban a los agricultores

Europeos un nivel de ingresos suficiente al evitar la competencia de productos de terceros países y mediante la subvención a los precios agrícolas. Con el objetivo de financiar la PAC, se creó, en 1962, el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola (FEOGA). La PAC sigue absorbiendo la mayor parte del presupuesto comunitario y es uno de los aspectos más necesitados de reforma.

El Tratado de Roma también estableció la prohibición de monopolios, algunas políticas comunes en transportes, y la concesión de algunos privilegios comerciales a los territorios coloniales de los estados miembros.

El Tratado de Roma significó el triunfo de lo que se han venido en llamar las tesis "funcionalistas". Representadas esencialmente por Jean Monnet. Ante la imposibilidad de acceder de manera inmediata a una unión política, imposibilidad demostrada en el fracaso de la CED, la nueva estrategia busca un proceso de integración que vaya afectando poco a poco a diversos sectores económicos, de forma gradual, y que vaya creando instituciones supranacionales en las que los Estados paulatinamente vayan cediendo competencias económicas, administrativas y, en último caso, políticas. En este sentido, la CEE va a tener una serie de instituciones: la Comisión, el Consejo, la Asamblea Europea (posteriormente el Parlamento Europeo), el Tribunal de Justicia y el Comité Económico Social cuyas competencias se irán ampliando y matizando en los diversos acuerdos y tratados que fueron modificando en los años posteriores el Tratado de Roma.

Se trataba, en definitiva, de iniciar un proceso en el que la progresiva integración económica fuera allanando el camino al objetivo final de la unión política, unión que quedaba planteada como un objetivo a largo plazo.

El Tratado que instituyó la Comunidad Atómica Europea (EURATOM) es mucho menos importante y trataba de crear "las condiciones de desarrollo de una pujante industria nuclear". En la realidad, cuando se habla del Tratado de Roma nos referimos en exclusiva, aunque de forma incorrecta, al que creó la CEE.

En la actualidad todos los países de la Unión Europea y América del Norte, y la mayoría de América del Sur, incluido Ecuador, gozan de una legislación de defensa de la competencia o antimonopólica. De igual manera, la generalidad de los otros países del mundo sigue la misma tendencia.

Estas legislaciones tienen como objetivos principales: proteger los intereses de los consumidores; disminuir la competencia desleal entre agentes económicos; y, proteger el sistema social de libre mercado.

El Derecho de Competencia tiene relación directa con las instituciones y acciones públicas orientadas a alcanzar una competencia real y suficiente, regulando la participación de los empresarios en un plano de libertad; utilizando su iniciativa y todos sus medios para disputarse lícitamente un

mercado, de acuerdo a las ofertas de precios, calidad y condiciones de los bienes o servicios; eliminando y sancionando interferencias o ataques a la competencia; y, teniendo como contrapartida la libertad de elección u opción de los consumidores, para de esta manera buscar el mayor beneficio del público, propiciando la justa y libre competencia entre los empresarios.

Para conseguir estas metas, el Derecho de Competencia prohíbe y castiga prácticas restrictivas de la competencia en sus diferentes formas, sean actos de abuso de posición de dominio, prácticas y acuerdos restrictivos de la competencia o a través de concentraciones económicas, además de cualquier otro modo de competencia desleal.

La posición de dominio en el mercado se puede dar en el caso de monopolios u oligopolios que, al no permitir el desarrollo de la competencia de otras empresas o cuando sus decisiones prevalecen sobre las demás del mismo sector, abusando de dicha posición, imponen precios, condiciones o limitan la producción en perjuicio de los consumidores. Es importante recalcar que en la actualidad uno de los mayores pilares de la economía es la tecnología, y quienes la poseen muchas veces abusan de ello, en detrimento de otros empresarios.

Los acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas se dan cuando un grupo de empresas coordinan y cooperan, a través de la toma de decisiones de sus

directivos, sin que necesariamente exista un acuerdo formal, eliminando los riesgos de la competencia, ya sea restringiéndola, afectándola o distorsionándola, en perjuicio de otros empresarios, competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores, sin que puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad. Particularmente estos acuerdos y prácticas consisten en la fijación concertada de precios o de condiciones de venta; reparto de mercados; aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a ellos; limitación o el control de la producción; entre otros acuerdos y prácticas similares.

Las concentraciones económicas sólo se encuentran prohibidas por el Derecho de Competencia cuando se atenta, a través de éstas, contra la libre competencia, afectando al mercado como consecuencia del reforzamiento de una posición dominante. Para que se considere la existencia de este tipo de concentraciones no es necesario que se lleven a cabo modificaciones en las estructuras jurídicas de las empresas, tal como sucede en el caso de las fusiones, ya que se podría considerar un *joint venture* como una concentración económica temporal.

La competencia desleal puede darse de variadas formas, sea por imitación, por aprovechamiento de la reputación ajena, por actos de engaño, por denigración y comparación, por violación de secretos, por violación de normas, por ventas

a pérdida... Todo acto que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, debe ser considerado competencia desleal.

Ecuador aprobó en el 2005 la Decisión No. 608 de la Comunidad Andina sobre las normas para la protección y promoción de la libre competencia que, a más de establecer ciertos acuerdos restrictivos y abusos de posición dominante, manifiesta que los países miembros deben tener una legislación interna de competencia.

La Decisión No. 608 de la Comunidad Andina se dejó de implementar en Ecuador a partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado por parte de la Asamblea Nacional.

4.2.2. PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

Bullard¹¹ considera que cualquier forma de colusión entre proveedores, productores prestadores de servicios, con la finalidad de limitar de alguna manera la competencia entre ellos, está prohibida. Básicamente se conoce como práctica anticompetitiva a toda forma de cartel de productores o proveedores de un determinado bien o servicio. La simple existencia de un grupo de empresas o de una organización gremial no implica la existencia de prácticas anticompetitivas o concertadas. Al igual como sucede en con el abuso

¹¹ BULLARD GONZALES, Alfredo; Legislación Antimonopolios, Invirtiendo en Perú; Guía Legal de Negocios; Perú 1993; pag. 135 – 138.

de poder de mercado, las normativas legales contienen una lista de infracciones expresas, dejando abierta la posibilidad de sancionar otros casos de efectos equivalentes.

Entre otras, las normativas de competencia prohíben:

1. La concertación de precios, que son condiciones de producción, oferta, demanda o comercialización de empresas que son competidoras actuales o potenciales entre sí. En el caso de la concertación de precios de esta práctica se considera *per se* ilegal y por lo tanto no admite justificación alguna. Sin embargo el simple paralelismo en el comportamiento de precios no constituye prueba suficiente de concertación, siendo necesario contar con otros elementos de prueba adicionales (principio establecido en la acción de oficio seguida contra diversas empresas por concertación del precio de la harina de trigo en 1995);
2. Los acuerdos que busquen la distribución de mercados, reparto de cuotas de producción, la discriminación concertada de precios o condiciones, los acuerdos entre competidores dirigidos a limitar la producción, la distribución, el desarrollo tecnológico y las inversiones;
3. La concertación de la calidad de los productos, cuando no correspondan a normas técnicas nacionales o internacionales y afecten negativamente al consumidor;
4. La utilización de cláusulas de atadura concertadas;

5. Los boicots, es decir la negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición u ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;
6. La concertación en la presentación de ofertas o en la abstención de presentarlas en las licitaciones, concursos, remates y subastas públicas, y;
7. Otras de efecto equivalente.

4.2.3. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO –ABUSO DE PODER DE MERCADO-

Manuel Abanto Vásquez considera que la represión de los abusos de posiciones de dominio en el mercado: *“Resulta, en primer lugar, evidente, porque la posición especial de la empresa le otorga suficiente poder para no tener que preocuparse por rendir más. La empresa no necesita mejorar la calidad de su oferta o disminuir el precio de sus productos o servicios para conseguir las mismas o mayores ganancias. Además la empresa entra en conflicto con las exigencias del Derecho contra prácticas restrictivas de la competencia al ocasionar la restricción de la libertad de movimiento de otros.”*¹²

Se puede colegir entonces, que los dos elementos constitutivos del abuso de posición de dominio se observan principalmente en a) el rendimiento y b) la

¹² ABANTO, Manuel; El Derecho de la libre Competencia; Perú; Editorial San Marcos; 1997; pág. 158.

libertad de los agentes de mercado. El mismo autor sostiene que después de realizar un análisis Económico del Derecho (AED) deben sancionarse *“sólo aquel abuso de una posición dominante que eleve artificialmente los precios, mantenga un bajo nivel <output>(baja producción) o refuerce intencionalmente las barreras de entrada del mercado”*.¹³

Todo lo antes mencionado se reúne en lo tocante al rendimiento, puesto que una empresa con poder de mercado sobre cierto sector puede limitar la información que ofrece al consumidor y comenzar a establecer una relación de ventas atadas, monopolizando de esta manera sus productos y trayendo como consecuencia la imposición artificial de precios al no tener competencia. Un ejemplo de esto podría producirse con los aparatos electrónicos, puesto que han existido casos en que se le esconde cierta información al comprador y, cuando el bien tiene daños, el único que puede proveerle repuestos es el que le vendió el aparato, creándose así una venta atada y dependencia, limitando totalmente las posibilidades del consumidor para acceder a otros distribuidores.

En la jurisprudencia norteamericana se explica de mejor manera el abuso de posición dominante, mediante el caso KODAK¹⁴, a partir de esta sentencia, se ha determinado la existencia de ciertos elementos que condicionan y vinculan

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Para profundizar en una explicación del caso KODAK, véase Manuel Abanto, *El Derecho de la libre Competencia*, Perú, Editorial San Marcos, 1997, pág. 150

al consumidor con el vendedor. Por ejemplo el caso de los repuestos, el consumidor debido al elevado costo que invirtió al comprar su cámara, no puede intentar repuestos de otra marca, ya que malograría su producto intentando cualquier otro dudoso repuesto y por lo tanto se acude a la “casa”, creando dependencia que no estaba estipulada adquirió el producto.

El abuso de la posición de dominio en el mercado es una figura calificada por el Derecho de la Competencia como nociva para el correcto funcionamiento del mercado. Es, en esencia, la descripción de una conducta prohibida, cuya realización podría determinar la imposición de una sanción. El carácter punitivo que acompaña a la realización de la conducta demanda también, como es obvio en un estado de derecho, la mayor de las precisiones en la interpretación de su contenido y alcance a los efectos de no generar indefensión en las personas que pudieran realizar la conducta, sin una clara conciencia previa del carácter prohibido de la misma.

La identificación del concepto del abuso de la posición de dominio en el mercado, requiere de la previa definición sucesiva de los tres elementos implicados en la misma, es decir, el mercado afectado o relevante, la posición de dominio y el abuso como manifestación prohibida de una conducta no tolerada por el ordenamiento jurídico.

La norma se ocupa de dos de estos conceptos, la posición de dominio y el abuso de dicha posición, dando por presupuesta la existencia de un mercado

determinado o relevante. La opción del legislador se presenta lógica en la medida en que el mercado implicado es una condición que subyace al hecho de que pueda existir una posición de dominio y, consiguientemente también, una situación de abuso de dicha posición.

Cada uno de los factores mencionados será utilizado para definir cuál es el mercado de producto involucrado y la posible existencia o no de una posición de dominio de algún agente económico. Si bien no es propósito de este trabajo desarrollar la problemática de identificación del mercado relevante sobre la base de los criterios mencionados, no puede dejar de señalarse que este ámbito constituye el más impreciso del Derecho de la Competencia, dada la imposibilidad de saber con absoluta certeza el mercado relevante que termine de ser definido por el intérprete de la norma. Esto, sin embargo, no es una debilidad del Derecho de la Competencia, sino la consecuencia de su propia naturaleza: como ciencia que estudia el fenómeno económico es imposible - salvo que se quiera vaciarla de contenido- exigirle precisión matemática en la definición de espacios de actuación que de por sí son imprecisos, variables y en muchos casos sujetos a las preferencias subjetivas de los consumidores que, por ejemplo, determinan la sustituibilidad de los productos.

Es una regla básica que, en tanto más amplio sea el mercado de producto, definido por las condiciones de sustituibilidad de éste, menor será la posibilidad de la existencia de una posición de dominio y viceversa.

4.2.4. ACUERDOS HORIZONTALES

Los acuerdos horizontales son acuerdos entre competidores que no perjudican la competencia, más aún muchos de ellos pueden resultar benéficos. Estos acuerdos por lo general son necesarios desde un punto de vista económico y no conllevan a una significativa restricción de la competencia. Solamente pueden o son prohibidas si restringen la competencia. Cabanellas¹⁵ señala que las restricciones horizontales son aquellas “*que tienen lugar entre empresas que operan en igual nivel de producción y en el mismo mercado*”.

La mayoría de sistemas de leyes antimonopolio tienen una política liberal hacia los acuerdos horizontales diferentes a los cárteles. Es decir, dichos acuerdos son permitidos, excepto que haya una buena razón para prohibirlos. Por lo tanto se puede decir que muchos de los acuerdos son valiosos, sus resultados benéficos y que dan lugar a resultados económicos favorables.

Con respecto a la legislación norteamericana, la regulación de las restricciones se encuentra en la sección 1 de la *Sherman Act* que señala:

“Todo contrato, combinación en forma de Trust o de otra forma, o conspiración, que restrinja el comercio o la industria entre los diversos Estados o con naciones extranjeras, se declara igual por la presente ley”.

¹⁵ CABANELLAS, Guillermo; Derecho antimonopólico y de defensa de la Competencia; 1983

Es decir, los acuerdos son sancionados penalmente cuando tengan por finalidad restringir la competencia. Los acuerdos o convenios que limiten o restrinjan la libre competencia son consideradas prácticas colusorias.

La *Clayton Act* se limita completar lo que estipula la sección 1 de la *Sherman Act*, prohibiendo determinados tipos de actuaciones como discriminaciones y contratos ligados, etc.

A pesar que la norma utiliza conceptos como “contrato”, “combinación”, “conspiración”, lo que hay que destacar es que se encuentra prohibida la existencia de un acuerdo entre dos o mas personas o empresas siempre y cuando estos convenios tengan por finalidad limitar la competencia. No se prohíben los acuerdos por sí mismos, se prohíben las concertaciones entre dos o más personas o empresas que limiten la libre competencia.

Sin embargo, la aplicación de la prohibición de la *Sherman Act* se aplica dentro de la denominada *per se condemnation theory*. Esto quiere decir que constatado que un acuerdo ha limitado la competencia, se aplica la sanción legal sin analizar si el acuerdo se ha aplicado en circunstancias justificables o razonables. En las prácticas colusorias tratándose fundamentalmente de acuerdos de fijación de precios, reparto de mercado, limitación de producción, limitación de ventas se aplica la regla *per se condemnation theory* antes que la regla de la razón.

En la Comunidad Europea el artículo 85 (1) del Tratado prohíbe los acuerdos entre empresas, las decisiones entre asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que pueden afectar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto impedir, restringir o falsear la competencia dentro del mercado común. La consecuencia de esta prohibición es la nulidad de pleno derecho de dicho acuerdo, decisión o práctica concertada. Si la Comisión estima que un acuerdo, decisión o práctica concertada infringe el artículo 85 (1) del Tratado CE, esta puede ordenar la cesación de dicha restricción con arreglo del artículo 3 del Reglamento 172. Además, la Comisión está facultada por los artículos 15 y 16 del citado Reglamento a imponer multas a las empresas infractoras.

Se prohíbe ampliamente todo tipo de acuerdo o prácticas concertadas entre empresas. La Comisión ha señalado *“es suficiente que una de las partes voluntariamente se obligue a limitar su libertad de acción en relación a la otra”*. El acuerdo puede ser verbal o por escrito. Los acuerdos informales pero que restringen la competencia pueden dar lugar a una práctica concertada y por lo tanto son prohibidos.

Es importante señalar que tanto los acuerdos horizontales, como los verticales se encuentran comprendidos dentro del ámbito del Artículo 85.1 del Tratado de Roma. Los acuerdos no necesariamente tienen que ser voluntarios entre las partes, pueden también tratarse de acuerdos impuestos por un proveedor a

sus comerciantes (acuerdo vertical); este tipo de acuerdo impuesto caería dentro del ámbito de prohibición del artículo comentado. Asimismo estamos dentro de la prohibición del artículo 85.1 cuando una situación se da por un entendimiento expreso o tácito por una de las partes de la cadena productiva provocando una restricción de libre competencia.

Entonces, podemos resumir en los siguientes terminos: Cuando existen acuerdos entre competidores que puedan ser benéficos, éstos deben ser analizados por su calidad de pro competitivos o no. No así los acuerdos horizontales que crean cárteles que son *per se* condenables. Los dempas acuerdos horizontales son permitidos en la mayoría de circunstancias ya que muchos de estos son valiosos, permitiendo beneficios económicos a la economía en su conjunto, al aumentar su eficiencia. En Estados Unidos, como ya se ha expresado, la mayoría de los acuerdos son juzgados bajo la regla de la razón y éstos sólo serán prohibidos en caso que se consideren peligrosos para la competencia. Lo mismo ocurre en la Comunidad Europea donde se prohíben los acuerdos cuando restrinjan o distorsionen la competencia.

Algunos tratadistas afirman que son varias las motivaciones para que existan acuerdos horizontales, entre ellas:

1. Propósitos puramente anticompetitivos; su meta es hacer mas fácil para los competidores comportarse como un monopolista. Esto puede ser cierto inclusive si los competidores no tienen ningun acuerdo de

cártel explícito. Tales acuerdos son denominados “acuerdos facilitadores” porque facilitan los cárteles.

2. Algunos acuerdos restringen de alguna forma la competencia, inclusive sin crear un cártel, pues brinda a los participantes una “vida tranquila”.
3. Algunos acuerdos excluyen o perjudican a otros competidores.
4. Otros acuerdos hacen que los mercados funcionen mejor, estableciendo reglas y procedimientos, reduciendo costos de transacción o clarificando las alternativas para los consumidores.
5. Algunos acuerdos permiten a los miembros de un sector unirse en asociaciones de industria para comunicarse con el gobierno.
6. Algunos acuerdos permiten a las firmas tomar acciones no con un significado económico para un productor, sino por tener sentido económico para toda la industria.
7. Otros acuerdos permiten a las firmas sacar ventaja de las fortalezas de otros y, por lo tanto, fortalecer la competencia en el mercado. A menudo, estos se refieren a los acuerdos de participación conjunta, pero pueden utilizarse otros términos.
8. Otros acuerdos establecen nuevos productos que no existían sin la cooperación entre los competidores actuales.

Los acuerdos de cooperación no restringen la competencia. Son permitidos y contribuyen a mejorar la producción o distribución de bienes o a promocionar el progreso tecnológico o económico, al mismo tiempo que permite a los

consumidores una participación justa del beneficio resultante, siempre que no impongan restricciones innecesarias a las firmas involucradas o permitan eliminar la competencia con respecto a una parte sustancial de los productos afectados.

Jaime Folguera¹⁶ en la conferencia titulada *“La Evolución del Tratamiento de las Restricciones Horizontales y Verticales en Derecho Comunitario: La Nueva Aproximación de la Comisión Europea”* presenta una lista que no pretende ser exhaustiva señalando acuerdos horizontales que restringen la competencia y por lo tanto son contrarios al artículo 85 del Tratado CE.

Sin embargo, a diferencia de la legislación Americana, la prohibición en el Tratado de Roma no tiene un carácter absoluto, ya que en el párrafo 3 de esta normativa establece la posibilidad de exceptuar determinandos acuerdos y decisiones, bien individualmente, bien en bloque en base a que estos acuerdos pueden ser beneficiosos.

4.2.5. ACUERDOS VERTICALES.

Se genera un acuerdo vertical cuando el convenio se celebra entre dos firmas que se encuentran en niveles diferentes de producción o distribución. Por ejemplo, entre fabricante y un proveedor de una de sus materias primas.

¹⁶ FOLGUERA CRESPO, Jaime; *La Evolución del Tratamiento de las Restricciones Horizontales y Verticales en Derecho Comunitario, la nueva aproximación de la Comisión Europea*; Cartagena de Indias: Seminario Internacional; 24 y 25 de marzo de 1998.

La mayoría de los acuerdos verticales no son perjudiciales para la competencia,

son una forma normal y usual de hacer negocios. Son parte del proceso competitivo una amplia variedad de tipos de acuerdos verticales. Las firmas relacionadas verticalmente prosperan con la eficiencia recíproca uno del otro. Cada una de las partes que intervienen en la cadena de producción espera que la parte que le antecede o le sigue produzca lo mejor y al menor costo para que el bien llegue al consumidor a precios competitivos; así como con alta calidad.

Las relaciones entre una compañía matriz y su subsidiaria no deben ser tratadas como acuerdos verticales. Una subsidiaria es parte de la compañía matriz. Al evaluar las prácticas monopolísticas, estas deben ser tratadas simplemente como si fueran una oficina o una sucursal de la compañía matriz.

En la Unión Europea, los acuerdos verticales, están contemplados en el artículo 85. Estos son legales sí *“tienen como objetivo o efecto la prevención, restricción o distorsión de la competencia”*. Los acuerdos verticales son permitidos sí *“contribuyen al mejoramiento de la producción o distribución de bienes o a la promoción del progreso técnico o económico, en tanto que permite a los consumidores una participación justa del beneficio resultante”* considerando que los acuerdos no imponen restricciones innecesarias o permiten a las firmas eliminar la competencia *“con respecto a una parte sustancial de los productos en cuestión”*.

Las normas del derecho de la libre competencia en la Comunidad Europea son compatibles con las legislaciones de defensa de la competencia de sus estados miembros. Ambas normas pueden aplicarse simultáneamente, pudiendo ser objeto de dos procedimientos legales paralelos ya que ambas normas, es decir, las normas del derecho de la competencia de un país miembro y las normas de derecho de la competencia de la Comunidad Europea protegen intereses distintos.

En Estados Unidos, el criterio que regula los acuerdos verticales es la “*regla de la razón*”. Esto significa que las restricciones razonables son permitidas. Sin embargo algunas restricciones verticales son ilegales *per se*. De igual forma se enumeran algunas restricciones *per se* verticales ilegales:

1. Los acuerdos y restricciones diseñados para establecer precios mínimos o máximos de reventa son por lo general ilegales *per se*, aunque existen algunas excepciones, como acuerdos de consignación.
2. La mayoría de restricciones verticales se juzgan la regla de la razón. Estas restricciones implican acuerdos de distribución, restricciones territoriales y de atención al consumidor, acuerdos de relación exclusiva y contratos de negociación exclusiva. De éstos sólo los acuerdos de relación exclusiva pueden ser ilegales *per se* y sólo en circunstancias de las cuales la compañía agraviada posea suficiente poder de mercado.
3. La conducta unilateral de los distribuidores es casi siempre ilegal.

El tema de si existió o no un acuerdo o una restricción y el posterior análisis de que acorde a la regla de la razón, en oposición al tratamiento tradicional de la regla *per se* características propias de la evolución creada por la jurisprudencia de la sección 1 de la Ley *Sherman*.

Las características a tomar en cuenta comunes para evaluar los acuerdos verticales:

- Evaluar si el acuerdo restringe la competencia.
- Considerar si el acuerdo beneficia a la competencia.
- Determinar si la competencia serpa beneficiada o perjudicada por la prohibición.

Al analizar las restricciones verticales debemos tratar el tema de la reventa. Las restricciones de reventa se encuentran, por lo general, en la cadena de distribución. Un producto se compone de elementos e insumos que se compran a un vendedor de materia prima y en esta situación el vendedor es un productor de materias primas y el fabricante es su comprador. El fabricante produce un bien determinado el cual se vende a un mayorista, pero lo revende a un minorista y éste a su vez lo revende a un consumidor. Esta es una rama de la cadena de distribución de bienes de consumo donde generalmente son los fabricantes los que imponen las restricciones de reventa a los minoristas. La forma más común de restricción se da en el precio de reventa y está relacionado con la fijación del precio mínimo de reventa. En esta situación el

fabricante ordena o sugiere coercitivamente un precio mínimo de reventa al minorista.

Esta situación se presenta cuando los fabricantes de un producto son competidores y acuerdan dividir el mercado en porciones o secciones para cada fabricante. Si los fabricantes no fijaran un precio mínimo de reventa puede darse el caso que algunos minoristas bajen sus precios provocando que el mercado compre solo a estos minoristas. Para esta situación los competidores acuerdan que el mercado se encuentra repartido entre distintos productores y es necesario que los productores fijen un precio mínimo de reventa.

Cualquiera que sea la justificación para fijar un precio mínimo de reventa, tanto mínimo como máximo, es ilegal *per se*. En cambio el fabricante al autorizar las restricciones territoriales, de localidad, es decir, restricciones no basadas en el precio, puede lograr distorsionar la competencia. Las restricciones territoriales promueven la competencia de su marca, la competencia entre otros minoristas que revenden la misma marca. El fabricante puede lograr un enclave libre de competencia en el mercado de la misma marca. Pero tratándose de una restricción de reventa no basada en precio, la restricción vertical requerirá un análisis bajo la regla de la razón.

En cualquiera de esos supuestos es requisito primordial conocer la estructura

del mercado y la forma en la cual este acuerdo afecta al mercado, es decir, si la firma involucrada tiene poder de mercado y si este acuerdo vertical afecta positiva o negativamente la competencia.

Pueden encontrarse acuerdos entre las partes principales en un proceso de producción, pero es importante analizar si estos acuerdos son necesarios, para lo cual se debe examinar cuidadosamente cuál es la finalidad, el porqué de la celebración de estos acuerdos y qué consecuencias pueden tener el mercado. Si estos acuerdos afectan a la competencia estamos ante restricciones a la competencia y por lo tanto estos acuerdos están prohibidos, pero si no afectan a la competencia caen dentro de la forma usual y necesaria de llegar a un negocio.

Las consecuencias de los acuerdos deben ser examinados a la luz del precio, producción y producto. Cómo repercuten estos acuerdos en relación con el precio, en relación a la producción y en cuanto a la calidad de los productos. Para conocer cualquiera de estos efectos señalados debemos conocer la estructura del mercado, cuál es el mercado involucrado, su extensión, su capacidad, el número de competidores que forman el mercado, qué productos compiten y en general todo lo relacionado a estos aspectos de estructura de la industria, lo que nos lleva a determinar cuál es el mercado en cuestión y cómo la empresa que toma los acuerdos puede o no restringir la competencia. Una vez analizado el tema de la estructura de mercado que está en íntima relación

con las restricciones verticales.

Se debe estudiar con cuidado la naturaleza de la prohibición o restricción no en función de si afecta a tal o cual competidor, sino si se oferta la eficiencia del mercado en su conjunto.

En la Unión Europea la situación es distinta, la razón es que una meta primordial de la competencia en la Unión Europea es crear un mercado común específicamente para romper las divisiones entre los mercados nacionales.

Cabanellas¹⁷ dice que *“los repartos verticales de mercado graves son sin duda aquellos que directa o indirectamente son utilizados para dividir zonas, productos, clientes o proveedores. Así representan repartos de mercado típicamente merecedores de pena, en concordancia con la jurisdicción de la Comunidad Europea (que los califica de delitos graves), aquellos que impiden indirectamente la comercialización de productos fuera de las zonas repartidas mediante discriminaciones de precios, descuentos discriminantes, las restricción del servicio de asesoramiento o de reparación de productos importados u otras cláusulas destinadas a hacer respetar el acuerdo de reparto”*.

Podemos concluir que las restricciones verticales únicamente son dañinas en

¹⁷ CABANELLAS, Guillermo; Derecho antimonopólico y de defensa de la Competencia; 1983

situaciones en que la competencia entre marcas es débil y existe, además, poder de mercado.

Como resultado de estos cambios la Comunidad Europea está trabajando en la preparación de nuevas propuestas en donde fundamentalmente se está estudiando la no renovación de los reglamentos de exención por categoría de distribución exclusiva, de compra exclusiva y de franquicia y la adopción de un único reglamento de exenciones más flexibles. En este sistema solo estarían prohibidas las restricciones mencionadas expresamente en el reglamento, mientras que todas las demás quedarían autorizadas.

Esto se debe a un avance en el proceso de integración económica de los mercados en la Comunidad Europea, mediante la progresiva eliminación de barreras de mercado y la consecución de una mayor convergencia monetaria y económica de los Estados miembros.

4.2.6. EL MONOPOLIO.

La competencia tiene extremos. En uno de los extremos que hallamos en la competencia perfecta y en el otro extremo hallamos el monopolio. Así como la competencia perfecta es un modelo teórico y que en la práctica casi nunca ha existido, en el caso del monopolio puro sucede casi lo mismo.

El caso extremo de un mercado imperfectamente competitivo es el monopolio ya que solo hay un único oferente en la industria. Así, se dice que una empresa tiene monopolio de un bien servicio cuando posee la capacidad de modificar el precio de venta de dicho bien o servicio. Bajo las condiciones de un monopolio existe un vendedor de un bien para el que no hay sustituto.

El Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia define al monopolio de la siguiente manera:

“Situación de un mercado en el que sólo hay un único vendedor. En el análisis económico tradicional, el concepto de monopolio se opone al de competencia perfecta. Por definición, la curva de la demanda del monopolizador es la del conjunto del sector y resulta decreciente. Por lo consiguiente, el monopolizador domina muy ampliamente el precio que aplica, es decir, que no considera los precios como dados sino que puede fijarlos a su antojo.”¹⁸

Si se compara el monopolio con una situación de competencia perfecta, se comprobará que el monopolizador fija un precio más elevado, produce menos y obtiene un beneficio superior a lo normal (a veces calificado como “renta monopolio”). Al tener que pagar más caro los consumidores por la adquisición de los bienes y servicios, hay pérdida neta de bienestar. Se produce, además,

¹⁸ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), 1995, pag.61 -62.

una transferencia de la renta de los consumidores en beneficio de la empresa en situación de monopolio.

Se dice que una empresa o grupo de empresas tiene monopolio de un bien servicio, cuando posee la capacidad de modificar el precio de venta de dicho bien o servicio en el mercado mediante un cambio en la cantidad que pone en venta.

Esta capacidad se explica por las siguientes razones:

- La empresa es la única que abastece el mercado, o abastece una parte significativa de éste.
- El bien que produce o comercializa no cuenta con sustitutos perfectos, por lo que la empresa monopólica puede tener ganancias extraordinarias fijando un margen de sobreprecio relativamente alto, antes de que el consumir se desplace hacia un bien sustituto.
- Existen barreras sustanciales a la entrada de competidores potenciales, por lo que pese a que están obteniendo ganancias extraordinarias en dicho mercado, no ingresan nuevos productores.
- Existe conocimiento imperfecto del mercado, de tal manera que no todos los consumidores ni los productores, reales o potenciales en el mercado monopólico o en otros mercados, tienen información completa acerca de los precios del mercado y la naturaleza de los bienes vendidos.

Los efectos principales de un monopolio son una producción restringida y un sobreprecio, que sólo pueden ser cuantificados adecuadamente si es que se toma como referencia una situación ideal. Esta situación es el mercado de competencia perfecta, en cual se obtiene la mayor asignación posible de los recursos en la economía, por lo que la producción obtenida del bien en cuestión sería la mayor posible y el precio de reventa el más bajo posible.

Existen tres¹⁹ tipos de razones que explican la existencia de un monopolio:

1. El Monopolio natural: Dado un tipo de producto, una tecnología disponible y un tamaño específico de mercado, puede darse el caso de que un monopolio produzca en condiciones más eficientes que si hubiesen varias empresas competidoras repartiéndose en el mercado. Hay monopolio natural cuando las condiciones existentes de un mercado son tales que una sola empresa puede explotar mejor este mercado de lo que harían dos o más empresas. El monopolio natural se debe a las características de la tecnología de producción, a las que se añaden de a menudo las de la demanda, y no a la acción de los poderes públicos o de las empresas competidoras. El monopolio natural se distingue esencialmente por una curva fuertemente decreciente de los costos medios a largo plazo y de los costos marginales, de manera de

¹⁹ FLINT, Pinkas; Tratado de Defensa de la Libre Competencia; pag. 183; Perú 2002.

que una sola empresa se encuentra en situación de sacar plenamente partido de las economías de escala y de abastecer el mercado.

El monopolio natural se explica fundamentalmente por economías de escala y economías de gama importantes respecto a la demanda en el mercado. Se considera que hay monopolio natural en ciertos segmentos de sectores tales como la electricidad, las redes ferroviarias, el gas natural y las telecomunicaciones. Al exigir las eficiencias de la producción la presencia de una sola empresa, el monopolio natural es regulado a menudo por los poderes públicos, en particular en lo referente a los precios, la calidad y/o el acceso al mercado.

2. Intervención del Estado: El Estado puede crear barreras a la competencia que explican la existencia de un monopolio, recurriendo a algunas de las siguientes prácticas:
 - a) Otorgamiento de concesiones: La empresa para operar en el mercado debe disponer de permiso o licencia, muchas veces difícil de conseguir. Esta obtención significa un costo muy alto o una multiplicidad de trámites burocráticos.
 - b) Imposición de aranceles, cuotas o prohibiciones a las importaciones: Son trabas que limitan el ingreso de los productos provenientes de otros países, otorgando mayor grado monopolístico a las industrias protegidas.

- c) Persecución de las empresas informales: Medida muy utilizada para proteger a las empresas formales que producen con precios de ventas más elevados.
 - d) Establecimiento de las empresas estatales: Creación de empresas públicas que asuman posición monopólica de los bienes que produzcan.
 - e) Racionamiento de recursos escasos: El Estado determina quiénes van a ser beneficiados por divisas, fondos prestables e insumos básicos, controlando dichas divisas disponibles, créditos de fomento y la disponibilidad de insumos básicos, de tal manera que el resto de empresas queden marginadas.
 - f) Otra forma de barrera es la concesión de patentes, pero considerando que si bien limita la competencia en un primer momento, a largo plazo tiene efectos favorables sobre el bienestar social.
3. Acción de las empresas: Las empresas mediante prácticas privadas, se pueden constituir en monopolios, buscando ser más eficientes que los competidores o mediante prácticas premeditadas para eliminar la competencia.

En Estados Unidos, como en otras naciones industrializadas, la legislación antimonopólica ha jugado un rol preponderante como instrumento para

equilibrar el comportamiento de maximización de la función de utilidad de las empresas en función del bienestar social.

Es obvio que la política antimonopolio surgió contra el monopolio y esta política es en sí mismo pro-competitiva. Como se ha dicho, las leyes antimonopolio han existido por ms de un siglo como el principal garante de la competencia efectiva en los mercados libres. Estas leyes antimonopolio son más efectivas que la revisión o participación del gobierno, pues actúan vía regulación y vigilancia de algunas instituciones especializadas.

4.2.7. EL OLIGOPOLIO.

Una de las características de este tipo de mercado es la capacidad que el empresario tiene de influir sobre las decisiones de sus competidores con sus propias acciones y de ser influenciado por las decisiones de sus rivales. El ejemplo clásico de esta posibilidad son las guerras de precios, en las que la decisión de un empresario de rebajar el precio con el objeto de absorber una mayor parte del mercado se ve neutralizado por la respuesta de sus competidores de rebajar a su vez sus precios.

El oligopolio es una situación de mercado que se caracteriza por la existencia de un número muy limitado de vendedores que son conscientes de su interdependencia para sus decisiones de precios y de producción. Las

empresas son lo suficientemente poco numerosas como para que una pueda ejercer un cierto poder sobre el mercado.

El oligopolio se distingue de la competencia perfecta en que las empresas deben tener en cuenta su interdependencia, de la competencia de monopolio en que las empresas ejercen un cierto control sobre los precios y del monopolio en que el monopolizador carece de competidor. El análisis en términos de oligopolio tiene esencialmente por objeto determinar los efectos de interdependencia de las empresas sobre sus decisiones de precios y de producción.

Existen varios tipos de oligopolio. Cuando todas las empresas tienen aproximadamente el mismo tamaño, el oligopolio se llama simétrico; si no, es asimétrico. Una industria de oligopolio puede producir bienes homogéneos no diferenciado o bienes heterogéneos diferenciados.

Para analizar este análisis, se puede proceder de dos maneras. El primer procedimiento consiste en suponer que las empresas cooperan, es decir, que se ponen de acuerdo para maximizar sus beneficios conjuntos de monopolio. En el segundo, se parte por el contrario de a idea de que las empresas actúan de manera independiente, es decir, no cooperativa. El análisis de los comportamientos del oligopolio fundado sobre la hipótesis no cooperativa constituye la base de la teoría del oligopolio.

De cara al bienestar, y desde una perspectiva estática, el oligopolio no logra una situación óptima, ya que el equilibrio no se alcanza en el mínimo de los costes medios a largo plazo, por lo que el precio de venta será superior al costo medio y al costo marginal.

Desde una perspectiva dinámica, debe señalarse que la investigación y las innovaciones suelen ser considerables en las industrias oligopolísticas. La investigación industrial y la experimentación son esenciales para el desarrollo de las sociedades modernas y se dan con especial intensidad en los mercados oligopolísticos.

El oligopolio tiene carácter colusivo cuando todos sus rivales, de forma explícita o tácita, establecen acuerdos que les permiten tener información sobre el comportamiento o reacción de los demás ante una decisión que se tome en el mercado.

Por otro lado, algunos tratadistas clasifican al oligopolio en dos: En primer lugar, el oligopolio puede ser uno de los pocos vendedores que producen un producto idéntico o casi idéntico. Este primer tipo de oligopolio se considera corriente en algunas industrias básicas de Estados Unidos, en las que el producto es bastante homogéneo y el tamaño de las empresas grande.

El segundo tipo de oligopolio es el caso de la industria en la que hay pocos vendedores que venden productos diferenciados. Se dice que los bienes están diferenciados cuando varían sus características o calidades valoradas. Así como en el monopolio, un oligopolio puede utilizar como variable estratégica la cantidad del producto o servicio que desea vender. En el primer caso, condiciona el precio que se puede obtener y, en el segundo caso, la cantidad que el mercado pueda absorber.

Las soluciones desarrolladas para el oligopolio toman normalmente como modelo el caso extremo del duopolio, aunque en su inmensa mayoría son generalizables para los demás mercados oligopolísticos. También se analiza el oligopolio colusivo o el cartel, y se formulan unos comentarios genéricos sobre las soluciones no colusivas. El comportamiento de las empresas de un oligopolio puede analizarse suponiendo que, ante las dificultades que se derivan de la interdependencia estratégica entre ellas, optan por llegar a un acuerdo con objeto de actuar conjuntamente como un monopolio frente a la demanda del mercado, y constituir un cartel.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

La Constitución de la República del Ecuador, promulgada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, en su artículo 1 establece que *“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. (...)”*.

En este sentido, la Norma Suprema establece en su artículo 52, que las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

De igual forma, el artículo 66 de la Constitución de la República, numerales 15, 25 y 26, garantiza el derecho a desarrollar actividades económicas conforme los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental; el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato; el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental.

Las Garantías Constitucionales de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 85 numerales 1 y 2 garantizan los derechos reconocidos por la Constitución, y

estas serán reguladas por El Estado orientándose a la realización y garantía del buen vivir y de los derechos reconocidos constitucionalmente en el marco del principio de solidaridad, consagrándose la prevalencia del interés general sobre el interés particular.

El artículo 283 de la Constitución de la República establece que el sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; además propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

Respecto de los objetivos de la política económica, el artículo 284 de la Constitución de la República establece que entre estos se encuentran *“el asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional; incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional; y, mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo”*.

De este análisis, recién en el artículo 304 numeral 6, la Carta Fundamental establece que la política comercial tendrá como objetivo evitar las prácticas

monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.

En este sentido, el artículo 334, numeral 1, de la Constitución de la República dictamina que corresponde al Estado promover el acceso equitativo a los factores de producción, evitando la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, la redistribución y supresión de privilegios o desigualdades en el acceso a ellos.

El artículo 335 de la Constitución de la República, impone al Estado las obligaciones de regular, controlar e intervenir, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas, definir una política de precios orientada a proteger la producción nacional y establecer los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio u oligopolio privado o de abuso de posición de dominio en el mercado, así como otras prácticas de competencia desleal.

Finalmente, el artículo 336 de la Carta Fundamental impone al Estado el deber de impulsar y velar por un comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, promoviendo la reducción de las distorsiones de la intermediación y promoción de su sustentabilidad, asegurando de esta manera la transparencia y eficiencia en los mercados, mediante el fomento de la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante Ley.

4.3.2. LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO.

Ante la necesidad con contar en el país con una Ley de Competencia, la cual había sido pospuesta por varios gobiernos, en el año 2011 la Asamblea Nacional promulga la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Siendo Ecuador, hasta la actualidad, el último país de Latinoamérica en implementar una norma jurídica que se encargue de controlar las prácticas anticompetitivas realizadas por los operadores económicos.

Cuadro No. 1

PAIS	PRIMERA REGULACIÓN
Argentina	1923
México	1931
Chile	1959
Brasil	1990
Colombia	1991
Perú	1991
Venezuela	1992
Costa Rica	1994
Panamá	1996
Uruguay	2000
El Salvador	2006
Honduras	2006
Nicaragua	2006
República Dominicana	2008
Ecuador	2011
Guatemala	NA
Cuba	NA
Paraguay	NA
Bolivia	NA

Elaboración: Edgar Leonardo Vivanco Maldonado

Fuente: Superintendencia de Control del Poder de Mercado

En el cuadro No.1, constan los países y los años en los cuales fueron implementadas sus primeras Leyes de Competencia. En este cuadro podemos

destacar que Ecuador es el último país de Latinoamérica en implementar este tipo de norma. Destacan también, Guatemala, Cuba, Paraguay y Bolivia como los únicos países de Latinoamérica en contar con este cuerpo legal.

4.3.2.1. OBJETO Y ÁMBITO.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece que su objeto es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.

En relación al ámbito, el artículo 2 de esta normativa establece que están sometidos a las disposiciones de esta Ley, todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

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

Esta Ley, además incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.

4.3.2.2. MERCADO RELEVANTE Y VOLÚMEN DE NEGOCIOS.

El mercado relevante comprende al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de control evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

Por otra parte, el mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de

aprovisionamiento, la autoridad de control evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.

En este sentido, *“la determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.”*²⁰

Por otra parte, el volumen de negocios comprende es la cuantía resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados uno o por varios operadores económicos, durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio.

4.3.2.3. PODER DE MERCADO.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, establece que Poder de Mercado es la capacidad que tienen los operadores económicos para

²⁰ Artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

influir significativamente en el mercado. Esta capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva.

Ahora, tienen poder de mercado u ostentan una posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, puedan actuar de modo independiente sin importarles sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.

La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en la Ley.

Por otra parte, para determinar si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante, debe considerarse, entre otros, uno o varios de los siguientes criterios:

“a. Su participación en ese mercado, de forma directa o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas, y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en

el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder.

b. La existencia de barreras a la entrada y salida, de tipo legal, contractual, económico o estratégico; y, los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores.

c. La existencia de competidores, clientes o proveedores y su respectiva capacidad de ejercer poder de mercado.

d. Las posibilidades de acceso del operador económico y sus competidores a las fuentes de insumos, información, redes de distribución, crédito o tecnología.

e. Su comportamiento reciente.

f. La disputabilidad del mercado.

g. Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios;

y,

h. El grado en que el bien o el servicio de que se trate sea sustituible, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas y el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.”²¹

²¹ Artículo 8 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

4.3.2.4. ABUSO DE PODER DE MERCADO

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece que Abuso de Poder de Mercado se produce cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

De igual forma, el artículo 9 de esta normativa orgánica determina que constituyen abuso de poder de mercado las siguientes conductas:

“1.- Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia.

2.- Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, que les permitan aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor.

3.- Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, en condiciones en que debido a la concentración de los medios de producción o comercialización, dichas conductas afecten o puedan afectar, limitar o impedir la participación de sus competidores o perjudicar a los productores directos, los consumidores y/o usuarios.

4.- La fijación de precios predatorios o explotativos.

5.- *La alteración injustificada de los niveles de producción, del mercado o del desarrollo técnico o tecnológico que afecten negativamente a los operadores económicos o a los consumidores.*

6.- *La discriminación injustificada de precios, condiciones o modalidades de fijación de precios.*

7.- *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros.*

8.- *La venta condicionada y la venta atada, injustificadas.*

9.- *La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios.*

10.- *La incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros.*

11.- *La fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios.*

12.- *El establecimiento de subsidios cruzados, injustificados, particularmente agravado cuando estos subsidios sean de carácter regresivo.*

13.- *La subordinación de actos, acuerdos o contratos a la aceptación de obligaciones, prestaciones suplementarias o condicionadas que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de los mismos.*

14.- *La negativa injustificada del acceso para otro operador económico a redes u otra infraestructura a cambio de una remuneración razonable; siempre y cuando dichas redes o infraestructura constituyan una facilidad esencial.*

15.- *La implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas.*

16.- *Los descuentos condicionados, tales como aquellos conferidos a través de la venta de tarjetas de afiliación, fidelización u otro tipo de condicionamientos, que impliquen cualquier pago para acceder a los mencionados descuentos.*

17.- *El abuso de un derecho de propiedad intelectual, según las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, convenios y tratados celebrados y ratificados por el Ecuador y en la ley que rige la materia.*

18.- *La implementación injustificada de acciones legales que tenga por resultado la restricción del acceso o de la permanencia en el mercado de competidores actuales o potenciales.*

19.- *Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.*

20.- La fijación injustificada de precios de reventa.

21.- Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;

22.- Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

23.- La imposición de condiciones injustificadas a proveedores o compradores, como el establecimiento de plazos excesivos e injustificados de pago, devolución de productos, especialmente cuando fueren perecibles, o la exigencia de contribuciones o prestaciones suplementarias de cualquier tipo que no estén relacionados con la prestación principal o relacionadas con la efectiva prestación de un servicio al proveedor.”

La prohibición prevista en este artículo se aplica también en los casos en los que el poder de mercado de uno o varios operadores económicos haya sido establecido por disposición legal.

Esta misma normativa también prohíbe el abuso de poder de mercado en situación de dependencia, el cual consiste en la explotación, por uno o varios operadores económicos, en la que puedan encontrarse sus clientes o proveedores, y que estos no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor,

además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

Este tipo de abuso consiste, en particular, en:

“1.- La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 30 días, salvo que se deba a incumplimientos graves, por parte del proveedor o comprador, de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor.

2.- Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales o cualquier otro tipo de amenaza, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas.

3.- La utilización del poder de mercado para generar o mantener la posición de dependencia económica, de uno o varios operadores, tendiente a obtener ventajas adicionales que no se conceden o concederían a compradores o proveedores similares.

4.- La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.”

Las entidades públicas encargadas de la regulación de la producción en cada

uno de los sectores productivos son los encargados de vigilar la estricta observancia de esta prohibición, especialmente en los intercambios de los pequeños y medianos productores agroalimentarios y de la economía popular y solidaria con las redes de intermediación del sector privado, y, en caso de identificar incumplimientos, tomarán las medidas correspondientes en el ámbito de su competencia, además de informar obligatoriamente a la autoridad de control para la investigación y sanción respectivas.

4.3.2.5. ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS.

Los Acuerdos y prácticas restrictivas están prohibidos, y en general, se sanciona todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.

En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas:

“1. Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.

2. *Repartir, restringir, limitar, paralizar, establecer obligaciones o controlar concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios.*
3. *El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas.*
4. *Repartir o restringir las fuentes de abastecimiento.*
5. *Restringir el desarrollo tecnológico o las inversiones.*
6. *Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.*
7. *Discriminar injustificadamente precios, condiciones o modalidades de negociación de bienes o servicios.*
8. *La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

9. Concertar con el propósito de disuadir a un operador económico de una determinada conducta, aplicarle represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado.
10. La concertación de la calidad de los productos cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales.
11. Concertar la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
12. La venta condicionada y la venta atada, injustificadas.
13. Denegarse de modo concertado e injustificado a satisfacer las demandas de compra o adquisición o las ofertas de venta y prestación de productos o servicios, o a negociar con actuales o potenciales proveedores, distribuidores, intermediarios, adquirentes o usuarios.
14. Denegar de modo injustificado la admisión de operadores económicos a una asociación, gremio o ente similar.
15. El boicot dirigido a limitar el acceso al mercado o el ejercicio de la competencia por otras empresas.
16. Suspender concertadamente y de manera vertical la provisión de un servicio monopólico en el mercado a un proveedor de bienes o servicios público o privado.
17. La fijación concertada e injustificada de precios de reventa.
18. Levantar barreras de entrada y/o salida en un mercado relevante.

19. Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.

20. Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

21. Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan dar en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos.”²²

Estos acuerdos están exentos siempre y cuando los mismos contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria autorización previa, siempre y cuando se cumplan todas las siguientes condiciones:

- a. Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas;
- b. No impongan restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y,

²² Artículo 11 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

c. No otorguen a los operadores económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

4.3.2.6. PRÁCTICAS DESLEALES.

De acuerdo a lo establecido en la Ley, se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria.

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

Se aplican las sanciones previstas en esta Ley, siempre que la práctica no esté tipificada como infracción administrativa con una sanción mayor en otra norma legal, sin perjuicio de otras medidas que se puedan tomar para prevenir o impedir que las prácticas afecten a la competencia.

De igual manera, están prohibidos y son sancionados en los términos de la

normativa vigente, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

En los asuntos que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, deben ser conocidos y resueltos por el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual –IEPI–.

Según la normativa vigente, se consideran prácticas desleales las siguientes:

“1.- Actos de confusión.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos.

En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero.

2.- Actos de engaño.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos,

servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.

3.- Actos de Imitación.- Particularmente, se considerarán prácticas desleales:

a) La imitación que infrinja o lesione un derecho de propiedad intelectual reconocido por la ley.

b) La imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando resulte idónea para generar confusión por parte de los consumidores respecto a la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. Las iniciativas empresariales imitadas podrán consistir, entre otras, en el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros de un anuncio de un tercero.

c) La imitación sistemática de las prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según sus características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquél.

4.- Actos de denigración.- Se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

Constituyen actos de denigración, entre otros:

a) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones incorrectas o falsas u omitir las verdaderas, con el objeto o que tengan por efecto, real o potencial, menoscabar el crédito en el mercado del afectado.

b) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.

c) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que, debido al tono de desprecio o ridículo, sean susceptibles de menoscabar el crédito del afectado en el mercado.

Las conductas descritas en los literales b) y c) del presente artículo se presumen impertinentes, sin admitir prueba en contrario.

5.- Actos de comparación.- Se considera desleal la comparación de la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, inclusive en publicidad comparativa, cuando dicha comparación se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables.

6.- Explotación de la reputación ajena.- Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

7.- Violación de secretos empresariales.- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que:

a) La información sea secreta en el entendido de que como conjunto o en la configuración y composición precisas de sus elementos no sea conocida en general ni fácilmente accesible a las personas integrantes de los círculos que normalmente manejan el tipo de información de que se trate;

b) La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial, por ser secreta; y,

c) En las circunstancias dadas, la persona que legalmente la tenga bajo control haya adoptado medidas razonables para mantenerla secreta.

Se considera desleal, en particular:

a) La divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, como resultado de alguna de las conductas previstas en el literal siguiente o en el numeral 8 de este artículo.

b) La adquisición de información no divulgada, cuando resultara, en particular, de:

1) el espionaje industrial o comercial;

2) el incumplimiento de una obligación contractual o legal;

3) el abuso de confianza;

4) la inducción a cometer cualquiera de los actos mencionados en los numerales 1), 2) y 3); y,

5) la adquisición por un tercero que supiera o debía saber que la adquisición implicaba uno de los actos mencionados en los numerales 1), 2), 3) y 4).

A efectos de conocer y resolver sobre la violación de secretos empresariales, se estará a las siguientes reglas:

a) Quien guarde una información no divulgada podrá transmitirla o autorizar su uso a un tercero. El usuario autorizado tendrá la obligación de no divulgarla por ningún medio, salvo pacto en contrario con quien le transmitió o autorizó el uso de dicho secreto.

b) Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a una información no divulgada, deberá abstenerse de usarla y de divulgarla, sin causa justificada, calificada por la autoridad competente, y sin consentimiento del titular, aún cuando su relación laboral, desempeño de su profesión o relación de negocios haya cesado.

c) Si como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químico-agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas productoras de químicos, se exige la presentación de datos de pruebas u otra información no divulgada cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, las autoridades protegerán esos datos u otra información contra su uso comercial desleal. Además, protegerán esos datos u otra información contra su divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público o que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra su uso comercial desleal.

d) La actividad relativa a la aprobación de comercialización de productos de cualquier naturaleza por una autoridad pública competente en ejecución de su mandato legal no implica un uso comercial desleal ni una divulgación de los datos u otra información que se le hubiesen presentado para ese efecto.

e) La información no divulgada podrá ser objeto de depósito ante un notario público en un sobre sellado y lacrado, quien notificará a la autoridad nacional competente en Propiedad Intelectual sobre su recepción. Dicho depósito no constituirá prueba contra el titular de la información no divulgada si ésta le fue sustraída, en cualquier forma, por quien realizó el depósito o dicha información le fue proporcionada por el titular bajo cualquier relación contractual.

La persecución del infractor, incurso en las violaciones de secretos empresariales señalados en los literales anteriores, se efectuará independientemente de la realización por éste de actividades comerciales o de su participación en el tráfico económico.

8.- Inducción a la infracción contractual.- Se considera desleal la interferencia por un tercero en la relación contractual que un competidor mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tenga como propósito inducir a éstos a infringir las obligaciones que han contraído. Al tenor de lo dispuesto en este párrafo, no será necesario

que la infracción se refiera a la integridad de las obligaciones contraídas mediante el contrato, sino que bastará que se vincule con algún aspecto esencial del mismo. Del mismo modo, para que se verifique la deslealtad, no será necesario que el tercero que interfiera se subroge en la relación contractual que mantenía su competidor con quien infrinja sus obligaciones contractuales.

La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

9.- Violación de normas.- Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida.

La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa.

- 10.- Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores.- Se consideran prácticas desleales, entre otras:*
- a) El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor.*
 - b) El acoso por prácticas dirigidas al desgaste del consumidor.*
 - c) Dificultar la terminación del contrato por parte del usuario final al obligarle a seguir largos y/o complicados procedimientos.*
 - d) Amenazar con acciones legales cuando no exista base para las mismas.*
 - e) La suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen los derechos de los usuarios y consumidores, conforme manda la ley.”²³*

4.3.2.7. CONCENTRACIÓN ECONÓMICA.

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

- a) La fusión entre empresas u operadores económicos.
- b) La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante.
- c) La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las

²³ Artículo 27 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma.

d) La vinculación mediante administración común.

e) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico.

Las operaciones de concentración económica que estén obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación previsto en la Ley serán examinadas, reguladas, controladas y, de ser el caso, intervenidas o sancionadas por la autoridad de control.

En caso de que una operación de concentración económica cree, modifique o refuerce el poder de mercado, la autoridad de control podrá denegar la operación de concentración o determinar medidas o condiciones para que la operación se lleve a cabo. Habiéndose concretado sin previa notificación, o mientras no se haya expedido la correspondiente autorización, la autoridad de control podrá ordenar las medidas de desconcentración, o medidas correctivas o el cese del control por un operador económico sobre otro u otros, cuando el caso lo amerite, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con los artículos 78 y 79 de la Ley.

Están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación previa establecido en la Ley, los operadores económicos involucrados en operaciones de concentración, horizontales o verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que se cumpla una de las siguientes condiciones:

- a) Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación.
- b) En el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica, y que como consecuencia de la concentración se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

En los casos en los cuales las operaciones de concentración no cumplan cualquiera de las condiciones anteriores, no se requerirá autorización por parte de la autoridad de control. Sin embargo, la autoridad puede solicitar de oficio o a petición de parte que los operadores económicos involucrados en una operación de concentración la notifiquen.

Las operaciones de concentración que requieran de autorización previa según lo establecido en la Ley, deberán ser notificadas para su examen previo, en el plazo de 8 días contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, bajo cualquiera de las modalidades descritas en el artículo 14 de la Ley.

La falta de notificación y la ejecución no autorizada de las operaciones previstas en el artículo anterior, serán sancionadas de conformidad con los artículos 78 y 79 de la Ley.

De igual forma, se encuentran exentas de la notificación obligatoria prevista en el artículo 16 las siguientes operaciones:

- a) Las adquisiciones de acciones sin derecho a voto, o de bonos, obligaciones o cualquier título convertible en acciones sin derecho a voto.
- b) Adquisiciones de empresas o de operadores económicos liquidados o aquellos que no hayan registrado actividad en el país en los últimos tres años.

En todos los casos sometidos al procedimiento de notificación previa establecido en la Ley, excepto los de carácter informativo establecidos en el segundo inciso del artículo 16 de la Ley, la autoridad, por resolución motivada, deberá decidir dentro del término de sesenta (60) días calendario de presentada la solicitud y documentación respectiva:

- a) Autorizar la operación;
- b) Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que la misma autoridad establezca; o,
- c) Denegar la autorización.

Antes de emitir la decisión correspondiente según la Ley, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- 1.- El estado de situación de la competencia en el mercado relevante;
- 2.- El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales competidores;
- 3.- La necesidad de desarrollar y/o mantener la libre competencia de los operadores económicos, en el mercado, considerada su estructura así como los actuales o potenciales competidores;
- 4.- La circunstancia de si a partir de la concentración, se generare o fortaleciere el poder de mercado o se produjere una sensible disminución, distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre competencia de los operadores económicos y/o la competencia;
- 5.- La contribución que la concentración pudiere aportar a:
 - a) La mejora de los sistemas de producción o comercialización;
 - b) El fomento del avance tecnológico o económico del país;
 - c) La competitividad de la industria nacional en el mercado internacional siempre y cuando no tenga una afectación

significativa al bienestar económico de los consumidores nacionales;

d) El bienestar de los consumidores nacionales;

e) Si tal aporte resultare suficiente para compensar determinados y específicos efectos restrictivos sobre la competencia; y,

f) La diversificación del capital social y la participación de los trabajadores.

Las concentraciones que hayan sido notificadas y autorizadas podrán ser impugnadas posteriormente en sede administrativa en base a información y documentación verificada por la autoridad, por ella misma o quien tenga interés en ello, solamente cuando dicha resolución se hubiera obtenido en base a información falsa o incompleta proporcionada por el solicitante, sin perjuicio de las acciones civiles y penales correspondientes.

4.3.2.8. AUTORIDAD DE CONTROL.

El Artículo 36 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, crea la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la cual pertenece a la Función de Transparencia y Control Social, como un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa.

Esta Superintendencia cuenta con amplias atribuciones para hacer cumplir a los operadores económicos de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria todo lo dispuesto en la Ley.

Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación.

La Autoridad de Competencia Nacional, a través de sus órganos, cuenta con amplias atribuciones, las cuales de acuerdo a lo establecido en el artículo 38 de la Ley, son las siguientes:

- “1. Realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes. Para ello podrá requerir a los particulares y autoridades públicas la documentación y colaboración que considere necesarias.*
- 2. Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley.*

3. *Determinar el volumen de negocios según lo estipulado en la presente Ley.*
4. *Celebrar audiencias con los presuntos responsables, denunciados, perjudicados, testigos y peritos, recibirles declaración y ordenar careos, para lo cual podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública.*
5. *Examinar y realizar los peritajes que estime necesarios sobre libros, documentos y demás elementos necesarios para la investigación, controlar existencias, comprobar orígenes y costos de materias primas u otros bienes, de conformidad con esta ley.*
6. *Realizar inspecciones, formular preguntas y requerir cualquier información que estime pertinente a la investigación.*
7. *Colocar precintos en aquellos lugares que estime pertinente con el objeto de precautelar la conservación de evidencia.*
8. *Aplicar las sanciones establecidas en la presente Ley.*
9. *Cuando lo considere pertinente, emitir opinión en materia de competencia respecto de leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos, sin que tales opiniones tengan efecto vinculante.*
10. *Emitir los informes requeridos y conocer de las notificaciones previas de conformidad con esta Ley.*
11. *Emitir recomendaciones de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados.*

12. *Actuar en coordinación con las dependencias competentes en la negociación de tratados, acuerdos o convenios internacionales en materia de regulación o políticas de competencia y libre competencia.*
13. *Requerir a las instituciones públicas que considere necesario, la implementación de acciones adecuadas para garantizar la plena y efectiva aplicación de la presente Ley.*
14. *Promover y formular acciones ante la Justicia; e informar y solicitar la intervención del Fiscal General del Estado, cuando el caso lo amerite.*
15. *Acceder a los lugares objeto de inspección con el consentimiento de los ocupantes o mediante orden judicial cuando se trate del domicilio de una persona natural, la que será solicitada ante el juez competente, quien deberá resolver en el plazo de 24 horas.*
16. *Suscribir convenios con gobiernos autónomos descentralizados para la habilitación de oficinas receptoras de denuncias.*
17. *Suscribir convenios con asociaciones de usuarios y consumidores para la promoción de la participación de la comunidad en el fomento de la competencia y la transparencia de los mercados.*
18. *Examinar e investigar las concentraciones económicas para confirmar su cumplimiento con la presente Ley; y, cuando sean prohibidas, dictar las medidas que legalmente correspondan.*
19. *Autorizar, denegar o condicionar las solicitudes de concentración económica de conformidad a esta Ley y su reglamento.*

20. *Atender las consultas y resolver los reclamos que se formulen respecto de operadores económicos cuya actuación pudiere atentar contra esta Ley.*

21. *Promover medidas de control tendientes a la eliminación de barreras a la libre competencia al mercado, de acuerdo con los lineamientos fijados por la ley.*

22. *Disponer la suspensión de las prácticas y conductas prohibidas por esta Ley.*

23. *Establecer y mantener un registro actualizado de los operadores económicos y su participación en los mercados.*

24. *Proponer la remoción de barreras, normativas o de hecho, de entrada a mercados, que excluyan o limiten la participación de operadores económicos.*

25. *Presentar propuestas técnicamente justificadas a los órganos competentes, para la regulación y el establecimiento de actos normativos aplicables a los distintos sectores económicos.*

26. *Apoyar y asesorar a las autoridades de la administración pública en todos los niveles de gobierno, para que en el cumplimiento de sus atribuciones, promuevan y defiendan la competencia de los operadores económicos en los diferentes mercados.*

27. *Proponer y dar seguimiento, a la simplificación de trámites administrativos con la finalidad de promover la libre competencia de los operadores económicos en igual de condiciones a los diferentes mercados.*

28. Promover el estudio y la investigación en materia de competencia y su divulgación.

29. Coordinar las acciones que fueren necesarias y suscribir convenios de cooperación con entidades públicas y privadas, a fin de promover la libre concurrencia de los operadores económicos a los diferentes mercados.

30. Elaborar y promulgar su reglamento interno; y,

31. Las demás contempladas en la ley.”

Para el ejercicio de estas atribuciones, la Superintendencia puede actuar de oficio o a petición de parte y puede requerir la documentación e información que estime pertinente en cualquier etapa procesal.

4.3.2.9. FACULTADES DE INVESTIGACIÓN.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, puede requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estime necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate.

La carga de la prueba corresponde a la Superintendencia, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado. Sin embargo, en el caso de los acuerdos y prácticas prohibidas de conformidad con el artículo 11 de la Ley, si un operador económico o persona negare, dificultare o impidiere el

acceso a información; dañare ocultare u omitiere información o entregase información falsa, fraudulenta, engañosa, falaz, fingida, artificiosa, irreal o dolosa requerida o relacionada al operador económico o persona en una investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se invertirá la carga de la prueba a dicho operador económico o persona, sin perjuicio de las demás sanciones que están establecidas en la Ley.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la potestad de acceder, revisar, archivar, procesar y utilizar cualquier dato, que de modo exclusivo corresponda a la información y documentos pertinentes al proceso administrativo, respetando el derecho constitucional a la protección de esta información, para las investigaciones, casos o resoluciones dentro de su competencia, de conformidad con la Constitución y la ley.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos internos, tienen facultades investigativas, las mismas que se deben ejercen en el marco de la Constitución, la ley y el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos. Entre ellas tenemos:

“1. Exigir que se le presenten, para su examen, todos los valores, libros, comprobantes de contabilidad, correspondencia, registros magnéticos o informáticos, incluyendo sus medios de lectura, y cualquier otro documento relacionado con la conducta investigada o con las actividades inspeccionadas, sin que se pueda aducir reserva de ninguna naturaleza.

- 2. Notificar, examinar y receptar declaración o testimonio, a través de los funcionarios que se designen para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores, dependientes y a terceros, utilizando los medios técnicos que consideren necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas, grabaciones en video u otras similares. Para ello, la declaración se efectuará con la presencia de un abogado particular o un defensor público provisto por el Estado.*
- 4. Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los establecimientos, locales o inmuebles de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, y cualquier otro documento relacionado con la conducta investigada, correspondencia comercial y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y podrá receptar las declaraciones voluntarias de las personas que en ellos se encuentren.”²⁴*

Cuando el lugar donde se realice la inspección sea el domicilio de una persona natural, se requiere autorización judicial, en los términos previstos en la ley.

²⁴ Artículo 49 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Por otra parte, ésta normativa a través de lo dispuesto en su artículo 50, establece que *“toda persona natural o jurídica, pública o privada, así como las autoridades, funcionarios y agentes de la Administración Pública están obligados, sin necesidad de requerimiento judicial alguno, a suministrar los datos, la documentación, la información verdadera, veraz y oportuna, y toda su colaboración, que requiera la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y sus servidores públicos, siempre que esto no violente los derechos ciudadanos.”*

De igual forma, las autoridades y servidores públicos están obligados a prestar su colaboración y ayuda, so pena de las sanciones previstas en la ley que regule el servicio público por el incumplimiento de sus deberes esenciales y la Ley. Para los particulares que no suministraren la información requerida, pueden ser sancionados con las multas y sanciones previstas en la Ley.

4.3.2.10. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 53 de esta normativa, el procedimiento de investigación se puede iniciar de tres formas:

1. De oficio,
2. A solicitud de otro órgano de la Administración Pública, y,
3. Por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo.

La denuncia deberá contener:

- “a) El nombre y domicilio del denunciante;*
- b) Identificación de los presuntos responsables;*
- c) Una descripción detallada de la conducta denunciada, indicando el período aproximado de su duración o inminencia;*
- d) La relación de los involucrados con la conducta denunciada;*
- e) Los datos de identificación de los involucrados conocidos por el denunciante, incluyendo entre otros sus domicilios, números de teléfono y direcciones de correo electrónico, si las tuvieran y, de ser el caso, los datos de identificación de sus representantes legales; la falta de uno o más requisitos del presente literal no invalida la denuncia;*
- f) Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados; y,*
- g) Los elementos de prueba que razonablemente tenga a su alcance el denunciante.”²⁵*

Una vez recibida la denuncia, el órgano de sustanciación (Intendencia) debe verificar que la misma reúna los requisitos establecidos en el artículo 54 de la Ley. Si la denuncia no cumple los requisitos de Ley, se otorga al denunciante el término de tres días para que la aclare o complete. Si no lo realiza dentro del término señalado, sin más trámite se puede ordenar su archivo.

²⁵ Artículo 54 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

En cambio, si la denuncia cumple los requisitos establecidos en el artículo 54 de la Ley, o si es aclarada o completada por el denunciante, en el término de tres días (3 días) el órgano de sustanciación (Intendencia) corre traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que presenten explicaciones en el término de quince (15) días.

Vencido el término señalado en el artículo 55 de la Ley, el órgano de sustanciación (Intendencia) debe pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días. Si estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en la Ley, mediante resolución motivada ordena el inicio de la investigación, señalando el plazo de duración de la misma, plazo que podrá ser ampliado si fuera necesario.

Como se la había dicho en párrafos anterior, la carga de la prueba corresponde a la Superintendencia. En este caso el órgano de sustanciación (Intendencia) ordena la apertura del término probatorio de sesenta (60) días, los cuales pueden ser prorrogables por hasta un término de treinta (30) días adicionales.

Una vez concluido el término de prueba, las partes pueden presentar alegatos en el término de diez (10) días.

El órgano de sustanciación, de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación,

puede, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas, tales como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva.

Las medidas preventivas no pueden consistir en la privación de la libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.

En igual sentido, se puede disponer, a sugerencia del órgano de investigación o a pedido de parte, la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la resolución.

4.3.2.11. MULTAS Y SANCIONES.

Son sujetos infractores a esta Ley, las personas naturales o jurídicas que incurran en las prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley.

A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de un operador económico es también imputable a los operadores o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.

Cuando se imponga una multa a una asociación, unión o agrupación de empresas u operadores económicos y ésta no sea solvente, la asociación estará obligada a recabar las contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa.

En caso de que no se aporten dichas contribuciones a la asociación dentro del término fijado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se podrá exigir el pago de la multa a cualquiera de los operadores económicos cuyos representantes sean miembros de los órganos de gobierno de la asociación de que se trate.

Las infracciones establecidas en la Ley se clasifican en leves, graves y muy graves.

1. Son infracciones leves:

“a. Haber presentado a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la notificación de la concentración económica fuera de los plazos previstos en el artículo 16.

b. No haber notificado una concentración requerida de oficio por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado según lo previsto en el artículo 16.

c. No haber cumplido con las medidas correctivas dispuestas en virtud de los artículos 73 y siguientes de esta Ley.

d. Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

e. Incurrirán en infracción leve las autoridades administrativas o cualquier otro funcionario que hubiere admitido o concedido recursos administrativos, que se formulen con el ánimo de o que tengan como resultado el impedir, restringir, falsear, o distorsionar la competencia, o retrasar o impedir la aplicación de las normas previstas en esta Ley.

f. No haberse sometido a una inspección ordenada de acuerdo con lo establecido en esta Ley.

g. Incurrirá en infracción leve quien presentare una denuncia falsa, utilizando datos o documentos falsos, con el propósito de causar daño a la competencia, sin perjuicio de las demás acciones civiles y penales que correspondan.

h. La obstrucción por cualquier medio de la labor de inspección de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.”²⁶

2. Son infracciones graves:

“a. El desarrollo de conductas colusorias en los términos previstos en el artículo 11 de esta Ley, cuando las mismas consistan en carteles u otros

²⁶ Artículo 78 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos que no sean competidores entre sí, reales o potenciales.

b. El abuso de poder de mercado tipificado en el artículo 9 que no tenga la consideración de muy grave.

c. El falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas actos desleales en los términos establecidos en el artículo 27 de esta Ley.

d. La ejecución de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; o antes de que haya sido autorizada de conformidad con lo previsto en esta Ley.

e. La utilización infundada, deliberada y reincidente de incidentes legales o judiciales, o recursos administrativos, que impidan, restrinjan, falseen, o distorsionen la competencia, o retrasen o impidan la aplicación de las normas previstas en esta Ley.

f. No haber cumplido con las medidas correctivas dispuestas en virtud de esta Ley, tratándose de abuso de poder de mercado o acuerdos y prácticas restrictivas.

g. No haber cumplido con los compromisos adquiridos de conformidad con esta Ley.

h. Suministrar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado información engañosa o falsa.”²⁷

3. Son infracciones muy graves:

“a. El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 11 de esta Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos competidores entre sí, reales o potenciales.

b. El abuso de poder de mercado tipificado en el artículo 9 de esta Ley cuando el mismo sea cometido por una o más empresas u operadores económicos que produzca efectos altamente nocivos para el mercado y los consumidores o que tengan una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos.

c. La ejecución de actos o contratos efectuados por el operador económico resultante de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; o antes de que haya sido autorizada de conformidad con lo previsto en esta ley.

d. Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, tanto en materia de

²⁷ Artículo 78 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

abuso de poder de mercado, conductas anticompetitivas y de control de concentraciones.”²⁸

Las infracciones graves y muy graves se juzgarán independientemente de que puedan constituir conductas tipificadas y sancionadas en la Ley Penal y ser objeto de la correspondiente acción por parte de la Función Judicial.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado puede imponer a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la Ley, las siguientes sanciones:

“a. Las infracciones leves con multa de hasta el 8% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

b. Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.”²⁹

²⁸ Artículo 78 de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

²⁹ Artículo 79 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

El volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas u operador económico se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros.

Además de las sanciones previstas, cuando el infractor sea una persona jurídica y haya incurrido en infracciones muy graves, se podrá imponer una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, según el grado de intervención o participación de dichos representantes o directivos en la determinación o ejecución de la práctica o conducta infractora.

Están excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.

En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refieren los literales a), b) y c) del primer inciso del artículo 79, las infracciones tipificadas en la Ley serán sancionadas en los términos siguientes:

- “1. Las infracciones leves con multa entre 50 a 2.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.*
- 2. Las infracciones graves con multa entre 2.001 a 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.*

*3. Las infracciones muy graves con multa de más de 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.*³⁰

La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá imponer las multas de manera sucesiva e ilimitadamente en caso de reincidencia. En ese caso los umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor, relativos a todas sus actividades económicas correspondientes al ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, establecidos en los literales a, b y c precedentes, no serán aplicables.

De igual manera, si la Superintendencia determinare que los beneficios obtenidos como resultado de una conducta contraria a las disposiciones de la presente Ley son superiores a los umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor, o a los montos previstos en los números 1, 2 y 3 de este artículo, sancionará al infractor con un monto idéntico al de dichos beneficios, sin perjuicio de su facultad para sancionar la reincidencia establecida en el inciso precedente

El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:

³⁰ Artículo 79 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

- a. La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.*
- b. La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables.*
- c. El alcance de la infracción.*
- d. La duración de la infracción.*
- e. El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.*
- f. Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.*
- g. Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables.”³¹*

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEY DE COMPETENCIA DE NICARAGUA Y COSTA RICA

Objeto de la Ley de Nicaragua: Legislación en materia de competencia es más completa y más generalizada porque la ley establece en su artículo 1: que el Bien Jurídico Tutelado es el Sistema Económico garantizando la eficiencia y libertad del mercado. Por lo tanto la Ley de Competencia es la encargada de promover y tutelar la libre competencia entre los agentes económicos, garantizando a su vez la eficiencia del mercado y el bienestar de los

³¹ Artículo 80 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

consumidores, mediante el fomento, prevención, prohibición y sanción de prácticas anticompetitivas.

Entonces la ley establece que se debe fomentar la educación de la Ley para que sea del conocimiento de todas las partes que interviene en el sistema económico; previniendo y prohibiendo así las prácticas anticompetitivas entre los agentes económicos y sancionando a todo aquel agente que incurra en estas prácticas.

De esta manera esta Ley de Competencia de Nicaragua entrelaza la Ley de Defensa de los consumidores con el Derecho de Competencia Desleal, protegiendo entonces a las tres partes que intervienen en el sistema económico, consumidores, agentes económicos y sistema económico. Así como también estableciendo sanciones muy importantes de una manera coercitiva para hacer cumplir esta norma jurídica en materia de competencia.

Objeto de la Ley de Costa Rica: la legislación de Costa Rica en materia de COMPETENCIA en su Artículo 1 y dentro de sus objetivos y fines habla solamente de proteger los derechos y los intereses legítimos del consumidor. Luego hace referencia a tutelar y promover el proceso de competencia y libre concurrencia mediante la prevención, prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado.

O sea en este artículo esta legislación establece solamente la protección a los consumidores y es más específica al tutelar y promover al proceso de competencia y libre concurrencia. Mediante la prevención, prohibición y restricción de prácticas monopolísticas para el buen funcionamiento y eficiencia del mercado. Sin embargo no se aplica sanciones a los agentes económicos que incurren en estas prácticas monopolísticas. De acuerdo con la Ley de Competencia de Costa Rica establece un mercado restrictivo de acuerdo al objetivo de esta ley.

Ámbito de aplicación de la Ley de Nicaragua: el ámbito de aplicación de esta Ley de Competencia es más amplio porque en su artículo 2 abarca diversos aspectos como son: cualquier acto, conducta, transacción o convenio realizado por los agentes económicos en todos los sectores de la economía nacional. Aquí por ejemplo abarca de manera general la definición de todo tipo de actos jurídicos o contratos, ya sea estos verbales o escritos, solemnes o no formales, típicos o atípicos, públicos o privados, onerosos o gratuitos; principales y accesorios; etc.

Y estableciendo la ley que estos tipos de actos o contratos se realizan por los agentes económicos en todos los sectores de la economía nacional incluso fuera del territorio nacional.

Incluyendo los efectuados fuera del país, en la medida en que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en el mercado nacional. Aquí la ley establece el Principio de Eficacia, que consiste en que no importa que se den transacciones con agentes económicos extranjeros en la medida que no produzcan estos negocios efectos negativos en la economía nacional; si no es así estos se pueden llevar a cabo. Por ejemplo varias pequeñas empresas se asocian para exportar un determinado producto y que no genere prácticas anticompetitivas en nuestro país.

Ámbito de aplicación de la Ley de Costa Rica: en esta legislación se establece en su Artículo 9, denominado Campo de Aplicación, esta normativa de una manera incompleta, puesto que señala que el ámbito de aplicación de esta ley es para todos los agentes económicos. Haciendo omisión del territorio nacional o internacional.

Excepciones en la Ley de Nicaragua: según el Artículo 4 se exceptúan de la aplicación de estas disposiciones de esta ley:

a) *“El ejercicio de los derechos de propiedad intelectual que las leyes reconozcan a sus titulares, siempre y cuando no incurran en prácticas anticompetitivas”.*

Aquí esta legislación establece claramente que no son tutelados los derechos que protegen a los titulares de los derechos de Propiedad Intelectual como son Derechos de Autor y Derechos Conexos; como lo son todos los autores, autores anónimos, artistas, intérpretes o ejecutantes, productores fonográficos,

productores de obra original y productores videográficos, y los autores de obras literarias, artesanal, artísticas o científicas; porque todos estos están bajo la tutela de la Ley No. 312 "Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos". Mientras no incurran en prácticas anticompetitivas.

b) *"Las actividades entre agentes económicos que tengan por objeto lograr mayor eficiencia en la actividad productiva o de comercialización, así como la armonización de estándares técnicos y de calidad de productos, adopción de marcas colectivas y cooperación en materia de desarrollo tecnológico, o medio ambiental, siempre y cuando no incurra alguna conducta prohibida por la ley".*

Todo esto es con el objetivo de hacer un desarrollo económico del país mediante un mercado libre y un sistema económico adecuado sin importar las asociaciones que se hagan entre cada agente económico, como por ejemplo: cuando se asocian dos o más agentes económicos (panaderos) con el objetivo de comprar los insumos a un precio más barato (harina) y poder reducir sus costos de operaciones y mejorar la producción para obtener mayor ganancia. Así como también dos o más agentes económicos se asociación para mejorar la tecnología de sus empresas y lograr mayores exportaciones de los productos que producen.

c) *"Las prestaciones o beneficios que los empleadores otorguen a sus trabajadores, cuando sean resultado de acuerdo o negociación colectiva."*

Aquí podemos poner de ejemplo los distintos comisariatos de las empresas públicas del Estado que de acuerdo a convenios colectivos entre el Empleador

y los trabajadores otorgan beneficios de compras de productos a bajos precios como por ejemplo productos de la canasta básica. Entonces decimos que la Ley de Competencia no aplica a las transacciones comerciales que se derivan de los diferentes comisariatos ya que son beneficios que otorgan las empresas por medio de acuerdos colectivos a los trabajadores.

d) *“Los acuerdos y convenios comerciales entre agentes económicos que tengan por objeto la promoción de exportaciones y que sean compatibles con la OMC, Acuerdos Internacionales que no causen efecto anticompetitivos en el mercado nacional.”*

Por ejemplo aquí podemos decir que las pequeñas empresas o Pymes que se asocian con el objetivo de exportar productos en común. En Nicaragua existe una ONG llamada “Oportunity” en Granada encargada de recolectar productos como la Yuca de pequeños productores a las orillas de la falda del Mombacho, con el objetivo de venderlos a un mejor precio en el exterior, ósea exportarla la Yuca y venderla a Estados Unidos de Norteamérica. Este ejemplo nos refleja cómo se pueden asociar los pequeños productores de nuestro país para exportar productos en común y en beneficio de los asociados vendiendo el producto a un mejor precio que si lo vendieran individualmente por las cantidades demandadas y que no tenga efectos negativos o prácticas anticompetitivas en el mercado nacional. Aquí se establece el “principio de los efectos” es decir cuando los efectos no se hacen sentir en el mercado local, obteniendo mejor beneficio a precios más bajos.

Entonces analizando este caso decimos que esta Ley de Competencia se exceptúa en este ámbito de aplicación cuando uno o más productores o agentes económicos se asocian para exportar un producto el cual se comprara a un mejor precio en el extranjero. Beneficiando así a los pequeños productores, y nuestra legislación en sus principios constitucionales protege o garantiza la protección a los pequeños productores no aplicándose estas disposiciones sobre la materia de Competencia.

e) *“Las acciones promovidas por el Estado con el objetivo de garantizar la salud y la seguridad alimentaria y nutricional de la población nicaragüense”.*

Aquí nuestra legislación en materia de competencia establece que no se aplica cuando el Estado interviene como es el caso de los productos farmacéuticos para determinar los precios de estos productos por parte del MIFIC. Como lo establece el Reglamento de la Ley de Consumidores en su artículo 38. Somos el país centroamericano con los precios más bajos de los productos farmacéuticos a nivel de la región.

La legislación nicaragüense en materia de competencia debería de establecerse como excepción los servicios públicos (agua, energía eléctrica y telecomunicaciones) que están regulados por sus leyes en la materia y la Ley de Defensa de los Consumidores, (Ley 182). Además estos tienen entes reguladores por parte del estado que regulan estas leyes de la materia.

Excepciones en la Ley de Costa Rica: según el artículo 9 de la Ley de Competencia de este país establece que el campo de aplicación de esta ley se exceptúan:

a) *“Los agentes prestadores de servicios públicos en virtud de una concesión, en los términos que señalen las leyes para celebrar las actividades necesarias para prestar esos servicios de acuerdo con las limitaciones establecidas en la concesión y en regulaciones especiales”;*

b) *“Los Monopolios del Estado creados por Ley, mientras subsistan por leyes especiales en aéreas como: seguros, deposito bancarios en cuenta corriente, o a la vista, destilación de alcohol, y comercialización para consumo interno, distribución de combustible y todos los servicios públicos (teléfono, telecomunicaciones, energía eléctrica y agua).”*

Aquí esta ley establece que todas las concesiones emitidas por el estado a favor de los agentes prestadores de servicios públicos y los monopolios creados por el estado; están exentas de manera expresa por esta ley debido a que ambas están reguladas por las leyes especiales. A diferencia de nuestra legislación que no establece como excepción los servicios públicos.

Órgano de Aplicación en la Ley de Nicaragua: según el arto 5 de la Ley de Competencia Nicaragüense, en esta materia crea al Instituto Nacional de Promoción de la Competencia “PROCOMPETENCIA” el cual es una institución

de Derecho Público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestaria.

Este es un órgano del estado por eso es público, nacional y autónomo que es el encargado de hacer cumplir esta Ley de Competencia y su Reglamento no depende de ningún órgano del estado. Funciona por medio de una partida presupuestaria del presupuesto nacional.

Tiene su propio patrimonio que consiste en: recursos estatales, partida presupuestaria, Bienes muebles e inmuebles, recursos de la cooperación internacional, legados y donaciones excepto los provenientes de los agentes económicos regulados por esta ley.

Consejo Directivo: según el artículo 7 de la Ley de Competencia, este consejo es la máxima autoridad de PROCOMPETENCIA y está compuesto por su Presidente y dos Directores, con sus respectivos suplentes; los cuales serán nombrados por el Presidente de la República y ratificados por la Asamblea Nacional. Por medio de una terna entre el COSEP, CONIMIPYME y el MIFIC. Y este consejo deberá tener al menos un Economista y un Abogado.

Cabe señalar que en la práctica no sucede así, porque existe una reforma en este artículo 7 donde establece que ahora el consejo directivo estará formado por cuatro directivos, en vez de ser tres. El Presidente tiene doble voto lo cual

consideramos que será un voto parcializado puesto que favorecerá siempre a la institución que represente.

Esta legislación en materia de competencia de acuerdo al artículo 12, señala expresamente los casos por los cuales los miembros del consejo directivo y el personal a cargo deberán excusarse de aquellos asuntos entre agentes económicos con los que puedan obtener un beneficio directo o indirecto, estableciendo así causas de implicancias o recusación. A diferencia de la legislación de Costa Rica que carece de esta normativa.

Además estos miembros de PROCOMPETENCIA son nombrados por el Presidente de la República y ratificado por la Asamblea Nacional a diferencia de Costa Rica que es nombrado por el Poder Ejecutivo.

Atribuciones: según el artículo 13 y 14 de la Ley de Competencia establece que el Consejo Directivo de PROCOMPETENCIA tiene las siguientes atribuciones: promover la cultura de la competencia, resolver los casos relacionados a la ley, conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución dictada sobre el recurso de revisión emitido por el Presidente y además resolver los recursos de revisión contra sus propias resoluciones; tienen la capacidad para investigar e informar a los Entes reguladores sobre las prácticas anticompetitivas; informar y solicitar la intervención del procurador general de la República cuando se amerite;

aprobar la estructura organizativa y la base normativa de Procompetencia y aprobar el presupuesto anual y remitirlo al MHCP.

Ahora la Ley establece que el Presidente de PROCOMPETENCIA tiene las siguientes atribuciones: representación legal, conocer de oficio o denuncia los actos anticompetitivos en el mercado por los agentes económicos ordenando las investigaciones correspondientes, admitir o desestimar dichas denuncias, solicitar a la autoridad judicial medidas preventivas, dictar resoluciones e imponer sanciones, ordenar la desconcentración parcial o total de los agentes económicos, conocer los recursos de revisión, representar al país a nivel nacional e internacional en esta materia, administrar las operaciones del instituto, otorgar poderes, administrar los recursos financieros y el patrimonio, convocar a las sesiones del consejo directivo, investigar posibles violaciones a la ley nacional e internacionalmente, establecer convenios de cooperación con otras instituciones análogas, nombrar y remover al personal administrativo, informe anual a la asamblea nacional y proponer los mecanismos de coordinación con los entes reguladores para prevenir y combatir prácticas anticompetitivas.

Órgano de Aplicación en la Ley de Costa Rica: la Ley de Competencia establece en su artículo 18, que el órgano encargado de aplicar esta ley es la COMISION para promover la competencia, como máxima concentración, estará adscrita al Ministerio de Economía, Industria y Comercia; el cual se

encargara de conocer de oficio o por denuncia y sancionar cuando procedan todas las practicas que impidan la libre competencia y fluidez del mercado.

De acuerdo al Artículo 19 la comisión está compuesta por cinco miembros propietarios y cinco suplentes, nombrado por el Poder Ejecutivo a propuesta del Ministro de Economía Industria y Comercio. El presidente de la comisión dura en su cargo dos años, y los demás miembros cuatro años.

Aquí en esta legislación existe un solo órgano encargado de aplicar la Ley de Competencia, que es nombrado por el Poder Ejecutivo y está adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Comercio; a diferencia de la legislación Nicaragüense son dos los órganos; Procompetencia y el Consejo Técnico que aplican la Ley de Competencia en Nicaragua. Y para proponer los nombramientos de sus miembros no interviene la Empresa privada como en efecto lo establece en nuestra legislación nicaragüense. No hay causas de recusación en esta legislación de Costa Rica en la Ley de Competencia para resolver estas causas de recusación se remite al Código Civil.

Atribuciones: de acuerdo al arto 24 de la Ley de Competencia de Costa Rica, la comisión tiene las siguientes potestades: racionalizar procedimientos y trámites, y eliminar los innecesarios; y en caso de incumplimiento el presidente debe imponer las sanciones administrativas a los funcionarios que cometan faltas graves en el desempeño de sus funciones; recomendar a la

administración públicas la regulación de precios y el establecimientos de restricciones, investigar la existencia de monopolios carteles, practicas o concentraciones prohibidas y evitar monopolios, carteles y prácticas ilícitas.

Aquí existe una gran diferencia con nuestra legislación según el artículo 24 inciso f, párrafo segundo, establece que a esta COMISION no le compete conocer de los actos de competencia desleal ya que estos casos son del conocimiento exclusivo de los órganos jurisdiccionales competentes.

Prácticas Anticompetitivas Ley de Nicaragua: según el artículo 17, establece que se prohíben actos, conductas, acuerdos, pactos, convenios, contratos entre agentes económicos competidores y no competidores; sean estos expresos o tácitos, escritos o verbales, cuyo objeto sea limitar o restringir la Competencia; o impedir el acceso o eliminar del mercado a cualquier agente económico.

Practicas Agentes Económicos Competidores: según el artículo 18 de la Ley de Competencia establece queda prohibida las practicas entre agentes económicos competidores cuando incurran en lo siguiente: establezcan acuerdos para fijar, elevar, concertar o manipular el precio; o la manipulación de compra y venta de bienes o servicios en el mercado; cuando se dividen o distribuyan el mercado territorialmente; cuando celebren acuerdos para eliminar otras empresas del mercado y limitar su acceso; cuando fijen o limiten

cantidades de producción, estableciendo la obligación de no producir, procesar, distribuir y comercializar una cantidad restringida o limitada de bienes o servicios; y establezcan acuerdos fijando, absteniendo o limitando los precios en subasta.

Hace referencia a los acuerdos Horizontales o denominados Acuerdos Colusorios que se realizan entre los competidores homólogos, por ejemplo Proveedor con Proveedor; Productor con Productor; Fabricante con Fabricante; Mayoristas con Mayoristas; Agente con Agente; y Minorista con Minorista; Comisionista con Comisionistas; y que se ponen de acuerdo para limitar o restringir la Competencia entre los Agentes Económicos.

Prácticas entre Agentes Económicos no Competidores:

Aquí la ley establece prácticas anticompetitivas que los agentes económicas puedan realizar en el libre mercado, haciendo uso de acuerdos verticales que se dan de manera descendente en la cadena de producción desde el Proveedor del bien o servicio hasta el detallista o minorista, acordando todas las prohibiciones exigidas por la ley en el párrafo anterior.

4.4.2. CONCLUSIÓN.

A manera de conclusión tenemos que la Ley de Competencia de Costa Rica tiene inserto la Ley de Protección al Consumidor en la misma Ley de

Competencia, no hay una legislación a parte en otro documento por la que la misma ley protege a ambos, a los consumidores y Agentes Económicos.

De manera general de las prácticas anticompetitivas la legislación Nicaragüense establece lo que es a nivel nacional una práctica anticompetitiva, esta va diseñada a resguardar a los empresarios, productores o distribuidores cuando sus derechos se vean vulnerados por otro que aprovechándose de información clasificada, de datos erróneos, publicidad engañoso o denigrando a la marca o empresa misma consiga lucro en su negocio. En este caso serán sancionados según el código penal, cabe mencionar que el reglamento de la ley de competencia solamente establece la definición de cómo se clasificara o de que es lo que se concebirá como práctica desleal mas no sanciones a la misma. En la legislación de Costa Rica, se encuentra también regulado lo relacionado a las prácticas desleales o anticompetitivas, pero de manera difusa y superficial, de manera tal que puede prestarse a la confusión entre derecho de competencia y derechos de consumidor, en esta ley se establecen solamente dos modalidades que son las prácticas monopolísticas, y en su mejor caso lo que el legislador costarricense hizo, fue una tasación de las actividades genéricas que se consideran crean daños. A nuestro parecer, la legislación nicaragüense hace un abordaje más específico y preventivo, señalando de manera clara mediante definición y no solo enumeración de las actividades que pueden desencadenar una competencia desleal.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1 MATERIALES UTILIZADOS

Textos	\$400,00
Internet	\$50.00
Fotocopias	\$100,00
Papel Bond	\$100,00
Reproducción de ejemplares	\$300,00
Movilización	\$300,00
Imprevistos	\$300,00
TOTAL:	\$1550,00

5.2 MÉTODOS

En el presente proceso de investigación socio-jurídico del problema, se aplicó el método científico, entendido como un camino a seguir para encontrar la verdad sobre una problemática determinada donde se utilizó el método científico hipotético-deductivo partiendo de la hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales se procederá al análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática de la investigación.

El método científico aplicado a las ciencias jurídicas implica que determinemos el tipo de investigación que queremos realizar en el presente caso me propongo realizar una investigación socio-jurídica que se concreta a una

investigación del derecho tanto en sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico.

El materialista histórico y el analítico, estos métodos me permitieron primero conocer la realidad del problema a investigar desde lo particular hacia lo general en algunos casos y en otros de lo general a lo particular; en tanto que el método histórico nos permitirá conocer el pasado del problema sobre su origen y evolución hasta lo que constituye en los actuales momentos; y, finalmente el método analítico nos permitirá enfocar el problema desde el punto de vista social jurídico.

5.3 PROCEDIMIENTO Y TÉCNICAS

Para la realización de la investigación propuesta la información se la recogerá en el mismo lugar de los hechos, es decir los juzgados de tránsito, dentro de la que se utilizara como instrumentos de trabajo, los formularios para: encuesta y observación directa.

La encuesta es la técnica más utilizada para recuperar información, especialmente en las investigaciones que se realizan en ciencias sociales. A través de ella, pudimos conocer la magnitud de los problemas para proponer soluciones; se hizo efectiva por medio de los CUESTIONARIOS, que fueron elaborados de acuerdo a los INDICADORES.

Así mismo aplicaré el método estadístico para obtener los resultados de la investigación de campo mismos que serán representados en cuadros de porcentajes y en gráficos para su análisis cuantitativo y cualitativo que servirán para poder establecer conclusiones y recomendaciones y dar una propuesta de reforma a la problemática planteada.

6. RESULTADOS

6.1 RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS

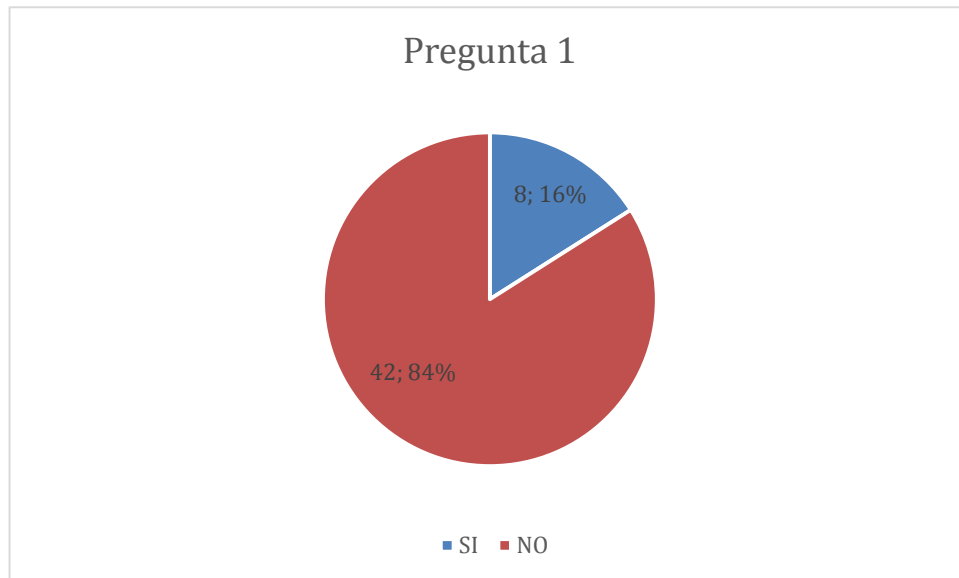
La presente investigación jurídica se remite a conocer el criterio de la ciudadanía de la ciudad de Loja con la finalidad de saber si conocen del tema.

En este sentido se consideró a 50 personas que transitaban por las calles de la ciudad de Loja el día lunes 25 de agosto de 2014, a partir de las 14h30.

1.- Conoce Usted ¿Qué es una Ley de Competencia. ?

SI

NO



Análisis.

Del total de personas encuestadas, el 84% (42 personas) no conocen lo que es una Ley de Competencia. El 16% de encuestados (8 personas) si conocen de lo que trata este tipo de normativa.

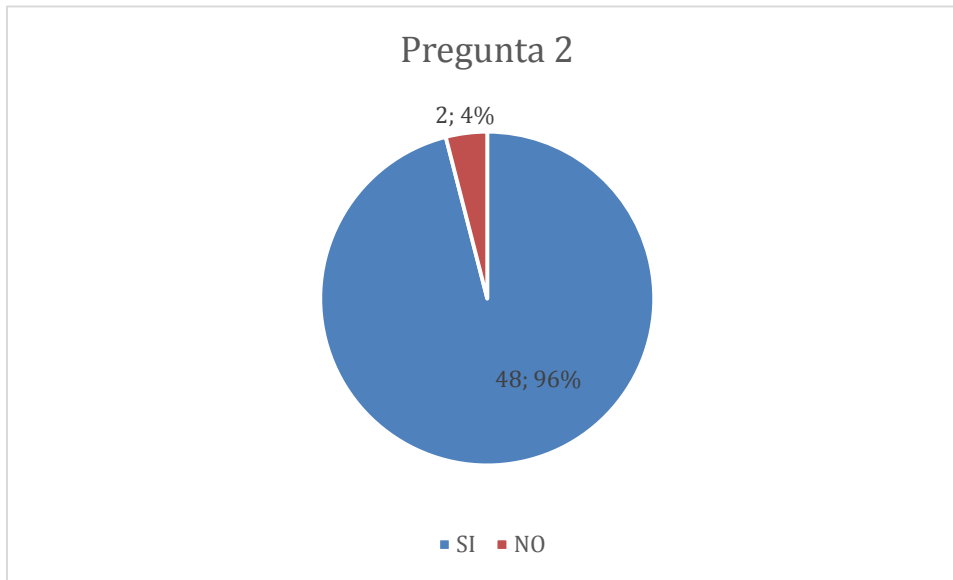
Interpretación.

Del 100% de la ciudadanía encuestada, la mayoría de ellos no sabe lo que es una Ley de Competencia.

2.- Sabe Usted si en Ecuador está vigente alguna normativa de competencia.

SI

NO



Análisis.

Del total de personas encuestadas, el 96% (48 personas) no saben que en el país está vigente una Ley de Competencia. Únicamente el 4% de encuestados (4 personas) saben que en Ecuador está vigente este tipo de normativa.

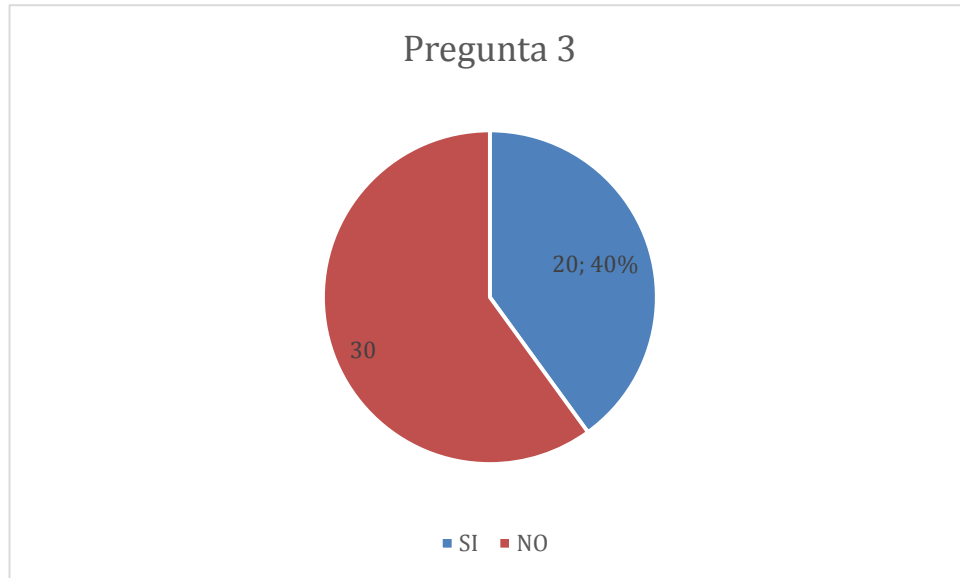
Interpretación.

Del 100% de ciudadanos encuestados, la mayoría de la ciudadanía desconoce que en el Ecuador está vigente una Ley de Competencia.

3.- Sabe Usted ¿Qué es un Monopolio. ?

SI

NO



Análisis.

Del total de personas encuestadas, el 60% (30 personas) no saben lo que es un monopolio. El 40% de encuestados (20 personas) saben lo que es un Monopolio.

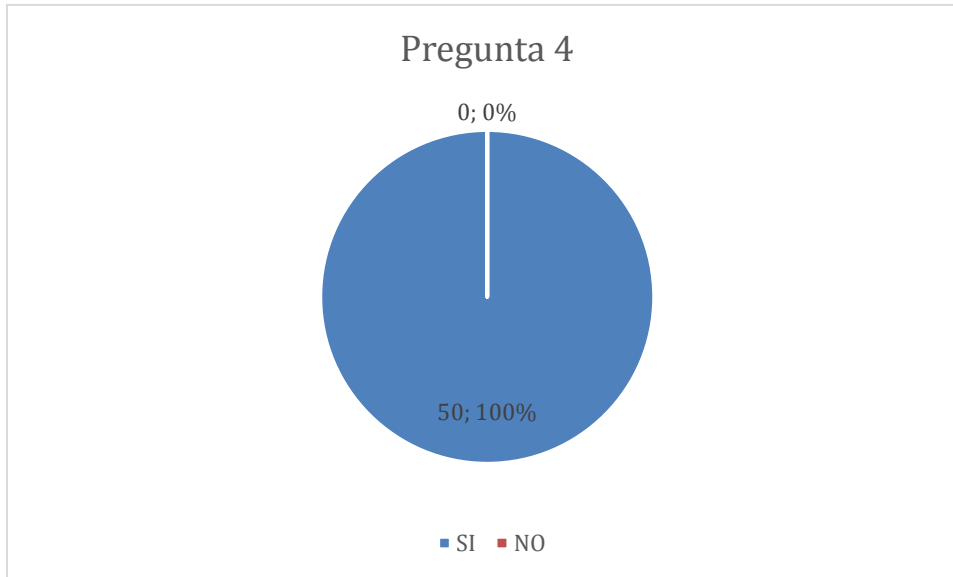
Interpretación.

Del 100% de ciudadanos consultados, la mayoría de la ciudadanía desconoce el término Monopolio y lo que es.

4.- Usted considera malo que en el país exista un Monopolio.

SI

NO



Análisis.

Del total de personas encuestadas, el 100% (50 personas) consideran que el Monopolio es malo para el país.

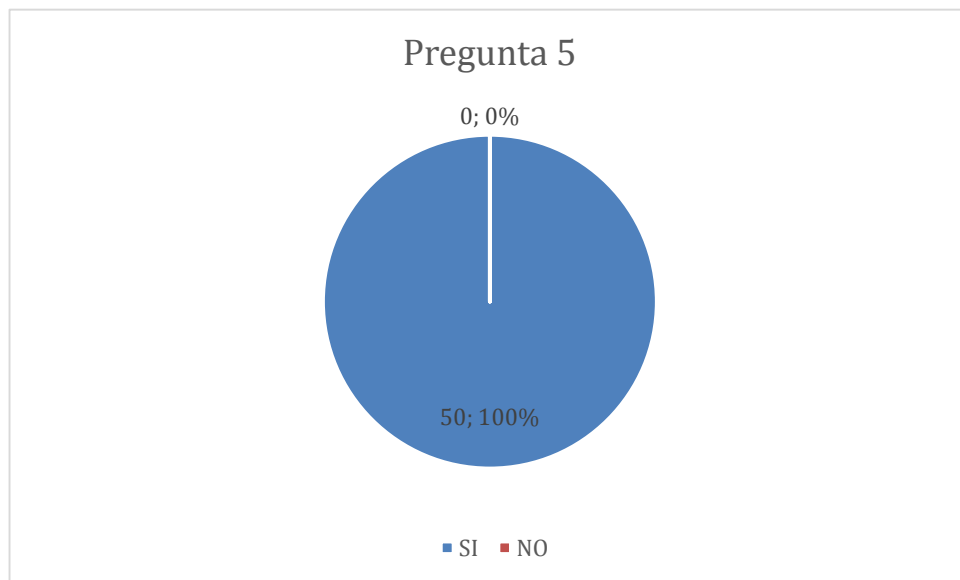
Interpretación.

El 100% de la población consultada considera malo el Monopolio, sin percatarse que la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado no sanciona el Monopolio, ya que este puede darse cuando una empresa u operador económico es muy eficiente, y por lo tanto, gracias a su eficacia ha sido en único en consolidarse en ese segmento del mercado.

5.- Usted considera que existe Monopolio en el transporte aéreo en la ciudad de Loja.

SI

NO



Análisis.

Del total de personas encuestadas, el 100% (50 personas) consideran que en la ciudad de Loja existe Monopolio en el transporte aéreo.

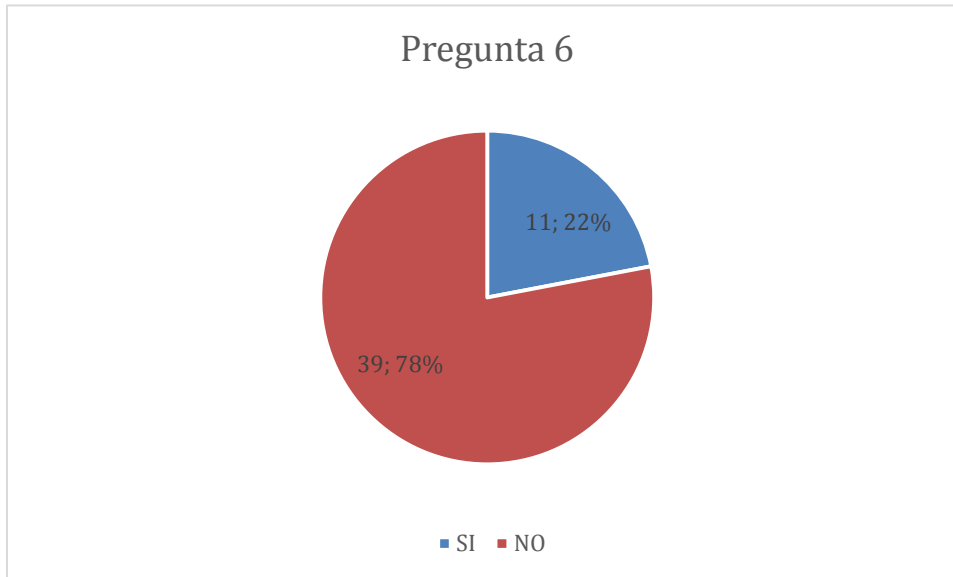
Interpretación.

De 100% de ciudadanía encuestada, la totalidad de personas encuestadas consideran que el transporte aéreo desde y hacia la ciudad de Loja esta monopolizado.

6.- Sabe Usted ¿Qué es una práctica anticompetitiva. ?

SI

NO



Análisis.

Del total de personas encuestadas, el 78% (39 personas) no saben lo que es una práctica anticompetitiva. Únicamente el 22% (11 personas) tienen una noción de lo que significa el término.

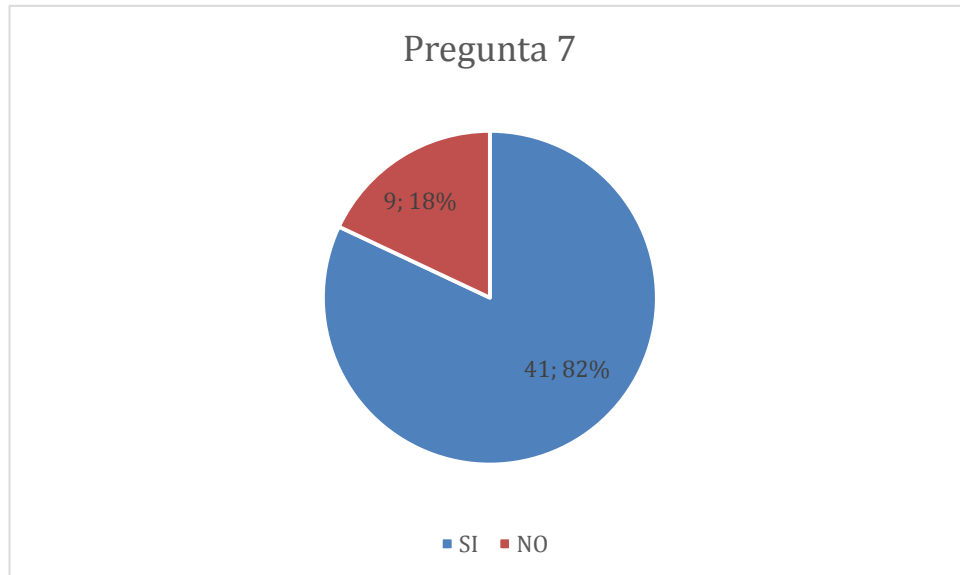
Interpretación.

Del 100% de ciudadanos consultados, en la mayoría de ellos existe un desconocimiento de lo que es una práctica anticompetitiva.

7.- Ha adquirido Usted un producto natural, de belleza o de consumo, esperando que el mismo le solucione el problema tal y como lo ofrecen en la televisión.

SI

NO



Análisis.

Del total de personas encuestadas, el 82% (41 personas) ha adquirido en alguna ocasión algún producto de natural, de belleza o de consumo, los cuales han sido publicitados en televisión. El 18% (9 personas) no han adquirido este tipo de productos.

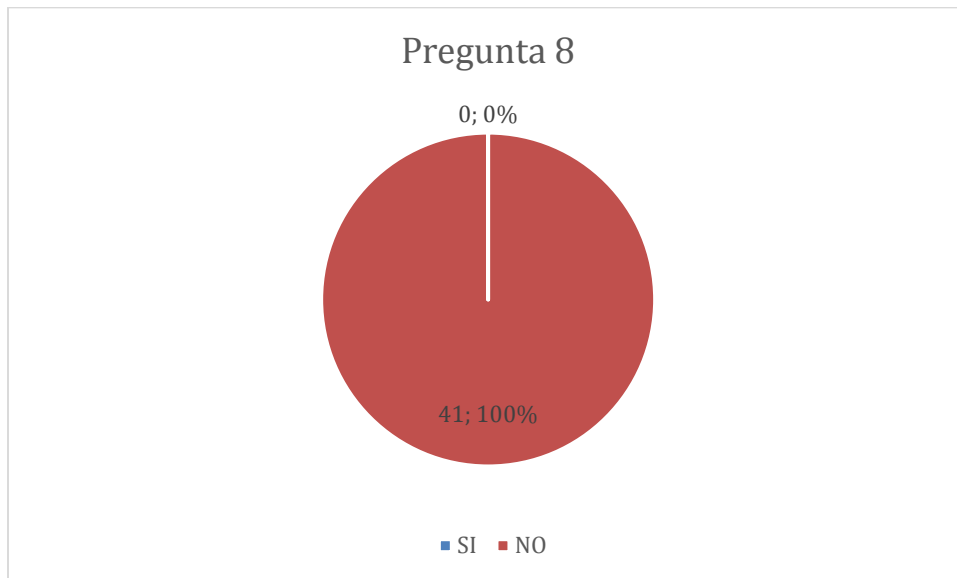
Interpretación.

Del 100% de ciudadanos consultados, la mayoría de las personas encuestadas adquiere productos ofertados en televisión.

8.- Una vez adquirido este producto, el resultado fue el mismo que el publicitado en televisión.

SI

NO



Análisis.

Del total de personas que respondieron afirmativamente la pregunta 7 (41 personas), el 100% (41 personas) que ha adquirido en alguna ocasión algún producto de natural, de belleza o de consumo, publicitados en televisión., manifiesta que el producto no cumplió con el resultado ofertado en televisión.

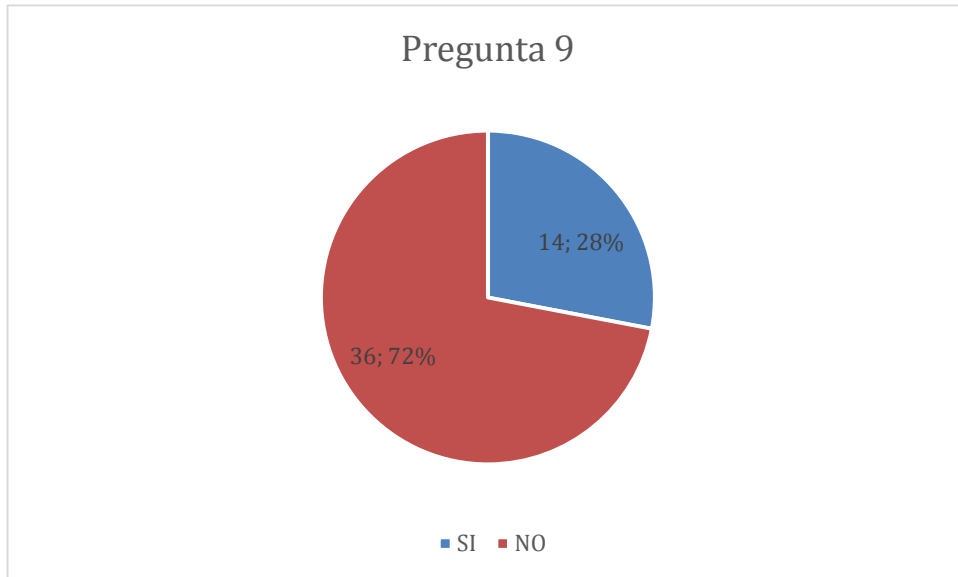
Interpretación.

Del 100% de población que respondió afirmativamente en la pregunta anterior, la mayoría de las personas encuestadas han sido engañadas respecto de las cualidades o beneficios del producto adquirido.

9.- Sabe Usted ante que Autoridad puede denunciar este tipo de engaños.

SI

NO



Análisis.

Del total de personas encuestadas, el 72% (36 personas) manifiesta que no sabe ante qué organismo puede denunciar este tipo de engaños. El restante 28% (14 personas) manifiestan que saben ante autoridad poner una denuncia.

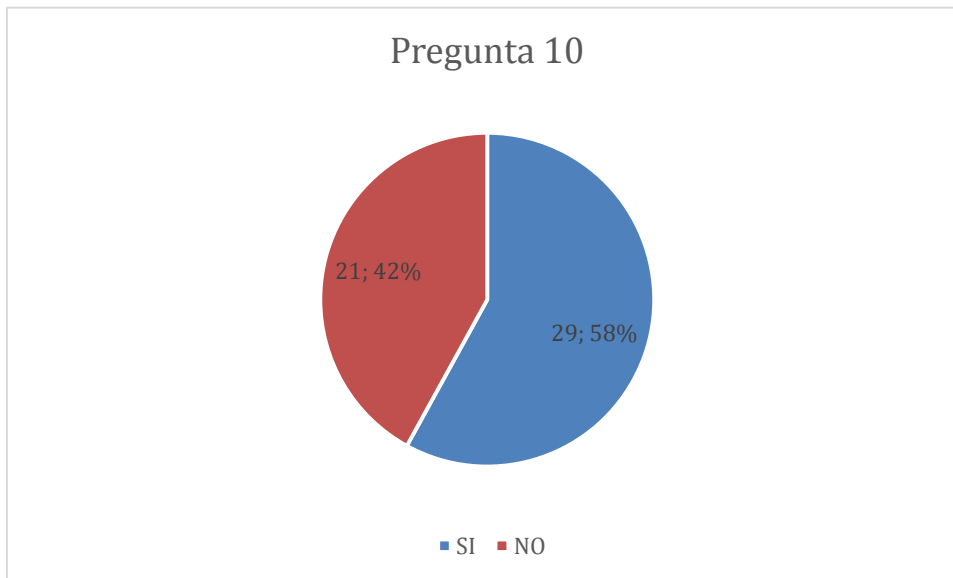
Interpretación.

Del 100% de ciudadanos consultados se desprende, que son muy pocas las personas que saben ante que Autoridad deben acercarse para poner una denuncia cuando han sido víctimas de algún tipo de engaño comercial.

10.- Sabía Usted que la Constitución de la República garantiza el acceso a bienes y servicios de calidad.

SI

NO



Análisis.

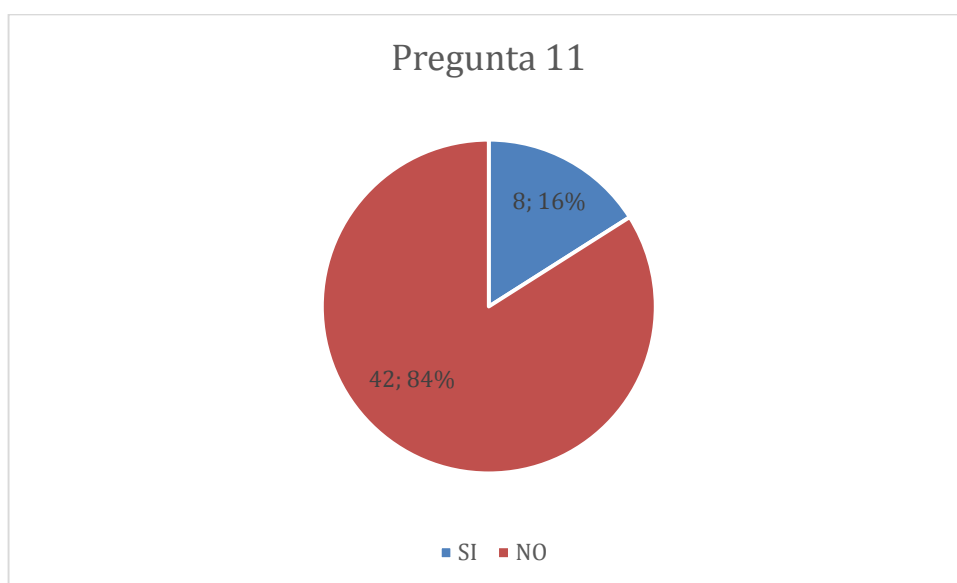
Del total de personas encuestadas, el 58% (29 personas) manifiesta saben que la Constitución garantiza el acceso a bienes o servicio de calidad. Por otra parte, el 42% (21 personas) manifiestan que saben que la Norma Suprema del Ecuador garantiza este el acceso de calidad a bienes y servicios.

Interpretación.

Del 100% de personas encuestadas, un gran número de personas desconocen lo que la Constitución de la República garantiza a los ecuatorianos.

11.- Sabe Usted lo que hace la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

SI NO



Análisis.

Del total de personas encuestadas, el 84% (42 personas) manifiestan no saber qué es lo que hace la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Sin embargo, el 16% (8 personas) manifiestan que saben que hace esta Institución.

Interpretación.

Del 100% de ciudadanos encuestados, muy pocos conocen el accionar de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. En este sentido, esta institución debe reforzar sus métodos de acercamiento a la colectividad con la finalidad de que la colectividad se entere acerca de su trabajo y su campo de acción.

7. DISCUSIÓN

7.1. COMPROBACIÓN DE OBJETIVOS

Una vez que ha finalizado el trabajo académico propuesto, puede señalarse que se ha verificado el cumplimiento de los objetivos.

Para ello es necesario indicar que los objetivos formulados en primer término, fueron los siguientes:

Objetivo General:

Realizar un análisis pormenorizado sobre lo que comprende el Derecho de la Competencia, y a su vez, analizar la normativa Ecuatoriana referente al control de los mercados.

En este trabajo de tesis se ha realizado un análisis pormenorizado y al detalle respecto del Derecho de la Competencia. Este análisis ha comprendido la revisión de los orígenes así como cada una de sus particularidades al momento de ser aplicado en Estado Unidos y en la Comunidad Europea.

De igual forma, en este trabajo se ha analizado la Ley de Competencia ecuatoriana, denominada Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la cual es la norma orgánica que controla el comportamiento de los operadores económicos, sean públicos y privados, en el mercado.

Objetivos específicos:

Analizar todas conductas que constituyen una infracción a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Analizar los rangos de las multas establecidas para los operadores económicos que infrinjan lo establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Respecto del análisis de los objetivos específicos, en este trabajo de investigación se ha analizado todas las conductas que constituyen infracción a la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado. Así como también, se han analizado los rangos de las multas que contempla la Ley para sus infractores.

7.2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

La Constitución de la República en su artículo 424 establece que la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. De igual forma, la norma suprema en su artículo 425 establece que: *“El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos*

y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. (...)”.

La Constitución de la República en su artículo 304, numeral 6, establece que la política comercial tiene como objetivo evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.

En este mismo sentido, la misma Constitución dictamina que corresponde al Estado promover el acceso equitativo a los factores de producción, evitando la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, la redistribución y supresión de privilegios o desigualdades en el acceso a ellos.

Por otra parte, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en su Capítulo III denominado “*Acción del Estado y Ayudas Públicas*”, sección 1 “*Acción del Estado*”, artículo 28, establece que: “*Será admisible el establecimiento de restricciones a la competencia mediante resolución motivada de la Junta de Regulación, por razones de interés público, en cualquier sector de la economía nacional, en los siguientes casos:*

1. *Para el desarrollo de un monopolio estatal en favor del interés público;*
(...):”

Por tal razón, el numeral 1 del artículo 28 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se contrapone jurídicamente a lo estipulado en la Constitución de la República, ya que ésta determina en el numeral 6 del artículo 304, que la política comercial tiene como objetivo evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas.

8. CONCLUSIONES

1. La libertad es el bien máspreciado de los hombres, la libertad económica por la que se desarrollan los pueblos nos permite ser día a día sujetos de numerosas conductas contrarias a la competencia que pueden perjudicar el desarrollo económico.
2. Una forma típica de definir en el mundo jurídico el alcance de las personas es, “Mi derecho termina donde comienza el del otro”. Ahora bien, si esto se aplica en la vida cotidiana, nuestros mercados han sido víctimas de en múltiples ocasiones de violaciones y arbitrariedades.
3. Aquellos que han dominado el mercado nos han obligado a consumir, lo que se oferta al precio que se imponga, creando además barreras de toda índole a fin de evitar que potenciales competidores ingresen al mercado.
4. Nuestra estructura de mercado es evidentemente monopólica y oligopólica.
5. La importancia de contar con una legislación de defensa de la competencia en Ecuador el relevante, durante esta investigación se ha demostrado que nuestro país por las características con las que cuenta, necesita que El Estado dote de leyes que le sean útiles a fin de proteger

a la sociedad y regular el comportamiento de los individuos dentro de un mercado.

6. Las ventajas de contar en el Ecuador con una normativa que trate esta materia brinda a los operadores económicos la oportunidad de participar en el mercado en mejores e iguales condiciones.
7. El Estado debe ser un ente orientador, guía y regulador en materia de competencia en los mercados, debiendo intervenir únicamente cuando la competencia sea infringida o cuando el derecho de un operador económico sea vulnerado.
8. Hay que tener en cuenta y saber diferenciar entre derecho de la competencia y derecho del consumidor. El derecho de la competencia busca eficiencia económica en los mercados; y, el derecho del consumidor, busca la protección de éste.

9. RECOMENDACIONES

1. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado ha emitido recomendaciones con la finalidad de que los operadores económicos públicos y privados tomen en cuenta los estudios realizados por esta Autoridad y así no existan afectaciones en los mercados.
2. Se debe realizar una distinción real entre las actividades ilegales en relación con las asociaciones directas del negocio y las que se ejercen por sus miembros, cubiertos por la asociación sin su conocimiento.
3. Se deben elaborar códigos de conducta para los sectores más sensibles de la economía, especialmente para aquellos pertenecen a la Economía Popular y Solidaria.
4. Se debe realizar una reforma a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en el sentido de que el artículo 28, numeral 1, establece que se puede ser admisible el desarrollo de un monopolio estatal en favor del interés público, lo cual se contrapone con lo establecido en la Constitución de la República.
5. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado debe reforzar sus campañas de acercamiento a la ciudadanía con la finalidad de que la colectividad se entere sobre su campo de acción.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

PROPUESTA DEL ANTEPROYECTO DE LEY REFORMATORIA A LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO.

Que, el sistema jurídico de un país debe ser un reflejo de su realidad, con sus usos, costumbres, principios y valores;

Que, uno de los aspectos cuestionados en lo que respecta a la regulación y control de mercados es que la Constitución de la República prohíbe las prácticas monopólicas y oligopólicas, y la normativa orgánica que regula y controla los mercados lo permite en favor del interés público;

En consecuencia se propone la reforma del siguiente artículo:

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución de la República establece la jerarquía de la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico;

Que, la Constitución de la República en su artículo 304, numeral 6, establece que la política comercial tendrá como objetivo evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas;

Que, el artículo 336 de la Constitución de la República impone al Estado el deber de impulsar y velar por un comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, promoviendo la reducción de las distorsiones de la intermediación y promoción de la su sustentabilidad, asegurando de esta manera la transparencia y eficiencia en los mercados, mediante el fomento de la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades;

Que, es necesario introducir reformas a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA A LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL
PODER DE MERCADO

Art. 1.- Deróguese el numeral 1 del artículo 28 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

f) Sra. Gabriela Rivadeneira

PRESIDENTA

SECRETARIO GENERAL

10. BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VASQUEZ, Manuel, El Derecho de la Libre Competencia (Cárteles y Monopolios). San Marcos. Lima 1997.
- BELLAMY, Christopher, y CHILD, Gram., Derechos de la Competencia en el mercado común, ed., española de Enric Picañol, 1992, Civitas, Madrid. Citado por Félix Nazar Espeche. Defensa de la Competencia., Editorial Depalma. Buenos Aires. 2001.
- BETANCUR, Belisario. Aproximaciones al Derecho de la Competencia. Palabras del Presidente Fundación Santillana, al inaugurar el Seminario sobre la materia: Junio de 1997.
- BENTARCUR, Belisario. Política y Derecho de Consumo. Bibliotheca Millenio Colección Derecho Económico y de los Negocios. El Navegante Editores. Bogotá. Colombia. Primera Edición. 1998.
- BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial e intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal, 1978, Civitas, Madrid, p.226.
- CABANELLAS DE LA CUEVAS, Guillermo. Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia. Tomo I. Editorial Heliasta SRL. 2005.
- CABANELLAS DE LAS CUEVA, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, 2001.
- CEVALLOS VASQUEZ, Víctor. Libre competencia derecho de consumo y contratos. Editorial Jurídica del Ecuador. Primera Edición. 2001.

- COLOMA, Germán. Defensa de la Competencia – Análisis Económico Comparado-. Editorial Ciudad Argentina. Primera Edición. 2003.
- DROMI, Roberto. Competencia y Monopolio. Argentina, MERCOSUR y OMC. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura. 1999.
- FLINT, Pinkas. Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2002.
- IBARRA PARDO, Gabriel. La política de Competencia en la Comunidad Andina de Naciones.
- SALDARRIAGA LOPERA, Gustavo. Instrumentos de análisis económicos para el estudio de la Competencia. El Navegante Editores. Bogotá, Colombia. 1998.
- NAZAR ESPECHE, Félix A. Defensa de la Competencia. Editorial Depalma. Buenos Aires. 2001.

LEGISLACIÓN

- Constitución de la República del Ecuador.
- LEY SHERMAN ANTITRUST, sancionada el 2 de julio de 1890, incluida en el Código de los EEUU, tomo 15, modificada varias veces, complementada por la Ley Clayton de 1914 y la Ley de la Comisión Federal de Comercio de 1914.
- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.
- Ley de Competencia de la República de Nicaragua.
- Ley de Competencia de Costa Rica.

- Tratado de Roma.

PÁGINAS WEB – SOPORTE ELECTRÓNICO.

- <http://www.zonaeconomica.com/definiciones>
- www.economia.cl.
- <http://books.google.com.ec/books>.
- www.comunidadandina.org/normativa/
- www.moraldefense.com
- www.scpm.gob.ec

11. ANEXOS

11.1. PROYECTO DE TESIS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

**PROYECTO DE TESIS PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO**

TEMA:

**“LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA LEY
ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO EN
ECUADOR”**

AUTOR:

EDGAR LEONARDO VIVANCO MALDONADO

LOJA - 2014

a) TEMA

“LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO EN ECUADOR”

b) PROBLEMÁTICA

En el año 2011 Ecuador se unió al conglomerado de países que cuentan con normativa de Derecho de la Competencia o *Leyes Antitrust* como se denomina en otros países. Respecto a este tema, el país debe enfrentar varias dificultades, una de ellas, que la población no se encuentra informada en cuanto al alcance, aplicación y beneficios que en general contiene este tipo de normativas.

Uno de los problemas que genera el desconocimiento de este tipo de normativa, se ve reflejado en las actuaciones de los operadores económicos que se desenvuelven en los diferentes segmentos de los mercados que integran la economía del país, incluidos los sectores vinculados a la Economía Popular y Solidaria. Precisamente en el mercado encontramos diariamente varios actos y prácticas anticompetitivas tales como: fijación arbitraria de precios, acuerdos colusorios, publicidad engañosa, comparación, violación de normas, y así podríamos seguir enumerando un amplio catálogo de imperfecciones.

Otro inconveniente es, que al ser un tema complejo no muchos profesionales dominan el tema y por lo tanto los operadores económicos pequeños al no

tener recursos para costear abogados con experiencia en esta materia, deciden abandonar las acciones legales o simplemente no presentarlas.

Por lo antes expuesto, la problemática del presente plan de tesis está enfocada en el desconocimiento general de esta normativa por parte de la ciudadanía en general, lo cual perjudica directamente en la aplicación y ejecución de los derechos y garantías consagrados en la Constitución de la República del Ecuador³².

c) JUSTIFICACIÓN

La Universidad Nacional de Loja a través de las distintas áreas y centros operativos del país, inducen al estudiante a la investigación que permita coadyuvar a la solución de los problemas jurídico-sociales originados por la serie de vacíos e incongruencias legales establecidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Desde el punto vista académico el proyecto de tesis se justifica *porque permite* demostrar todos los conocimientos adquiridos durante la carrera formativa superior, los mismos que se sujetan al cumplimiento de los requisitos exigidos por el régimen académico de la Modalidad de Estudios a Distancia, que ha creído conveniente que se implemente una nueva opción de estudios

³² Publicada en el Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.

complementarios en metodología de la investigación científica-jurídica, que permita el desarrollo de investigaciones alrededor de problemas jurídicos relevantes, además puesto que mediante la elaboración de esta tesis de grado, cumpla con un requisito legal indispensable para optar por el Título de Abogado.

Por otra parte, no cabe duda de que la Economía es fundamental dentro de cualquier sociedad y por lo tanto es necesario que ésta se encuentre amparada legalmente para que se regule de manera correcta cualquier imperfección que pudiera efectuarse en el mercado.

Muchas veces los ciudadanos sienten inconformidad con los productos que se ofertan en el mercado, por desconocimiento de la ley, o por falta de dinero para iniciar procesos, deciden tan solo callar y resignarse a esa realidad o cambiar de productos que medianamente los satisfacen.

Por otra parte, existen pequeños y medianos operadores económicos que tienen que lidiar con grandes operadores del mercado (multinacionales, monopolios), que establecen condiciones para la distribución de sus productos o determinan arbitrariamente precios que a ellos por su gran volumen de ventas les es posible manejar, pero que aún microempresario le arrebatan automáticamente la posibilidad de competir en el mercado.

Por todo esto, creo que es totalmente necesario realizar un análisis de lo que comprende el Derecho de la Competencia, sus orígenes, sus principales características; así como también, lo que establece la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado³³, normativa con la cual el país cuenta desde el año 2011 y es la encargada de evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar los casos de prácticas anticompetitivas que se estuvieran dando en los mercados y que como consecuencia afecten el bienestar general de los usuarios y consumidores.

d) OBJETIVOS

General

Realizar un análisis pormenorizado sobre lo que comprende el Derecho de la Competencia, y a su vez, analizar la normativa Ecuatoriana referente al control de los mercados.

Específicos

Analizar todas conductas que constituyen una infracción a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

³³ Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 555, de 13 de octubre de 2011.

Analizar los rangos de las multas establecidas para los operadores económicos que infrinjan lo establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

e) MARCO TEÓRICO

ANTECEDENTES

El derecho de la competencia, al que los norteamericanos llaman derecho antimonopolístico (en inglés *Antitrust Law*), puede describirse como el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público. En la práctica el derecho de la competencia prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, la adquisición de una posición de dominio en el mercado a través de la realización de dichas prácticas y el abuso de la posición dominante.

La historia se ha encargado de demostrar que el equilibrio y el desarrollo económicos no se pueden lograr simplemente dejando actuar las fuerzas de la oferta y la demanda. A partir de la gran depresión de 1929, de la revolución conceptual iniciada por JOHN MAYNARD KEYNES, y de la aplicación de sus ideas económicas a través de la política del *New Deal* en los Estados Unidos, la función del Estado como gran regulador y conductor de la economía se ha institucionalizado en la mayoría de los países.

La aparición del Estado intervencionista, junto con muchos otros fenómenos jurídicos, económicos, y sociales, como la clase media económica, los movimientos sindicales, la protección jurídica de los trabajadores, las restricciones a los monopolios y la seguridad social patrocinada por el Estado, han logrado evitar la autodestrucción de las economías capitalistas pronosticadas por MARX, quien vaticinó que el ansia de los capitalistas por acumular riquezas, los llevaría a una ruda competencia que terminaría por eliminar a los pequeños industriales hasta producir la total concentración de los medios de producción, y por último la extinción violenta del sistema económico capitalista.

Es aquí donde los abogados encontramos en la existencia del derecho de la competencia, un interesante ejemplo del error en que incurre la doctrina marxista en cuanto a su apreciación de la realidad jurídica. En efecto, MARX tomó de HEGEL su método analítico, o sea la dialéctica, pero mientras que para HEGEL el punto de partida estaba en las ideas, para MARX el punto de partida es la *estructura*, o sea el conjunto de las relaciones económicas.

Estas relaciones económicas constituyen para MARX el movimiento inicial del proceso dialéctico, y por tanto, “...*la moral, las ideas, el derecho, la filosofía y la*

cultura toda, no son más que las reacciones sociales determinadas por la estructura económica en una cierta situación histórica.”³⁴

El derecho de la competencia representa la positivización de conceptos económicos. La finalidad de su aplicación se encuentra marcada por el sistema económico prevaleciente en el Estado que lo adopta. Sin embargo, a diferencia de muchas instituciones jurídicas que poco han cambiado con el transcurso de los siglos, el derecho de la competencia en un lapso de poco más de cien años de existencia ha evolucionado de manera importante.

El movimiento del análisis económico del derecho, denominado en inglés *law and economics*, ha dado lugar a novedosas reflexiones en torno al comportamiento humano y a la ordenación de la sociedad a través del derecho. En efecto, en el caso del derecho de la competencia las ciencias económicas determinan la evolución de las políticas, legislaciones y las decisiones de las autoridades encargadas de aplicarlas.

Desde un ángulo sociológico-político (o no económico), las leyes antimonopolísticas se han aplicado con la finalidad exclusiva de controlar el poder de los grandes conglomerados industriales en favor de los pequeños empresarios, aunque esto signifique una reducción en la eficiencia del

³⁴ RECASENS SICHES, LUIS, *tratado general de filosofía del derecho*, Porrúa, pág. 450.

mercado y más altos costos para los consumidores. Conforme a este supuesto, la competencia se protege dispersando el poder económico entre muchos competidores con igual poder económico, con el objeto de dejar libre la entrada al respectivo mercado y que ninguno pueda ejercer presiones indebidas sobre el mismo, ya que la excesiva concentración del poder económico puede producir presiones políticas antidemocráticas.

Por otro lado, desde un punto de vista puramente económico, las leyes antimonopolísticas han sido concebidas con el objeto de lograr la máxima eficiencia de la producción, sin importar las desigualdades sociopolíticas que ese objetivo pueda crear entre las grandes y las pequeñas empresas. Esta teoría, pretende proteger a la competencia en sí misma y no a los competidores, porque (según consideran importantes doctrinantes, como el juez BORK³⁵), entre más (*sic*) eficiente sea el mercado, mayor bienestar obtendrá el consumidor.

Es por tanto indispensable que en todas las latitudes, pero en especial en los países latinoamericanos que están iniciando la aplicación del derecho de la competencia, se analicen con detenimiento las bases históricas y filosóficas de esta disciplina, así como las razones de su evolución, con el fin de poder estructurar un derecho de la competencia adecuado para el fortalecimiento de

³⁵ Véase BORK, ROBERT H., *The antitrust paradox: a policy in war with it self.*, the free press, USA, 1993.

las economías de nuestros países en desarrollo, enfrentadas al reto de una economía globalizada.

El Derecho Antitrust tuvo sus orígenes en EEUU, en 1890, debido a que se empezó a observar ciertas prácticas que alteraban el correcto desarrollo de la industria. Rápidamente la mayoría de países del mundo decidieron adoptar una legislación que regule las infracciones en el mercado. Desafortunadamente en el caso concreto de Ecuador, no fue así, ya que recién en el año 2011 la Asamblea Nacional promulgó la denominada Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Lamentablemente afirmar que el mercado ecuatoriano no ha sido muy relevante, podría ser la respuesta de muchos. Sin embargo considero que este retraso se debió en realidad a muchas pugnas de poder, en primer lugar, entre actores económicos a los que nos les convenía tener una ley que frene sus prácticas anticompetitivas y por las cuales cada día recibían más réditos económicos sin importarles la afectación al mercado y, en especial a los consumidores. En segundo lugar, no hubo decisión política ya que el sector empresarial se encargó de poner trabas para que el Poder Legislativo de turno no apruebe una ley que afecte sus intereses.

Afortunadamente, desde el año 2011 contamos con una ley que establece sanciones a las infracciones en contra de ley, pero ese es apenas el primer

paso, pues la sociedad ecuatoriana deberá preocuparse de estudiarla y sobre todo ponerla en práctica, ya que los procedimientos son las herramientas que tenemos para iniciar acciones en contra de los operadores económicos que afectan tanto a sus consumidores como a sus posibles competidores.

INFRACCIONES AL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

Al referirnos a las infracciones a la libre competencia que pueden suscitarse dentro del mercado, es necesario en primer lugar definir que debemos entender por competencia desde el aspecto económico. El jurista argentino Guillermo Cabanellas (2005) afirma que *“el concepto de competencia se relaciona estrechamente con el mercado pues aquella solo es posible en el marco de la interacción entre la oferta y la demanda que define a éste. Por lo tanto, dado que la oferta ha de desarrollarse en el marco denominado mercado, los efectos directos sobre aquella solo pueden configurarse en la medida en que se altere el funcionamiento de alguno de los aspectos de éste.”* (pág. 9).

Como vemos la oferta y la demanda constituyen un elemento constante para la preservación de la competencia ya que si no existiera caeríamos en errores de mercado, tales como los monopolios. Cabanellas continúa afirmando que *“las conductas contrarias a los aspectos dinámicos de la competencia suponen una alteración inmediata a las acciones económicas que dan lugar a la existencia de mercado”* (pág. 9). Ejemplos de estas conductas contrarias serian: los

acuerdos colusorios para fijación de precios, publicidad engañosa, concentración empresarial, entre otros.

Al hablar de las prácticas restrictivas hay países como Estados Unidos, en donde las fusiones horizontales entre empresas serían de carácter ilícito, a pesar de que el mercado abarcado por estas empresas sea pequeño. Como vemos hay casos en que las legislaciones delimitan de acuerdo a su realidad económica y, deciden ir un poco más allá del simple mercado relevante como ocurre en una realidad económica aun precaria, como lo es la ecuatoriana.

Conforme van apareciendo estos fallos de mercado, los países se han visto en la necesidad de expedir leyes que regulen y contemplen sanciones a estas prácticas desleales. Por lo tanto, tal y como afirma GÓMEZ (2003) *“Existe una relación de tipo instrumental entre la política de competencia y ésta como situación empírica y régimen jurídico, a través de la cual la primera determina los objetivos a perseguir por parte del proceso competitivo en el mercado y que se concretan en normas jurídicas. Esta relación, además se justifica la intervención estatal desde el punto de vista económico, como desde el punto de vista jurídico (debido a que, la eficiencia o es el único objeto que se asigna a la competencia), pág. 23.*

Del concepto de Gómez es pertinente rescatar que el mercado es susceptible de fallos, pero que mediante la creación de una política de competencia, se

podrá materializar esos elementos en una ley de control y regulación de poder de mercado, como se la conoce en Ecuador.

Una vez que tenemos claro que mediante una Ley de Competencia se regulará las prácticas que afecten al mercado, es pertinente conocer mediante que entidad se podría incoar acciones para hacer efectivo el Derecho a tener un mercado eficiente.

Otros tratadistas acertadamente analizan toda ésta temática y exponen, que el control de la competencia dentro del mercado le corresponde en el Ecuador a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado³⁶, a la cual mediante Ley *“le corresponde asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso del poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, al autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica. (...)”*.³⁷

En cuanto a las acciones que deban iniciarse, en el Doctrina Antitrust existen dos corrientes, la una denominada como *Public Enforcement*, y la otra, *Private Enforcement*.

³⁶ Creada mediante la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, artículo 36.

³⁷ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, artículo 37.

Estas teorías son de origen anglosajón y entrañan la idea de que si un órgano estatal debería ser quien se encargue de iniciar, investigar y sancionar las prácticas mediante el ámbito netamente administrativo *Public Enforcement* – Aplicación Pública-; por otro lado, cuando las acciones son incoadas por actores particulares mediante demandas ante el aparato judicial, estaríamos hablando del *Private Enforcement* –Aplicación Privada-.

Podemos destacar de este concepto que por un lado *Public Enforcement* requiere un sistema judicial de carácter centralizado que pueda resolver causas de competencia desleal sin tanta dilación como suele serlo en el resto de procesos. Por su parte el *Private Enforcement* vendría a ser que por medio de una entidad de carácter administrativo se descentraliza y un individuo acude al órgano para dar conocimiento de la violación de sus derechos o de la Ley.

Desde el punto de vista procesal administrativo el modelo del *Private Enforcement* es el que se aplica parcialmente en el Ecuador, pues para instrumentar reclamos por infracciones a la libre competencia se realiza preferentemente por vía administrativa y eventualmente con acciones ante la justicia ordinaria bajo el sistema mixto. No obstante, como se observa en dicha definición, todavía existen confusiones en los tratadistas de Derecho de la Competencia de nuestro país, pues el *Private Enforcement* hace referencia a una acción individual en el plano judicial, mas no en administrativo.

DEFINICIONES

Para poder aplicar los términos en su correcto contexto es imperativo definir los siguientes conceptos:

Acuerdos horizontales

Son los realizados entre empresas que están en los mismos niveles de mercado, es decir, son competidores. Los acuerdos horizontales son los que con mayor frecuencia suelen crear problemas de competencia, cuando con ellos se provocan efectos negativos sobre los precios *acuerdo sobre precios*, limitación de la producción, la innovación o la diversidad *reparto de mercado* y la calidad de los productos.

Acuerdos verticales

Son aquellos en los que las empresas están en fases económicas diferentes en la producción, reventa, distribución o prestación de servicios.

Derecho de la Competencia

Es la disciplina jurídica ajustada a los requerimientos de la economía y de la planificación de acuerdo a la estructura jurídico-política del Estado. La competencia es un ingrediente consustancial al modelo de organización económica, es parte de las libertades individuales. El mercado bajo esta normativa debe en consecuencia reunir las características de transparencia y eficacia en un plano de libertad.

Concentraciones Económicas

Son operaciones que implican que dos unidades económicas que funcionaban de manera independiente entre sí pasan a convertirse en una única entidad o en parte del mismo grupo económico.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Tiene como objeto evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.

Mercado Relevante

Es aquel espacio donde efectivamente compite un producto; es decir, el grupo de clientes a los cuales dicho producto está dirigido y por los cuales compite. En general, se refiere al área geográfica sobre la cual se define la participación de una empresa en el mercado, y a los productos y servicios que deben ser considerados como sustitutos adecuados de dicho bien, en un determinado

periodo temporal. En la definición se distinguen dos mercados: el mercado geográfico y el mercado de producto.

Poder de Mercado

Es la capacidad de un vendedor de mantener lucrativamente sus precios por encima de los niveles competitivos por un periodo significativo de tiempo. En ciertas circunstancias, solo un vendedor (un monopolista) de un producto sin buenos sustitutos puede mantener un precio de venta que está por encima del nivel que prevalecería si el mercado fuera competitivo.

f) METODOLOGÍA

En cuanto a la metodología a aplicar en mi investigación considero que debe ser muy variada puesto que mi estudio no es tan sólo doctrinal, es decir analizar e interpretar tratadistas, textos, teorías sobre el Derecho de la Competencia. Creo al incluir sanciones e infracciones debemos abordar primordialmente la legislación pertinente.

Complementando todo lo anterior con elementos fácticos como la observación directa de la realidad ecuatoriana en cuanto a la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Método Analítico

Considero que éste método será de gran utilidad en mi investigación ya que a lo largo de la tesis iré analizando conceptos, definiendo en primer lugar la

naturaleza de las prácticas y sanciones en cuanto a Derecho de la Competencia, para que al momento de tratar el aspecto procesal que se le otorga en la ley se cuente con nociones claras y pueda ser más sencillo abordar temas fácticos.

g) CRONOGRAMA DE TRABAJO

ACTIVIDADES TIEMPO	Junio 2014				Julio 2014				Agosto 2014				Septiembre 2014			
	SEMANA				SEMANA				SEMANA				SEMANA			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Selección y Definición del Problema Objeto de Estudio	X	X														
Elaboración del Proyecto de Investigación y Aplicación			X	X												
Investigación Bibliográfica					X	X										
Investigación de Campo							X									
Confrontación de los Resultados de la Investigación con los Objetivos e Hipótesis								X								
Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta de reforma Jurídica									X	X						
Redacción del Informe Final, Revisión y Corrección											X	X				
Presentación y Socialización y de los Informes Finales (Tesis)													X	X		

h) PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

Bibliografía	\$300,00
Papelería	\$100,00
Movilización	\$300,00
Insumos	\$300,00
TOTAL	\$1000,00

i) BIBLIOGRAFÍA

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. "Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia." Segunda edición. Buenos Aires, Argentina, año 2005.

Constitución de la República del Ecuador.

DROMI, Roberto José. "Competencia y monopolio, Argentina, Mercosur y OMC". Buenos Aires, Argentina, año 1999.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

www.lalibrecompetencia.com

www.wikipedia.com

11.2. FORMULARIO DE ENCUESTAS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

Encuesta dirigida a la ciudadanía.

Marque su respuesta con una "X" según corresponda:

1.- Conoce Usted ¿Qué es una Ley de Competencia.?

SI NO

2.- Sabe Usted si en Ecuador está vigente alguna normativa de competencia.

SI NO

3.- Sabe Usted ¿Que es un Monopolio.?

SI NO

4.- Usted considera malo que en el país exista un Monopolio.

SI NO

5.- Usted considera que existe Monopolio en el transporte aéreo en la ciudad de Loja.

SI NO

6. Sabe Usted ¿Qué es una práctica anticompetitiva.?

SI NO

7.- Ha adquirido Usted un producto natural, de belleza o de consumo, esperando que el mismo le solucione el problema tal y como lo ofrecen en la televisión

SI NO

8.- Una vez adquirido este producto, el resultado fue el mismo que el publicitado en televisión.

SI NO

9.- Sabe Usted ante que Autoridad puede denunciar este tipo de engaños.

SI NO

10.- Sabía Usted que la Constitución de la República garantiza el acceso a bienes y servicio de calidad.

SI NO

11.- Sabe Usted lo que hace la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

SI NO

Gracias por colaboración...

12. INDICE

PORTADA.....	I
CERTIFICACIÓN	ii
AUTORIA.....	iii
CARTA DE AUTORIZACION DE TESIS.....	ii
DECICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
1. TITULO	1
2. RESUMEN.....	2
ABSTRACT	4
3. INTRODUCCIÓN.....	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	11
4.1. MARCO CONCEPTUAL	11
4.1.1. DERECHO	11
4.1.2. COMPETENCIA	21
4.1.3. DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	32
4.1.4. COMPETENCIA PERFECTA E IMPERFECTA	33
4.1.5. ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO	35
4.2. MARCO DOCTRINARIO.....	43
4.2.1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA	43
4.2.2. PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS.....	69
4.2.3. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO –ABUSO DE PODER DE MERCADO-	71

4.2.4. ACUERDOS HORIZONTALES	75
4.2.5. ACUERDOS VERTICALES.....	80
4.2.6. EL MONOPOLIO.....	87
4.2.7. EL OLIGOPOLIO.....	93
4.3. MARCO JURÍDICO	97
4.3.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA	97
4.3.2. LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO.....	100
4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA	148
4.4.1. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEY DE COMPETENCIA DE NICARAGUA Y COSTA RICA	148
4.4.2. CONCLUSIÓN.....	161
5. MATERIALES Y MÉTODOS	163
5.1 MATERIALES UTILIZADOS.....	163
5.2 MÉTODOS	163
5.3 PROCEDIMIENTO Y TÉCNICAS	164
6. RESULTADOS	166
6.1 RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS	166
7. DISCUSIÓN	178
7.2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL	179
8. CONCLUSIONES	182
9. RECOMENDACIONES	184

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	185
10. BIBLIOGRAFÍA.....	187
11. ANEXOS	190
INDICE	212