

EL DERECHO DE COMPETENCIA ECONÓMICA EN LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR

COMPETITION AND ANTITRUST LAW IN ECUADORIAN CONSTITUTION

*Marcelo Marín Sevilla**

Resumen: Este trabajo permite establecer las bases de la Constitución Económica y del Derecho de Competencia Constitucionalizado. También analiza si las normas de Derecho de la Competencia Económica y su doctrina están acorde y son adecuadas frente a la Constitución del Ecuador. El Derecho de la Competencia Económica tiene normas para investigar y sancionar las Prácticas colusorias; los Abusos de posición de dominio; las normas para el control de concentraciones económicas; las conductas de Abuso de dependencia económica, y las conductas de competencia desleal. Siempre la Autoridad de Competencia analizará estas conductas en función del bienestar del mercado y del consumidor.

Palabras clave: *Derecho de competencia, derecho constitucional, constitución económica, mercado, consumidor*

Abstract: *This work allows us to establish the Economic Constitution and the Competition Law (C.L) in the Constitution. Additionally, the paper analyzes whether the rules outlined in the C. L. and in doctrine are consistent and appropriate with the Constitution of Ecuador. The*

* Doctor en Derecho. Postgrados en Derecho de Competencia y afines en Perú, España, Argentina y Ecuador, entre otros. Profesor de Derecho de la competencia en la Universidad de los Hemisferios. Premio Internacional. Autor de los libros, artículos y ponencias. Presidente de la firma Procompetencia (Ecuador), Asesores Corporativos. marinsevilla@procompetencia.ec

Competition and Antitrust Laws has rules for investigating and punishing the cartels, the abuses of power market (dominant position), the rules for merger control, the behaviors of Abuse of economic dependence, and unfair competition behaviors. Always the Antitrust Authority will analyze these behaviors in terms of welfare of both: the consumer and the market.

Key words: *Competition law, constitutional law, economic constitution, market, consumer*

Fecha de recepción: 10-01-2011

Fecha de aceptación: 15-02-2011

1. BREVES COMENTARIOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

De manera previa a comentar sobre el tema de la competencia en la Constitución, se ha considerado necesario enmarcar el tema económico dentro de las normas de la nueva constitución, y para ello es necesario tratar sobre la *Constitución Económica*.

El concepto de *Constitución Económica* ha sido muy diverso, incluso hasta la fecha, ello se debe a varios factores tales como la constante evolución del derecho económico en general; sin embargo, es a partir de la primera mitad del siglo pasado en que se desarrolla este tema en Europa, principalmente en Alemania y España. Uno de los primeros intentos por definir a este concepto lo efectúa Beckerath en 1932, quien manifiesta que es “la manera de ordenar el fenómeno económico en cuanto se expresa en los elementos de propiedad, contrato y trabajo, así como en la intervención del Estado en la economía y en la regulación de lo que hace a la organización y a la técnica de la producción y de la distribución” (Fernández Segado, 1992, pág.

514). Sin embargo, este fue uno de los primeros y empíricos intentos por definir a la *Constitución Económica*.

Luego de varias conceptualizaciones a nivel europeo, el Tribunal Constitucional de España, en 1982, emite una interesante sentencia refiriéndose a la Constitución española de 1978, en la cual expresa que:

“...existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructuración y el funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución económica o Constitución económica formal. Ese marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida en la Constitución, cuyo preámbulo garantiza la existencia de –un orden económico y social justo–...” (STC TC español 1/1982 28-I-1982).

Esta es una de las primeras y más claras definiciones de *Constitución Económica*, sin embargo de esta evolución, no existe un concepto uniforme aceptado mundialmente.

El constitucionalista Ernesto Blume Fortini, clarifica aún más este concepto, y considera que es:

“...el sistema económico consagrado en la Constitución de un determinado Estado, que comprende la regulación de la propiedad, de la economía pública y privada, de la actuación de los agentes económicos, de las reglas del mercado, de la empresa, y en general, del fenómeno económico, cuya incorporación en la normativa constitucional, sumada a la parte dogmática y a la parte orgánica, conforma las tres partes fundamentales de una Constitución moderna...” (Blume Fortini, 1997, pág. 30).

2. LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR Y LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Ahora bien, una vez que sabemos qué es la *Constitución Económica*, cabe ubicar las normas económicas en la nueva

Constitución, y en este contexto, es de señalar que dentro del *Título VI Régimen de Desarrollo*, están incorporadas, entre otras normas, las de carácter económico, expresamente las determinadas en el *Capítulo IV Soberanía Económica*, artículos 283 a 312; y en el *Capítulo VI Trabajo y Producción* artículos 319 a 339.

Principalmente estos Capítulos del Título VI conforman la Constitución Económica de la nueva Constitución del Ecuador; sin embargo, en estos capítulos también hay normas de carácter no económico y en otras partes de la Constitución constan normas económicas adicionales, por ejemplo, una muy importante está en el artículo 277, numeral 5, que dice: “5. Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley”.

3. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y EL DERECHO DE COMPETENCIA

Con la finalidad de continuar el análisis del tema objeto de este artículo, es menester ahora conocer lo que dice la Constitución Económica sobre el Derecho de competencia, dentro de la Constitución. En este sentido, son varios los artículos que contienen normas relacionadas con la competencia económica, principalmente los siguientes:

a) “Art. 283, párrafo primero.- El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.”

b) “Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos: 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.

c) “Art. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos: 1. Desarrollar, fortalecer y dinamizar los mercados internos a partir del objetivo estratégico establecido en el Plan Nacional de Desarrollo. 5. Impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo. 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.”

d) “Art. 319, párrafo segundo.- El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza; alentará la producción que satisfaga la demanda interna y garantice una activa participación del Ecuador en el contexto internacional.”

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

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

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

El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”

Más adelante serán comentados estos artículos desde la perspectiva del Derecho de competencia económica.

Sobre del artículo 17, numeral 3, que dice: “El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto: 3. No permitirá el oligopolio o monopolio, directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias”, se efectuará un análisis distinto, ya que si bien parecería tener relación con el Derecho de competencia

económica, no necesariamente lo tiene. Más adelante se explicarán los motivos.

4. APROXIMACIONES AL DERECHO DE COMPETENCIA

Con el propósito de efectuar las concordancias respectivas entre los artículos señalados en el párrafo anterior y las normas de competencia, corresponde ahora efectuar las aproximaciones y definiciones del Derecho de competencia.

Bercovitz Rodríguez-Cano (2011) explica que el derecho de competencia tiene, de manera sucinta, normativa para:

Proteger al sistema social de mercado. (Normas de Defensa de la Competencia o Antimonopolio).

Establecer los parámetros que deben tener entre sí los competidores. (Normas de Competencia desleal).

Proteger los intereses de los consumidores. (Normas de Defensa del Consumidor).

En similar sentido cita Pinkas Flint a José Antonio Olaechea:

“El derecho de la libre competencia se encuentra inmerso en el nuevo derecho del tráfico económico que incluye tres disciplinas, a saber: Las normas sobre la competencia desleal que tratan acerca de las pautas que deben seguir los competidores entre sí; las normas de defensa del consumidor que protegen los intereses de los consumidores, en oposición a aquellas que regulan a productores y comerciantes; y, el Derecho de Libre Competencia, que vela por el sistema de libre mercado” (Flint, 2002).

Mediante la aplicación de la normativa anterior, y como se dijo, con el objetivo de: a) proteger al sistema social de mercado; b) establecer los parámetros que deben tener entre sí los competidores; y, c) proteger los intereses de los consumidores, el Derecho de competencia prohíbe y sanciona las siguientes prácticas anticompetitivas en sus diferentes formas:

- Acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia.
- Actos de abuso de posición de dominio.
- Fusiones o concentraciones económicas (sujetas a control y a autorizaciones)
- Conductas desleales de competencia.
- Violaciones a los derechos de los consumidores.

De lo anterior, el lector comprenderá que la competencia es vital en cualquier Constitución Económica, ya que es ella la que rige en la mayoría de transacciones y operaciones de la cotidianidad y en todo nivel:

“La Constitución Económica se está convirtiendo en la condición esencial de la operatividad y eficiencia de la Constitución en sí. Dentro de este marco, el Derecho de competencia se yergue como el núcleo del sistema económico constitucionalizado, al punto que la institucionalización de la competencia económica configura la estructura de organización y ordenación del sistema económico” (Galán Ignacio, 1987, pág. 166).

Así han entendido su importancia, y por ello han aprobado normas de Competencia todos los países de Norteamérica (3); la mayoría de América Latina incluidos países andinos como Venezuela, Colombia, Perú y Bolivia (9); la mayoría de países de Europa (39); las economías emergentes y otros países de Asia (10); adicionalmente varias naciones de Oceanía y de Africa. Igualmente, así lo ha entendido la ONU, por lo que la UNCTAD mediante resolución TD/RBP/CONF.5/16, de noviembre de 2000, solicita a todos los Estados miembros que apliquen las disposiciones del Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas.

5. COMENTARIOS A LAS NORMAS DE COMPETENCIA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

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

Este primer artículo que será comentado, sienta la base general del sistema económico: es social y solidario, y tiende a la búsqueda de una relación equilibrada de sociedad, Estado y mercado, para garantizar la producción. Está en perfecta concordancia con el Derecho de la competencia económica, ya que, como veremos más adelante, éste tiene mecanismos jurídicos idóneos para garantizar una economía social y solidaria en el marco de la competencia: adicionalmente, los objetivos de las normas de competencia son justamente la búsqueda del bienestar de la sociedad a través de las normas dictadas por el Estado (legislación de competencia), con las cuales se logra la mayor y mejor producción en el mercado para que los consumidores adquieran bienes o servicios a los menores precios y a la mejor calidad, de acuerdo a su elección.

Constitución, art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos: (...) 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.

Es menester señalar que "...el mercado en el sentido estricto con que lo utilizan los economistas equivaldría a la noción de *mercado relevante* que utilizamos los abogados en la legislación de competencia..." (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2011, pág. 295).

En efecto, tratándose de Derecho de la competencia económica, un mercado relevante, transparente y eficiente es la

mejor herramienta para tener un intercambio justo y complementario de bienes y servicios. Pero, ¿qué es un mercado relevante?, pues bien, mercado relevante:

“...es el 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” (Cfr. Soncco Mendoza, 2008.).

De esta definición, se derivan dos importantes mercados, el Mercado Geográfico y el Mercado de Producto. El mercado geográfico es la delimitación geográfica del mercado relevante y equivale a determinar el área geográfica en donde se encuentran las fuentes alternativas a las que el consumidor podría acudir si el precio del producto relevante se incrementara en un monto pequeño pero significativo y no transitorio. Al definirlo es necesario evaluar no sólo las posibilidades o limitaciones que enfrentan los proveedores alternativos para atender al comprador, sino también la capacidad que tiene este último de abastecerse de distintos proveedores. El mercado geográfico considera la extensión territorial, la concentración de la población en centros urbanos distantes, el transporte tanto de los productos desde y hacia otras zonas, como de los consumidores a otros lugares de aprovisionamiento. Considera las posibilidades del consumidor de optar por otra opción en un área determinada, no tiene referencia a los kilómetros involucrados como podría pensarse.

Por otro lado, el mercado de producto, se define en el marco de:

“...los productos que forman parte de ese mercado, lo que conduce a que, para llevar a cabo dicha definición, se consideren como factores los de sustituibilidad de la demanda y sustituibilidad de la oferta. Por la primera se determina qué productos son similares en cuanto a la función, atributos y precios, para ser considerados por los consumidores como aptos para reemplazar a otros (...), por el contrario, la segunda está referida a si las empresas ofertantes de productos o

servicios que no son sustituibles por los consumidores o usuarios, están en posibilidades de producir los que sí presenten la posibilidad de ser sustituidos por la demanda...” (Gómez Leiva, 1998, pág. 153).

El mercado de productos, a más de considerar el elemento de la sustituibilidad, requiere considerar también a la elasticidad cruzada de la demanda, que no es otra cosa que el cambio en la cantidad demandada de un bien ante el cambio en el precio de otro bien,

Sin embargo, a más del mercado geográfico y del de productos, otros autores señalan otro, así Guillermo Cabanellas dice que:

“el concepto de mercado relevante presenta una doble dimensión: territorial, relativa al área relativa comprendida en aquel, y cualitativa, que hace a los bienes y servicios involucrados. Un tercer elemento, que incide sobre los dos precedentes, es el temporal: cuanto mayor sea el período contemplado para evaluar la reacción de la oferta y la demanda frente a la conducta de un productor cuyo mercado relevante se trata de determinar, tanto mayor será la amplitud de tal mercado” (Cfr. Cabanellas, 1993, pág. 307).

En este sentido, Pinkas Flint comenta:

“Como queda visto, un mercado relevante determina los límites para productos y áreas geográficas, límites que identifican a consumidores y vendedores, pero que a la vez son fronteras artificiales y son resultantes de las decisiones adoptadas en procesos de negociación imperfecta, por ello el proceso de inclusión o exclusión de productos o consumidores y vendedores es imperfecto, y desarrolla múltiples y frecuentes distorsiones, que en la práctica demuestra que la competencia perfecta no existe, por ello estas distorsiones dificultan el desarrollo mercados transparentes y eficientes, y es por esta razón que son imperativas las normas de Derecho de competencia económica, ya que, como se manifestó, ellas constituyen una herramienta eficaz para el evitar las conductas anticompetitivas o desleales y por tanto corregir el tráfico económico en la búsqueda de un mercado eficiente, es decir que contribuya a lograr el nivel óptimo de eficiencia donde los beneficios de aquellos que ganan compensen efectivamente las pérdidas de los que han sido perjudicados o incluso los mejorados. Un nivel óptimo de un

mercado eficiente se demuestra con un análisis de costo – beneficio que determine que los beneficios logrados superen a las pérdidas” (Flint, 2002, págs. 90 y ss.).

Consecuentemente, el artículo de la Constitución bajo comentario, concuerda perfectamente con el Derecho de la competencia económica, ya que, como quedó dicho, un mercado relevante eficiente tiende a impulsar el intercambio comercial sin distorsiones, y lo más óptimo y justo posible.

Constitución, art. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos: 1. Desarrollar, fortalecer y dinamizar los mercados internos a partir del objetivo estratégico establecido en el Plan Nacional de Desarrollo.

Sobre este numeral, la SENPLADES, dentro de la Planificación Sectorial, tiene como Función Institucional del Ministerio de Industrias y Productividad el objetivo central de “reactivar y fomentar la industria nacional, elevar sostenidamente la capacidad tecnológica y la competitividad de la industria ecuatoriana para consolidar su posicionamiento en el mercado interno y hacer posible su participación creciente en los mercados internacionales” (26 de febrero de 2010). Esta claro, se debe impulsar el fortalecimiento del mercado interno a fin de poder competir en mejores condiciones en el mercado internacional, y una de las mejores formas de lograr este fortalecimiento es obligando a los operadores económicos (empresarios) a competir, y esta obligación únicamente nace de la legislación de competencia, sin esta legislación los empresarios tendrían el derecho a competir, sin embargo, con la vigencia actual del Decreto Ejecutivo 1614 de 2009 los empresarios ya no tienen el derecho a competir, tienen la obligación de hacerlo sin incurrir en prácticas monopólicas ni desleales en beneficio de los consumidores y de los mismos empresarios, so pena de sanciones.

Pero más aún, a manera de ejemplo señalaremos que el Objetivo General No. 11: “Establecer un Sistema Económico Social, Solidario y Sostenible”, del Plan Nacional para el Buen Vivir, señala como Objetivo Específico No. 11.2.2.: “Desconcentrar el mercado de comercialización de alimentos al 2013”. Éste está íntimamente ligado al Derecho de la competencia económica, ya que como se señaló en las aproximaciones al derecho de la competencia, las fusiones o concentraciones económicas deben estar sujetas a control y a autorizaciones en tanto en cuanto restrinjan o limiten la competencia.

Constitución, art. 304, num. 5. Impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo.

Previo a comentar lo que es una economía de escala, es necesario señalar que, conforme al numeral 6 del artículo 304 de la Constitución, que será comentado ampliamente más adelante, se deben evitar las –prácticas monopólicas y oligopólicas– mas no los monopolios, esto es correcto, ya que no se debe satanizar a los monopolios o monopolistas *per-se* por el simple hecho de serlo.

Bien, dicho lo anterior, es menester expresar que:

“...existen ocasiones en las los monopolios surgieron espontáneamente como producto de una superior eficiencia de ciertas empresas en un mercado relevante, lo que les permitió desplazar a otras menos eficientes. Ello, entre otras razones, por la existencia de las llamadas –economías de escala–. Esto quiere decir que, dadas ciertas limitaciones en el tamaño del mercado, la mejor forma de producir a menor costo es por parte de una o de unas pocas empresas. Típico ejemplo es el de los monopolios naturales, es decir, situaciones en las que la existencia de más de una empresa perjudicaría a los consumidores en lugar de beneficiarlos. Imaginemos si los servicios de distribución de agua tuvieran que prestarse en condiciones de competencia, habría que tener dos juegos completos de cañerías de agua, de desagües, de tuberías bajo tierra, etc, son servicios donde los costos fijos son bastante altos. Todos los consumidores tendríamos que repartirnos el costo de esta duplicidad y como consecuencia de ello el costo de estos servicios se incrementaría de una manera importante, perjudicando a todos los

consumidores. Carece pues, de sentido, prohibir los monopolios a rajatabla, el monopolio o el oligopolio no sólo pueden no ser perjudiciales, sino que, incluso, cuando son economías de escala que reflejan una eficiencia superior, son beneficiosos” (Bullard González, 2006, págs. 961 y ss.).

Técnicamente, la economía de escala es el proceso donde los costos unitarios de producción disminuyen al aumentar la cantidad de unidades producidas.

Consecuentemente, el numeral 5 bajo comentario, está en perfecta armonía con el Derecho de la competencia económica.

Constitución, art. 304, num. 6. Evitar las prácticas monopolísticas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.”

En torno a este numeral, en primer término cabe expresar qué son los monopolios y los oligopolios, para posteriormente señalar cuáles son sus posibles prácticas.

Sobre el monopolio, según la doctrina actual:

“Decimos que una empresa (o grupo de empresas) tiene el monopolio de un bien o 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 a la venta. Esta capacidad se explica por las siguientes razones: I.- La empresa es la única que abastece al mercado, o abastece una parte significativa de este. II.- El bien que produce o comercializa no cuenta con sustitutos perfectos, por lo que la empresa monopolística puede obtener ganancias extraordinarias fijando un margen de sobreprecio relativamente alto, antes de que el consumidor se desplace hacia un bien sustituto. III.- Existen barreras sustanciales a la entrada de competidores potenciales, por lo que pese a que se están obteniendo ganancias extraordinarias en dicho mercado, no ingresan nuevos productores. IV.- Existe conocimiento imperfecto del mercado, de tal manera que no todos los consumidores ni los productores, reales o potenciales –en el mercado monopolístico o en otros mercados-, tienen información completa acerca de los precios en el mercado y la naturaleza de los bienes vendidos. La esencia del problema

del monopolio no reside, sin embargo, en el “poder de fijación sobre el precio” que tiene la empresa monopólica. Si hay libre ingreso al mercado, las ganancias extraordinarias del monopolista atraerán a otras empresas y el mercado será más competitivo. Mucho más importante es, por lo tanto, la presencia de barreras a la entrada, que prolongan la situación del monopolio, inhibiendo el ingreso de nuevos productores” (Flint, 2002, pág. 178).

Un oligopolio es una forma en la que el mercado es dominado por un pequeño número de vendedores y/o productores, denominados oligopolistas. En razón de que hay pocos participantes en este mercado, cada oligopolista conoce las decisiones y acciones de los otros. Esta posición conjunta, es denominada en el Derecho de competencia por algunos tratadistas –posición de dominio–, y por otros –posición monopólica–, y con ella se ejerce un poder de mercado provocando que los precios sean más altos y/o la producción sea inferior. Estas empresas mantienen dicho poder colaborando entre ellas, evitando así la competencia.

Ahora bien, cuáles son las posibles prácticas anticompetitivas de un monopolio o de un oligopolio?. En el mismo sentido de lo manifestado en líneas anteriores, recordemos lo dicho por el Dr. Luis Diez Canseco, quien señala que la legislación (de competencia) “...está constituida por tres conjuntos normativos claramente definidos: las disposiciones sobre la protección al consumidor, los preceptos sobre la represión de la competencia desleal y, muy especialmente la legislación sobre libre competencia o antimonopólica” (Diez Canseco, 1997). Es decir, cuando hablamos de legislación antimonopólica estamos hablando de legislación de defensa de la competencia, y en este caso la doctrina y la práctica se han unificado y engloban a las prácticas anticompetitivas en tres grupos (cada uno con muchas modalidades), a saber: 1. Acuerdos restrictivos de la competencia (sujetos a prohibición y sanción). 2. Abusos de posición dominante (sujetos a prohibición y sanción). 3. Fusiones o

concentraciones económicas, en cuanto restrinjan la competencia (sujetas a autorización, control y corrección).

La prohibición y sanción de las –prácticas monopólicas–, mas no de los monopolios, es lo idóneo tanto en Derecho como en Economía, ya que, como quedó expresado, no se debe prohibir los monopolios *per-se* por el simple hecho de serlo, y uno ejemplo de ello son las –economías de escala–, este tipo de monopolio puede ser producto de la dinámica propia del mercado, es decir, no debe ser sancionado en tanto no incurra en conductas anticompetitivas. En estos casos de monopolio natural, la competencia de otras empresas perjudicaría a los consumidores en lugar de beneficiarlos, por ello no se debe prohibir de manera *per se* a los monopolios.

Cabe señalar, igualmente, que los Acuerdos entre agentes económicos (empresarios) son prohibidos –únicamente– cuando restrinjan la competencia y cuando perjudiquen al consumidor, es importante señalar este particular en razón de que hay Acuerdos que son beneficiosos para el consumidor; así mismo, mientras la posición de dominio de un agente económico en el mercado sea obtenida mediante una competencia legítima, pues no debe ser sancionada, lo que se sanciona –exclusivamente– es su abuso, ya que perjudica directamente a los consumidores.

Con estas aclaraciones, hasta aquí el artículo 304, numeral 6, de la Constitución es concordante con lo ya aceptado a nivel regional y mundial en materia de prácticas anticompetitivas que distorsionan el mercado, es decir, guarda armonía con la doctrina del Derecho de competencia económica y con su práctica moderna.

Este artículo también expresa que se evitarán estas prácticas anticompetitivas “particularmente en el sector privado”. Esta parte se analizará bajo 3 perspectivas: a) el Ámbito de aplicación subjetiva de la legislación de competencia; b) el Principio de igualdad en el derecho de competencia; y, c) la acción del Estado.

a) Tratándose del ámbito de aplicación subjetiva de la legislación de competencia, la doctrina y práctica moderna señalan que se aplica a personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que realicen actividad económica.

En realidad, las palabras “particularmente en el sector privado” no excluyen al sector público, por lo que no existe inconveniente al momento de aplicar la legislación de competencia. En el caso de que la Constitución señalase que se evitarán únicamente las prácticas monopólicas del sector privado pues no se estaría acorde a la práctica y legislación de la competencia actual, ya que da pauta a legalizar algunas prácticas anticompetitivas de empresas del Estado tendientes a eliminar la iniciativa privada, lo cual a todas luces sería perjudicial, pero ese no es el caso. A lo que se refiere la prohibición particularmente de las prácticas anticompetitivas privadas, es a lo que más adelante se explicará bajo el literal c.- la Acción del Estado.

b) El Principio de igualdad es recogido de diferentes maneras en las legislaciones de competencia a nivel mundial, pero básicamente implica la “prohibición de la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros” (Cfr. Cerdá Martínez-Pujalte, 2008, pág. 38.). Es decir, el tratamiento y la aplicación de la legislación de competencia frente a las prácticas monopólicas privadas y públicas, es igual, salvo en lo que tiene que ver con la –acción del Estado–, que analizaremos en el literal siguiente, excepción esta que es aceptada a nivel mundial y que se fundamenta en el interés público.

Es extremadamente importante que prevalezca el principio de igualdad, es decir, la no exclusión generalizada de las empresas del Estado de la legislación de competencia, si la Constitución hubiese roto este principio, las empresas del Estado que se hubiesen constituido en monopolios se habrían convertido, en la práctica, en monopolios legales, cuyas conductas monopólicas no

podrían ser sancionadas. Sobre los monopolios legales, Bullard expresa:

“Y lo más serio es que el monopolio legal no permite que nos consolemos con la esperanza que futuros entrantes al mercado, es decir, nuevos competidores, van a corregir el problema. Los precios mayores que el monopolio carga no cumplirán el rol de crear incentivos para nuevos entrantes porque por definición esa entrada esta prohibida o limitada precisamente por la acción estatal. Hasta la más efectiva práctica privada para impedir la entrada de competidores puede ser superada. Lo mismo no ocurre con las barreras estatales, porque superarlas implica, por definición, cometer un acto ilegal. El resultado es la perpetuación de la ineficiencia o la generación de la informalidad, esa es la respuesta... que se ha dado sistemáticamente a las reglas y regulaciones absurdas que limitan la competencia. Así, desde el uso de normas prohibitivas, requisitos absurdos para el desarrollo de actividades económicas o la concesión de privilegios a empresas públicas o privadas. Incluso la creación de empresas públicas que viven de subsidios o cobertura de pérdidas por el Estado, constituyen formas de creación de monopolios que deben ser combatidas, pues distorsionan la competencia” (Bullard González, 2006, págs. 961 y ss.).

Adicionalmente, cabe señalar que la Decisión 608 de la Comunidad Andina, que está vigente y contiene las normas de competencia para la región e internamente para el Ecuador, y que además está acorde con la práctica moderna en esta materia, no discrimina a las personas jurídicas del sector privado ni excluye a las del sector público:

Artículo 1.- A los efectos de la presente Decisión, se entenderá por: (...) Agente económico: toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que oferta o demanda bienes materiales o inmateriales, o servicios en el mercado, así como los gremios o asociaciones que los agrupen; y, (...)

Artículo 3.- La aplicación de la presente Decisión, y la legislación interna de competencia de cada uno de los Países Miembros que resulte aplicable conforme a ella, se basarán en los principios de: (...) No discriminación, en el sentido de otorgar un trato igualitario a todas las personas naturales o jurídicas en la aplicación de las normas de

libre competencia, sin distinción de ningún género (...)” (Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, 2005).

Por lo anterior, el hecho de que no se excluya en la Constitución a las prácticas anticompetitivas que pudieren efectuar las empresas públicas, está perfectamente fundamentado en la doctrina y práctica moderna del Derecho de competencia económica, claro está, reconociendo la Acción del Estado.

c) La Acción del Estado constituye la excepción al ámbito de aplicación subjetiva y al principio de igualdad. Esta Acción es aceptada a nivel mundial y consiste en que el Estado puede eximir la aplicación de la legislación de competencia fundamentado en el *Ius Imperium* y por razones de interés público, a algún área de la economía nacional, es decir, por excepción se podría eximir a una empresa pública de la obligación de competir, ya sea temporal o definitivamente.

Actualmente, tanto el principio de igualdad como el ámbito de aplicación subjetiva, están recogidos en la Decisión 608 de la Comunidad Andina, por lo que a nivel interno del Ecuador, a través del Decreto Ejecutivo 1614 de 2009, estos principios también están recogidos. Esperamos que, conforme se señala en la Constitución en su artículo 336, párrafo segundo, la Ley de Competencia que sea aprobada por la Asamblea Nacional recoja tanto estos Principios como el de la Acción de Estado, de esta manera se impulsará una competencia eficaz que beneficiará a los consumidores.

Constitución, art. 319, párrafo segundo.- El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza; alentará la producción que satisfaga la demanda interna y garantice una activa participación del Ecuador en el contexto internacional.

El Derecho de la competencia económica, dentro de las prácticas anticompetitivas, señaladamente dentro los acuerdos

restrictivos de la competencia y también como una de las modalidades de abuso de la posición dominante, incluye una de las conductas monopólicas ilegales más frecuentes y graves, y es la de *–la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones–*, “bajo esta prohibición están los acuerdos o abusos por los que se fijan cifras máximas de producción o de distribución a las empresas; se limitan las calidades o las gamas de productos, o las inversiones para creación de redes de distribución o nuevas plantas de producción, o para la investigación, etc.” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2011, pág. 334).

Sobre el particular, Flint expresa que:

“Compartir datos e información a nivel de asociaciones o gremios o entre competidores no necesariamente es anticompetitivo y por tanto no necesariamente sancionable; sin embargo, cuando el intercambio de información determina la conducta a seguir o entrega datos específicos sobre cada competidor pues constituye un acto que cae en conducta anticompetitiva y por tanto sancionable porque limita la producción con el objetivo de ofrecer menos productos al mercado, y consecuentemente “la restricción de la oferta tiene como objetivo principal elevar los precios, que es la respuesta que esperan las firmas coludidas ante una demanda insatisfecha provocada por la limitación de productos” (Flint, 2002, pág. 694.).

De lo anterior se desprende que uno de los mecanismos para fomentar una producción que satisfaga la demanda interna, es la legislación de competencia, ya que ella prohíbe la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. La legislación actual de competencia que está vigente en el Ecuador, es decir, la Decisión 608 de la Comunidad Andina, a través del Decreto Ejecutivo 1614, no contempla específicamente este acto anticompetitivo, sin embargo, el artículo

7 de la mencionada Decisión constituye una Cláusula General Prohibitiva¹, por lo que esta conducta sí puede ser sancionada.

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

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

El primer párrafo es muy importante, Flint explica, justifica y apoya de esta manera la intervención estatal en materia de competencia: “el derecho de competencia asume que la competencia debe ser defendida y que como bien jurídico no puede dejarse al libre albedrío de los agentes económicos; igualmente, que el mercado carece de los mecanismos de autorregulación que impidan distorsiones por conductas anticompetitivas y que en esos casos el Estado debe intervenir con reglas claras y transparentes” (Flint, 2002, pág. 23). Estas reglas

¹ La lista de conductas anticompetitivas no es taxativa sino que pueden añadirse a ella aquellas conductas o actos que sean análogos o similares a los señalados como anticompetitivos; sin embargo, es usual que en este sistema de Defensa de la Competencia, mediante una ley, se incluya una Cláusula General Prohibitiva y a continuación una enumeración de supuestos concretos de comportamientos sancionables. Claramente podemos deducir que la ventaja inmediata de esta forma de legislar es la de evitar que con el tiempo las normas taxativas queden obsoletas, permitiendo mediante esta fórmula de Cláusula General el que se pueda tener en cuenta situaciones que al momento de legislar no se contemplan, o siendo las prácticas comerciales cambiantes, estás originen conductas nuevas (Cfr. Flint, 2002).

claras y transparentes son justamente las que conforman la Legislación de Competencia.

Sobre el segundo párrafo, el análisis de este texto se lo efectuará en cuatro partes:

a) Sobre la primera parte de este texto: “El Estado definirá una política de precios...”, debemos advertir que definir una política de precios podría ser una opción contraria a promover la competencia. La explicación es la siguiente: entre las formas de bajar los precios de los productos y/o servicios están, primero, la de aprobar una ley de defensa de la competencia y estructurar una eficiente institucionalidad que cuide, precautele y promueva la competencia, de esta manera, cada agente económico intentará obtener mayor porción del mercado a través de mecanismos de competencia legítimos y leales, y a la vez se fomenta la eficiencia económica del mercado; segundo, fijar precios, a través de este mecanismo se logra bajar los precios, pero se elimina la competencia y no existe eficiencia económica en el mercado, como resultado, tarde o temprano el mercado puede colapsar, por lo que este mecanismo no es sostenible en el tiempo; y tercero, fijar techos, este mecanismo no es anticompetitivo, pues permite que, bajo el techo fijado, los operadores económicos puedan competir. Esperemos que, de aplicarse la política de precios, ésta impulse la competencia.

b) Debemos leer los artículos 304 numeral 6 y 335 párrafo segundo, de manera transversal. En el primero, como ya se vio, se dice que se evitará “...las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.”, y en el artículo 335, num. 2, actualmente bajo análisis, se dice que “El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional...”. Nuevamente, lo conveniente sería que, entre otros mecanismos, sea la Legislación de Competencia la que impulse la producción nacional y de esta manera la eficiencia del mercado, o que mediante la política de precios se pongan techos; lo que sería

perjudicial a mediano y largo plazo para los consumidores, es la fijación generalizada de los precios de los productos, ello no fortalece la producción nacional y por tanto disminuye considerablemente la eficiencia del mercado (por excepción la fijación de precios es factible y concordante con el Derecho de la competencia económica, tal y como vimos en la Acción del Estado).

c) El segundo párrafo de este artículo se refiere a que el Estado “...establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”. El único mecanismo idóneo para establecer sanciones es la Legislación de Competencia, que actualmente, como ya se ha dicho, es la Decisión 608 de la Comunidad Andina a través del Decreto Ejecutivo 1614-2009. Estas normas señalan que la Autoridad Nacional de Competencia tiene, de manera resumida, las facultades de controlar y sancionar las conductas anticompetitivas, dictar medidas cautelares, y dictar medidas correctivas respecto de aquellas conductas.

d) La cuarta consideración de este artículo es sobre competencia desleal, y es que al expresar que el Estado “...establecerá los mecanismos de sanción para evitar... otras prácticas de competencia desleal”, está dejando la puerta abierta para la aprobación de las normas sancionadoras de la competencia desleal, las cuales serán aplicadas por la Agencia de Competencia. Esta línea es correcta, ya que actualmente los cuatro artículos que norman la competencia desleal son totalmente obsoletos y deberían ser derogados; además, y constan dentro de la Ley de Propiedad Intelectual, la misma que *proporcionalmente* tiene muy poca relación con la legislación sancionadora de la competencia desleal. Actualmente las modernas Leyes Sancionadoras de la Competencia Desleal a nivel mundial son cuerpos legales amplios que incluso abarcan disposiciones sobre Publicidad Comercial y

que obviamente son independientes del tema de la Propiedad Intelectual.

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

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

En este artículo se confirma que se aprobará una Ley de Competencia Económica, la misma que sancionará las conductas anticompetitivas que distorsionen el comercio con lo cual se busca la eficiencia en los mercados; igualmente, del texto del segundo párrafo señala que la Ley que se apruebe, debe recoger el Principio de Igualdad.

Constitución, art. 416.- Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia:

12. Fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados.

En Derecho de la competencia económica existe la doctrina de los efectos, que está directamente relacionada con el ámbito de aplicación territorial de esta legislación. Esta doctrina señala que las normas de competencia son de aplicación a cualquier práctica y/o conducta anticompetitiva que produzcan efectos en todo o en

parte del territorio nacional de determinado país, independientemente del lugar donde aquellas se hayan originado.

Esta doctrina se desarrolló en principio en Estados Unidos (cfr. Ruiz Periz, 2004, pág. 39)², como mecanismo de control y defensa frente a los efectos nocivos de cárteles internacionales, acciones basadas en el poder de mercado de empresas extranjeras transnacionales, en la actualidad se aplica también en toda Europa:

“En virtud de la doctrina de los efectos el hecho de que las empresas participantes en un acuerdo restrictivo de la competencia, o la que realiza una conducta restrictiva abusiva estando en posición de dominio, estén establecidas en un tercer Estado no es obstáculo para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado cuando el acuerdo produce sus efectos en el territorio de la Unión” (Ruiz Periz, 2004, págs. 39 y ss.).

Dicha teoría plantea que lo relevante para la aplicación de las normas protectoras de la competencia son los efectos reales o potenciales que pueda producir alguna conducta o acto de las empresas, sin importar el lugar donde las mismas se encuentran constituidas o realizan sus actividades, “en tal sentido, la aplicación de la legislación sobre libre competencia centra el análisis en el ámbito geográfico sobre el cual pueden tener efectos restrictivos o dañinos las prácticas o actos que realizan las empresas, independientemente de que sean nacionales o extranjeras” (Proyecto de Ley de Competencia del Perú, 2006, Exposición de Motivos).

Esta doctrina va de la mano con el importante principio de responsabilidad de la dominante en el Derecho de la competencia, mediante éste se puede responsabilizar a la matriz de la empresa transnacional en el exterior (dominante) por las acciones

² En el caso *Mandeville Island Farms vs. American Crystal Sugar Co.*, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América señaló que la aplicación de la Sherman Act debía enfatizar el análisis en los efectos más que centrarse en la localización de la conducta del denunciado.

efectuadas por su sucursal (dominada) en el país donde se producen los efectos de la conducta anticompetitiva, cuando esta última ha recibido las directrices para la aplicación de dicha conducta desde su matriz en el exterior.

Consecuentemente, este artículo de la Constitución permite que mediante la aplicación de la moderna legislación de competencia, se pueda, de cierta manera, controlar a las empresas extranjeras que incurren en conductas anticompetitivas cuyos efectos distorsionan o perjudiquen al mercado ecuatoriano.

Constitución Art. 17.- El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto: (...) 3. No permitirá el oligopolio o monopolio, directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias.

Hemos dejado el comentario de este artículo para el final en vista de que pese a que pudiera pensarse que su análisis debe efectuarse bajo la perspectiva del Derecho de la competencia económica, como el resto de artículos, pues no es así por los motivos que veremos a continuación.

En materia de Derecho de competencia, de manera resumida, la concentración económica implica la adquisición del control económico total o parcial, por parte de una o más empresas sobre otra, a través de fusiones, creaciones de empresas comunes, adquisición de participaciones, y en general, todos los medios a través de los cuales una empresa puede llegar a ejercer una influencia decisiva directa o indirecta sobre la empresa controlada (cfr. Sacaria & Valastro, 1998).

En materia de Comunicación, la concentración de medios de comunicación produce singularidad de fuentes de información y una o pocas corrientes de opinión (cfr. Apreza Salgado, 2007, pág. 84).

Si extrapolamos estas nociones, tenemos que el concepto de concentración de medios de comunicación es: “Una empresa o grupo empresarial, a través de cualquier medio, ejerza una

influencia decisiva, directa o indirecta, sobre otra y otras empresas; influencia capaz de menoscabar o eliminar la independencia de estas fuentes de información, e incluso impedir la entrada en el mercado, de nuevos operadores” (cfr. Apreza Salgado, 2007, págs. 84 y ss.).

En la práctica internacional existen normas, con diferentes mecanismos, que están dirigidas a evitar que la concentración de medios de comunicación lesione los objetivos de la pluralidad de opinión y de fuentes de información; estas normas obligan a que dicha concentración sea autorizada y/o condicionada por la Autoridad competente, es decir, en principio por la Autoridad señalada en las legislaciones de Medios de Comunicación de cada país. Por ello, toda concentración de Medios debe ser autorizada o condicionada por la Autoridad de Comunicación, para evitar el menoscabo o eliminación de la independencia de las fuentes de información.

Por todo lo anterior, el artículo 17, numeral 3 de la Constitución del Ecuador, no es materia del Derecho de la competencia económica, sino que se refiere a la normativa de medios de comunicación. Sin embargo, luego del análisis de independencia de fuentes de información, sí podría aplicarse los mecanismos de control económico, en caso de que los medios de comunicación, a más de concentrar fuentes, también se concentraren económicamente.

Como vemos, en términos generales, las normas del derecho de competencia económica, en general, están acorde y son adecuados a las disposiciones de la Constitución del Ecuador.

REFERENCIAS

- Apriza Salgado, S. (2007). Concentración de Medios de Comunicación vs Pluralismo Informativo Externo. En R. Huber & E. Villanueva (Eds.), *Reforma de medios electrónicos, ¿avances o retrocesos?*, págs. 63-85. México DF: UNAM.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2011). *Apuntes de Derecho Mercantil: Derecho Mercantil, Derecho de Competencia y Propiedad Intelectual*. Cizur Menor, Navarra: Arazandi.
- Blume Fortini, E. (1997). La Constitución Económica Peruana y el Derecho de la Competencia. *Revista Themis*, 36.
- Bullard González, A. (2006). *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*, 2ª edición. Lima: Palestra.
- Cabanellas de la Cuevas, G. (1983). *Derecho Antimonopolio y de Defensa de la Competencia*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cerdá Martínez-Pujalte, C.M. (2008). *La Igualdad en el Derecho de Defensa de la Competencia*. Valencia: Tirant Le Blanch.
- Diez Canseco, L. (1997). Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica. *Revista Themis*, 36.
- Fernández Segado, F. (1992). *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dyckinson.
- Flint, P. (2002). *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Galán Ignacio, F. (1987). *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*. Madrid: Tecnos.
- Gómez Leiva, D. (1998) *De las Restricciones, del Abuso, y de la Deslealtad en lo Competencia Económica*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Ruiz Periz, J.I. (2004). *La Responsabilidad de la Dominante en el Derecho de la Competencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch
- Sacaria R. & Valastro, A. (1998). *Diritto dell'informazione e della comunicazione*. Padua: CEDAM. 1998.

Soncco Mendoza, P.M. (2008). Control de Concentraciones Empresariales: El derecho en los mercados. *Revista de la Facultad de derecho de la universidad Nacional de San Agustín*.