



**Universidad del Azuay**

**Facultad de Ciencias Jurídicas**

**“DERECHO DE COMPETENCIA, PRINCIPIOS  
GENERALES Y EL PROYECTO DE LEY  
ECUATORIANA”**

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Doctor en  
Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales de Justicia del Ecuador**

**Autor:** Maria Rosa Burneo Maldonado

**Director:** Dr. Rodrigo Andrés Cordero M.

**Cuenca, Ecuador  
2007**

## **DEDICATORIA**

Me gustaría dedicar todo este esfuerzo a mi familia, especialmente a mis padres que son una guía en mi vida y en mis estudios, los que supieron apoyarme en todo momento. Además sé que ellos son quienes más disfrutan mi triunfo de haber acabado una carrera universitaria.

## **AGRADECIMIENTO**

Tras un largo periodo de estudio me encuentro terminando la carrera de Ciencias Jurídicas. Esta tarea ha requerido un gran esfuerzo de mi parte y de las personas que me rodean.

Me parece necesario agradecer a mi familia quienes me supieron apoyar en todo momento para conseguir este objetivo.

A la Universidad del Azuay y a todo su personal docente, a quienes agradezco todo el conocimiento que sin reserva supieron brindarme y de una manera especial al Dr. Rodrigo Andrés Cordero M., director de mi tesis, quien me apoyo para poder realizar este trabajo.

## RESUMEN

En éste trabajo analizo el Derecho de Competencia, como una rama jurídica que puede ser considerada una herramienta política legislativa cuyo impacto trasciende ampliamente en los mercados y las empresas. La estructura competitiva de un país constituye una de las características básicas determinantes de la organización y evolución de su economía.

Concentrada inicialmente la aplicación de este tipo de normas en los Estados Unidos, la formación de un Mercado Común Europeo dio un gran impulso a su aceptación e implementación en la mayoría de países de Europa Occidental. El Ecuador se ha mantenido al margen de la realidad de dichos mercados.

La existencia de una verdadera competencia es la garantía clave para el correcto ejercicio de la libertad de empresa y para lograr una asignación eficiente de los recursos.

El esquema de la economía capitalista sin un marco legal adecuado, conduce a situaciones de saqueo político, monopolios y corrupción, lo que conlleva a una lucha de poderes para lograr la conquista de rentas monopólicas; en lugar de orientarse a la innovación y eficiencia del mercado. La legislación de Defensa de la Competencia regula los actos y estructuras para que no caigan en la ilegalidad y defiende el derecho constitucional de toda persona a ser económica activamente dentro de un mercado determinado.

Existe un Proyecto de Ley Ecuatoriana, aunque no se puede considerar que solo con la creación de ésta se logre que el sistema económico se torne mas activo, los beneficios de una ley, serian; que el mercado tenga reglas claras que definan el entorno donde se realiza la actividad económica.

## **ABSTRACT**

In this paper I analyze the Antitrust Laws, like a legal branch than can be considered a political and legislative tool whose impact widely goes beyond the markets and the companies. The competitive structure of a country constitutes one of the determining basic characteristics of the organization and evolution of its economy.

Initially the application of this type of norms was concentrated in United States, the creation of an common market in Europe gave a grate impulse to acceptance and implementation in most of countries of Western Europe. Ecuador has stayed to the margin of the reality of these markets.

The existence of a true competition is the guarantee for the correct exercise of the freedom of company and obtain an efficient allocation of the resources.

The Antitrust Laws regulates the acts and structures so that they do not fall in the illegality and defends the right of all person of being economically active within a certain market.

# ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>DEDICATORIA .....</b>	<b>II</b>
<b>AGRADECIMIENTO.....</b>	<b>III</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>IV</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>V</b>
<b>ÍNDICE DE CONTENIDOS .....</b>	<b>V</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPITULO I: ANTECEDENTES DEL DERECHO DE COMPETENCIA .....</b>	<b>3</b>
1.1    Consideraciones generales del Mercado.....	3
1.1.1 Necesidades .....	4
1.1.2 Bienes .....	5
1.1.3 Escasez.....	5
1.1.4 Mercado.....	7
1.1.5 Agentes de Mercado .....	8
1.1.6 Funcionamiento del Mercado .....	9
1.1.7 Clasificación del Mercado.....	11
1.1.8 Principales estructuras del mercado tomando en cuenta el vendedor .....	14
1.1.9 Principales estructuras del mercado tomando en cuenta el comprador: ....	15
1.1.10 Competencia .....	16
1.1.11 Estructura del mercado según el número de participantes. ....	20
1.1.12 Libre Competencia .....	20
1.2. Consideraciones Internacionales del Derecho de Competencia.....	25
1.2.1 Historia .....	25
1.2.2 Antecedentes del Derecho de Competencia en la Legislación Estadounidense .....	27
1.2.3 Antecedentes Históricos de Derecho de Defensa de la Competencia en Europa.....	31
1.2.4 Antecedentes de Legislación de Protección de la Competencia en Japón	34
1.2.5 Referente Histórico de Competencia en América Latina.....	35

<b>CAPITULO II: PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE COMPETENCIA.....</b>	<b>39</b>
2.1 Objetivos del Derecho de Competencia .....	39
2.1.1 Evolución de las Escuelas que señalan los Objetivos del Derecho de Competencia .....	41
2.2 Objetivos de las Leyes de Defensa de la Competencia en el Mercado Común Europeo.....	45
2.3 Diferencias entre los Sistemas y Políticas de Defensa de la Competencia entre el Derecho Comunitario Europeo y Estadounidense.....	47
2.4 Fines del Derecho de Competencia .....	49
2.4.1 Lograr una asignación racional de recursos.. .....	49
2.4.2 Evitar distorsiones en la distribución del ingreso nacional.. .....	51
2.4.3 Es un mecanismo sustitutivo de la intervención estatal directa en la economía.....	54
2.4.4 Instrumento de protección del consumidor.. .....	56
2.4.5 Es instrumento de la organización política y social.. .....	57
2.5 Bien Jurídico Protegido .....	58
2.6 Internacionalización del Derecho de Competencia .....	63
2.7 Derecho de Competencia en Estados Unidos .....	67
2.8 Derecho de Competencia Comunitario en Europa. ....	71
<b>CAPITULO III: CONCEPTOS .....</b>	<b>76</b>
3.1 Conceptos económicos. ....	76
3.1.2 Competencia. ....	91
3.2 Conceptos Jurídicos.....	97
3.2.1 Derecho Económico. ....	97
3.2.2. Derecho de Defensa de la Competencia.....	97
<b>CAPITULO IV: ACTOS ANTICOMPETITIVOS.....</b>	<b>102</b>
4.1.1 Contenido de las Conductas Anticompetitivas.....	102
4.1.2 Valoración de las Conductas Anticompetitivas:.....	102
4.1.3 Actos Anticompetitivos .....	104
4.1.4 Consideraciones sobre la integración vertical. ....	123

<b>CAPITULO V:ANALISIS AL PROYECTO DE LEY DE COMPETENCIA DE ECUADOR.....</b>	<b>129</b>
5.1 Marco Constitucional .....	133
5.2 OTRAS LEYES.....	136
5.3 Iniciativas en pro de una Ley Orgánica Regulatoria de la Actividad y Competencia Económica .....	137
5.4 Principios que han de inspirar una Ley Orgánica Regulatoria de la Actividad y Competencia Económica .....	141
5.5 Carácter de la Ley Orgánica Regulatoria de la Actividad y Competencia Económica .....	143
5.6 Contenido y análisis de la Ley Orgánica Regulatoria de la Actividad y Competencia Económica .....	144
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>179</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>184</b>
<b>ANEXO.....</b>	<b>190</b>

# INTRODUCCIÓN

La legislación Antimonopólica o de Defensa de la Competencia constituye una de las ramas jurídicas que mayor desarrollo ha alcanzado en el mundo industrializado en las últimas décadas, ha pasado de ser un ordenamiento estático a ser un integrante fundamental en el control de las actividades económicas, dirigido principalmente a dotar al sistema productivo de un adecuado margen de participación, competencia y competitividad, en la lucha por ser una herramienta eficaz tanto para el Estado, como para los productores y los consumidores.

Las normas regulatorias de la competencia se refiere exclusivamente a actividades de índole económica, sin embargo sus efectos no se refieren solamente al funcionamiento del sistema productivo, sino que inciden sobre las bases de la sociedad en general. Por tal motivo inicio la presente investigación analizando algunos conceptos económicos básicos para comprender el Derecho de Competencia. Revisaremos conceptos como de el mercado, sus agentes, funcionamiento, clasificación y principales estructuras; de los bienes, escasez; y de la libre competencia.

Se expondrá, además una retrospectiva histórica de los antecedentes del Derecho de Competencia en las principales legislaciones como la Estadounidense, Europea, Japonesa y Latinoamericana, el empleo de estas referencias que brinda el Derecho Comparado se hará teniendo en cuenta la estructura legal y económica en que se basan.

En el capítulo II, se hará un estudio de los principios básicos y de los objetivos que persigue el Derecho de Competencia dependiendo del país de aplicación, los fines de éste y el bien jurídico protegido. Asimismo, analizaremos sobre los fines del Derecho de Competencia, el bien jurídico protegido de esta rama de las ciencias

jurídicas y la internacionalización de ésta con las respectivas aplicaciones desde la perspectiva de los Unión Europea y de los Estados Unidos.

Siendo el ordenamiento jurídico un sistema que aspira a la coherencia entre sus distintas normas y que todas ellas guardan cierta relación entre sí; se estudiará en el capítulo III, los conceptos jurídicos necesarios para la definir lo que ha de entenderse como Derecho de Competencia desde la perspectiva económica y jurídica.

Dado que la competencia ha de desarrollarse en un marco de interacción entre oferta y demanda, los efectos directos sobre ella sólo pueden configurarse en la medida en que se altere alguno de sus aspectos dinámicos o estructurales de la misma, por ello se analizará, en el Capítulo IV los actos contrarios a la competencia, conocidos como “anticompetitivos” analizando el contenido de las conductas, la valoración de las mismas y algunas consideraciones sobre la integración vertical.

Finalmente, gracias al proceso de modernización del Estado Ecuatoriano se ha obligado a que la estructura económica del mismo sea regulada de una forma más eficiente y conforme a las necesidades de la época. Por lo que es importante hacer un análisis profundo sobre el Proyecto de Ley a la actividad y competencia económica de Ecuador partiendo de consideraciones constitucionales y legales para luego revisar los principales pilares en los que se fundamenta el proyecto; así como las ventajas y falencias que se observan en dicha iniciativa.

Sin duda, hablar del Derecho de Competencia en el Ecuador, no es hablar de una simple expectativa, es hablar de una realidad que necesita ser analizada y sujeta a un discusión que nos permita regular con claridad y transparencia la libre y justa competencia precautelando siempre la adecuada distribución de la riqueza y a todas

# CAPITULO I

## ANTECEDENTES DEL DERECHO DE COMPETENCIA

### 1.1 Consideraciones generales del Mercado.

Antes de empezar con el estudio del Derecho de Competencia, hay que analizar el entorno en que esta rama legal se desarrolla. El campo de aplicación es el mercado, para lo cual es necesario conocer la evolución y los elementos que lo conforman.

Desde que el hombre hizo su aparición en la tierra ha debido hacer frente a sus múltiples insuficiencias utilizando los frutos disponibles a su alcance para satisfacerlas. Con el transcurso del tiempo la humanidad aprendió a utilizar los recursos existentes y a servirse de ellos para la satisfacción de las necesidades más básicas, hoy en día sus requerimientos y necesidades son cada vez más específicas ya que los bienes y servicios son más especializados y complejos, a pesar de que no debemos confundir lo que realmente constituyen necesidades con simples deseos.

Pese a que el hombre ha sabido utilizar los recursos existentes se ha mantenido dos características constantes a lo largo del tiempo, las necesidades son ilimitadas mientras que los recursos para satisfacerlas son escasos y limitados.

Con las dos características antes señaladas nace la ciencia económica para buscar una solución a la problemática, ya que siempre coinciden que los recursos son escasos y que deben ser asignados eficientemente.

Ya decían Samuelson y Nordhaus: ““la esencia de la economía es reconocer la realidad de la escasez y averiguar entonces como debe organizarse la sociedad de tal manera que utilice del modo mas eficiente los recursos””<sup>1</sup>

Para comprender a cabalidad el estudio de los mercados debemos analizar los elementos que éste contiene:

### **1.1.1 Necesidades**

Para Kotler, necesidad es “un estado de privación que siente un individuo”<sup>2</sup>. Con esta definición se puede decir que necesidad es la carencia de algo, unida al deseo de satisfacerla. El elemento de la necesidad es fundamental para la existencia de la ciencia económica, el mismo que se encuentra íntimamente ligado a la ciencia del derecho, ya que la interacción de las dos generan nuevas instituciones, las que tienen que estar dispuestas a irse ajustando a la realidad en que vive.

Las necesidades en forma genérica admiten múltiples clasificaciones. Según su origen pueden ser necesidades del individuo o de la sociedad; según su naturaleza pueden ser primarias o secundarias.

Es interesante analizar el postulado de algunos teóricos actuales que han llegado a la conclusión de que existe incremento en la creación de necesidades a partir de aplicación de algunas estrategias de marketing, muchas veces se considera como una necesidad algo que es simplemente un deseo creado por publicidad, para ello hay que entender que deseo es la forma que las necesidades adoptan al ser requeridas por el demandante dentro de la sociedad, dependiendo de la cultura y la personalidad del sujeto.

---

<sup>1</sup> SAMUELSON Y NORDHAUS, “Economía”. Editorial McGraw Hill. España. 16 edición 1999. Pág. 5

<sup>2</sup> KOTLER Philip. “Dirección de Mercadotecnia”. Editorial Prentice-Hall. 8va edición. México 1996. Pág. 7

### 1.1.2 Bienes

“Es todo aquello que satisface directa o indirectamente los deseos o necesidades de los seres humanos”<sup>3</sup>. El concepto de bien admite una serie de clasificaciones valiéndose la pena mencionar la división económica que hace Nestor Braidot en su libro “Marketing Total”, los divide según su carácter en libres y económicos. Son bienes libres aquellos que existen en cantidades suficientes, por lo que no es necesario repartirlos entre quienes desean utilizarlos, y son bienes económicos aquellos que son escasos en relación a la cantidad total que se desea por tanto deben ser restringidos cobrando un precio para la obtención del mismo. Son estos últimos el objeto de estudio de las ciencias económicas.

Se definen también a los bienes económicos o escasos como:

*Oposición a los bienes libres, son aquellos que se adquieren en el mercado pagando por ello un precio. Es decir, bienes materiales e inmateriales que poseen valor económico y por ende susceptibles de ser valuados en términos monetarios. En este sentido, el término bien es utilizado para nombrar cosas que son útiles a quienes las usan o poseen. En el ámbito del mercado, los bienes son cosas y mercancías que se intercambian y que tienen alguna demanda por parte de personas u organizaciones que consideran que reciben un beneficio al obtenerlos.*<sup>4</sup>

### 1.1.3 Escasez

Samuelson y Nordhaus definen a la escasez desde dos puntos de vista diferentes. El primero como una característica propia del denominado bien económico, aquel que no puede obtenerse gratuitamente, es decir que son restringidos. El segundo enfoque se

---

<sup>3</sup> SAMUELSON Y NORDHAUS, “Economía” Op. Cit. Pág. 6

<sup>4</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/Bienes>

basa en el principio según el cual las cosas que las personas desean sólo pueden obtenerse en una oferta limitada.

Por tanto la escasez se presume que es un problema de elección, ya que los recursos son escasos y las necesidades que se deben ser satisfechas son múltiples, viéndose desafiados por el problema de la elección. Teniendo que elegir aquello que produce mayor bienestar a menor costo.

*La escasez es un concepto central en economía. De hecho, la economía neoclásica, la escuela dominante hoy en día, se define involucrando la escasez. La definición de Lionel de Robbins es 'economía es una ciencia que estudia el comportamiento humano como relación entre los fines y los medios escasos que tienen aplicaciones alternativas'. La escasez implica que no pueden conseguirse suficientes recursos para producir lo suficiente como para cubrir todas las necesidades. Alternativamente, la escasez implica que no pueden conseguirse todos los objetivos de la sociedad a la vez, de manera que debe de seguirse una política de prioridades.<sup>5</sup>*

Existe así una competencia por los recursos que son pocos o escasos, en la lucha por satisfacer las necesidades existentes, para esto se requiere un sistema que regule esta competencia y que distribuya de forma equitativa los bienes.

A través de la historia han sido diversos y numerosos los sistemas que se han puesto en práctica para regular la asignación efectiva de recursos. Hoy en día se considera a la economía de mercado como el sistema óptimo para la asignación de recursos.

---

<sup>5</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/escasez>

La existencia de necesidades son múltiples y los recursos para satisfacer las mismas son escasos, para esto, la ciencia económica busca el uso de los recursos de la manera más eficaz posible para satisfacer las necesidades de los individuos. En otras palabras la economía busca utilizar los recursos de manera que reporten el máximo nivel de satisfacción posible con los factores y tecnología dados.

#### **1.1.4 Mercado**

Una vez analizados rápidamente algunos conceptos económicos, es necesario analizar lo que se considera como mercado. En sus inicios el mercado fue considerado como un espacio físico en el cual se producía un intercambio de productos entre compradores y vendedores perfectamente determinados. Con el avance del tiempo y la tecnología, el concepto de mercado se ha independizado de un espacio físico, es posible hablar por ejemplo de un mercado electrónico, de un mercado internacional etc. A su vez el concepto de comprador y vendedor que pactaban su negocio frente a frente ha cambiado, hoy en día es común realizar transacciones por teléfono o incluso vía Internet.

Es conveniente precisar algunas definiciones de mercado, como la que nos da Hugo Aranda: “Es el ámbito en que se ajustan centralizada y coordinadamente las ofertas y demandas de un bien económico”<sup>6</sup>

Paúl Samuelson define al mercado como: “el mecanismo en el que los compradores y los vendedores determinan conjuntamente los precios y las cantidades de las mercancías”<sup>7</sup>

Se define también a mercado dentro del campo económico como el “conjunto de transacciones, acuerdos o intercambios de bienes y servicios entre compradores y

---

<sup>6</sup> ARANEDA Hugo. “Curso de Economía Política”. Editorial Jurídica de Chile. Chile 1967. 3 Edición Pág. 367

<sup>7</sup> SAMUELSON Y NORDHAUS, “Economía”. Op. Cit. Pág. 772

vendedores. En contraposición con una simple venta, el mercado implica el comercio regular y regulado, donde existe cierta competencia entre los participantes”<sup>8</sup>.

Se puede concluir indicando que el mercado actual es el espacio en el cual bienes, servicios y agentes productivos se intercambian y negocian libremente, a través de los actores de mercado que son los que participan en la actividad de intercambio, coordinan conviniendo por un lado la cantidad y por otro el precio, para lograr este intercambio. Intervienen como agentes de mercado los oferentes y los demandantes, que son lo mismo los vendedores y los compradores.

### **1.1.5 Agentes de Mercado**

#### **1.1.5.1 Oferentes**

Son aquellos que ponen determinados productos, bienes o servicios a disposición de los consumidores, es decir, son quienes colocan bienes y servicios en el mercado. El comportamiento de los oferentes dentro de la economía es denominado oferta.

El comportamiento de los oferentes, o lo que es lo mismo, de la oferta está determinado por una serie de factores.

Hugo Araneda clasifica estos factores que afectan a los oferentes en:

- *El precio de los bienes ofrecidos,*
- *El precio de otros bienes complementarios o sustitutivos ofrecidos en el mercado,*
- *El costo de los factores productivos,*
- *La tecnología*<sup>9</sup>.

#### **1.1.5.2 Demandantes**

Demandantes son aquellas personas que desean los bienes o servicios que se les ofrece y que están dispuestos a consumir los bienes o servicios, en un momento

---

<sup>8</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/Mercado>

<sup>9</sup> **ARANEDA Hugo**. “Curso de Economía Política”. Op. Cit Pág. 370

determinado y a un precio específico. El comportamiento de este conjunto de demandantes dentro del mercado es lo que se conoce como demanda.

Este comportamiento al igual que la oferta está determinado por una serie de factores entre los que podemos encontrar:

- *El precio de lo que se desea adquirir existiendo una clara relación entre el precio de un bien y la cantidad demandada del mismo,*
- *El ingreso del cual dispone el demandante,*
- *Los gustos y preferencias,*
- *El precio de otros bienes sustitutos o complementarios del bien que se desea adquirir<sup>10</sup>.*

El intercambio entre demandantes y oferentes actualmente es indirecto, se lo realiza a través de dinero y es precisamente respecto de estos términos en que se llevará a cabo el intercambio indirecto, que los agentes de mercado han coordinado, actuando para ello como verdaderas fuerzas que se irán coordinando y para así dar como resultado un precio fijado por el mercado, el cual se considera en su concepto puro, sin interferencias externas, como el precio en el cual bienes y servicios serán negociados.

### **1.1.6 Funcionamiento del Mercado**

Como se definió en párrafos anteriores, mercado es el ámbito en que se realizan las actividades en las que se ponen en contacto la oferta y la demanda para negociar bienes y servicios. En éste se realiza la lucha entre dos fuerzas contrarias; la oferta y la demanda, a fin de conseguir el precio más conveniente para cada una de ellas, surgiendo de esta manera un precio de mercado que es en el cual los oferentes están dispuestos a vender y los demandantes dispuestos a comprar.

---

<sup>10</sup> ARANEDA Hugo. “Curso de Economía Política”. Op. Cit. Pág. 370

Para que el mercado se desarrolle debe existir de forma ordenada, regulada y concentrada las ofertas y las demandas referentes a un determinado bien. En estas condiciones, dentro de un mismo mercado, compradores y vendedores no deciden, pactan o afectan sobre los precios, ya que simplemente las fuerzas de la oferta y la demanda determinan el precio de equilibrio. Esto ocurrirá siempre y cuando fuerzas externas no intervengan ejerciendo presión sobre el precio y creando una situación ajena a la realidad en la cual el precio no es el adecuado.

### **1.1.7 Clasificación del Mercado**

Señalaré las clasificaciones más importantes del mercado:

**1.1.7.1 Dependiendo del Área Geográfica que abarquen:** los mercados se clasifican en:

- **Locales:** Mercados que se localizan en un ámbito geográfico muy restringido, como la localidad.
- **Regionales:** Mercados que abarcan varias localidades integradas en una misma región geográfica o económica.
- **Nacionales:** Mercados que integran la totalidad de las transacciones comerciales internas que se realizan en un país; también se le llama mercado interno.
- **Mundial:** El conjunto de transacciones comerciales internacionales, entre países, forman el mercado mundial.

**1.1.7.2 De acuerdo con lo que se ofrece:** los mercados pueden ser:

- **De mercancías:** Cuando en el mercado se ofrecen bienes producidos específicamente para venderlos; por ejemplo, mercado del calzado, de ropa, del café, etcétera.
- **De servicios:** Son aquellos en que no se ofrecen bienes producidos sino servicios, el más importante es el mercado de trabajo.

Los diferentes tipos de mercados son conocidos por el producto que ofrecen y son, por tanto, bastante amplios y generalizados; así por ejemplo, se habla del mercado de dinero, mercado de capitales, mercado de trabajo, mercado del azúcar, etc.

**1.1.7.3 De acuerdo con el tiempo de formación del precio:** los mercados se clasifican en:

- **De oferta instantánea:** En este tipo de mercado el precio se establece rápidamente y está determinado por el precio de reserva, que es el último precio al cual vendería el oferente, es decir en el que está dispuesto a hacer una negociación, funciona principalmente en un mercado de competencia perfecta, es decir es un concepto teórico más práctico.
- **De corto plazo:** En este tipo de mercado el precio no se establece rápidamente y se encuentra determinado en buena medida por los costos de producción, es decir la. La empresa puede variar la proporción en que emplea sus recursos pero no todos. En este tipo de mercado también se incluye el de mediano plazo, con las mismas características que el de periodo corto.

- **De largo plazo:** El precio se establece lentamente y está determinado principalmente por los costos de producción. Es un período lo bastante largo para que la empresa cambie la proporción en que utiliza sus recursos productivos, pueden incluso variar todos los costos.

**1.1.7.4 De acuerdo con la competencia que se establece en el mercado:** este puede ser de dos tipos:

- Competencia perfecta
- Competencia imperfecta

Debido a que ésta es la clasificación más importante de los mercados, analizaremos las características generales de ambos tipos de competencia.

#### **1.1.7.4.1 Competencia Perfecta**

##### **1.1.7.4.1.1 Definición y Características**

El mercado de competencia perfecta “es aquel en que existe un gran número de compradores y vendedores de una mercancía, se ofrecen productos similares (producto tipificado), existe libertad absoluta para los compradores y vendedores y no hay control sobre los precios ni reglamento para fijarlos”<sup>11</sup>. El precio de equilibrio se da cuando la cantidad ofrecida es igual a la cantidad demandada.

Las características o condiciones que se debe cumplir para ser considerado mercado de competencia perfecta son:

---

<sup>11</sup> **MILLER Roger**. “Microeconomía”. Editorial Mc Graw Hill. 3ª Edición. México 1990. Pág. 332

- La oferta y la demanda deben ser atómicas; es decir, constituidas por partes muy pequeñas. El número de oferentes y demandantes es tan grande, que ninguno de ellos en forma individual puede intervenir para modificar el precio.
- Debe existir pleno movimiento de mercancías y factores productivos, es decir, la posibilidad de moverse libremente en el mercado. Las empresas se comportan realmente como rivales, como auténticas competidoras.
- A las nuevas empresas que lo deseen y cuenten con recursos necesarios no se les debe impedir la entrada al mercado.
- Las mercancías deben ser homogéneas. No debe haber diferencias específicas entre ellas para que no exista la necesidad de la publicidad competitiva, sino solamente informativa.
- Los poseedores de los factores productivos, demandantes y oferentes de mercancías y servidores, deben tener un perfecto conocimiento de todos los movimientos que ocurran en el mercado.

Es imposible que exista competencia perfecta, puesto que debería tratarse de una economía fuera de lo común para que exista igual número de ofertantes como oferentes, sin que ninguno de éstos puedan influenciar en la misma. Lo que se acercaría a la realidad es que en la medida en que un mercado cumpla con las características antes señaladas será más perfecto, o en la medida en que no cumpla con dichas características, será menos perfecto o se alejará de la perfección, llevándonos a la siguiente clasificación, el mercado de competencia imperfecta.

#### **1.1.7.4.1.2 Competencia Imperfecta**

En la medida en que un determinado mercado no cumpla con las características de la competencia perfecta, será un mercado con mayor o menor imperfección y con

mayor o menor competencia. Por lo tanto algunas características de la competencia imperfecta son:

- El número de oferentes no es tan grande como en la competencia perfecta; puede ser un reducido número o bien un solo vendedor. En este caso los oferentes sí pueden intervenir para modificar los precios.
- No existe plena movilidad de mercancías y factores productivos. Es decir, existe o puede existir algún grado de control sobre las mercancías o los factores productivos.
- Puede haber diferenciación de productos, debido a estas diferencias, reales o supuestas de las mercancías puede existir la publicidad competitiva.
- No hay plena libertad para que nuevos oferentes entren al mercado, ya que puede haber control de patentes, control tecnológico, etcétera.

No existe un registro sobre todos los movimientos que ocurren en el mercado, especialmente de los demandantes. Es posible que los oferentes conozcan mejor los movimientos del mercado aunque no en forma perfecta.

### **1.1.8 Principales estructuras del mercado tomando en cuenta el vendedor**

Una breve referencia a esta clasificación ya que posteriormente será analizada con mayor detenimiento.

- *Monopolio.*- Existe un solo vendedor del producto, es la máxima expresión de imperfección del mercado. Samuelson lo define como “una estructura de mercado en la que una única empresa ofrece una mercancía”<sup>12</sup>. Es necesario tener presente que este

---

<sup>12</sup> SAMUELSON Y NORDHAUS. “Economía”. Op. Cit. Pág. 773

bien o servicio no tiene un sustituto lo que lo convierte en una única alternativa que tiene el consumidor.

- *Oligopolio.-* Hay pocos vendedores que ofrecen grandes cantidades del producto, existe un número pequeño de empresas de un mismo sector, las cuales dominan y tienen el control sobre el mercado.
- *Competencia monopolística.-* Hay muchos vendedores de productos diferenciados. En este tipo de competencia, existe una cantidad significativa de productores actuando en el mercado sin que exista un control dominante por parte de ninguno de éstos en particular

El mercado está compuesto por oferentes que forman una mayoría poderosa y otros que forman una minoría que no tiene mucho peso en él. En ambos casos el producto es homogéneo o ligeramente diferenciado.

- *Competencia perfecta:* hay muchos vendedores de un producto homogéneo; se ofrecen productos similares (producto tipificado); existe libertad absoluta no hay control sobre los precios ni reglamento para fijarlos

#### **1.1.9 Principales estructuras del mercado tomando en cuenta el comprador:**

- *Monopsonio.-* Hay un solo comprador del producto, el mismo que un control especial sobre el precio de los productos, ya que los productores tienen que ajustarse a las exigencias del comprador en lo referente al precio y calidad.
- *Oligopsonio.-* El mercado cuenta con número reducido de consumidores, los cuales ostentan el poder sobre los precios y las cantidades de un producto dentro del mercado.

- *Competencia monopsonista.*- El mercado está compuesto por compradores mayoritarios de gran importancia en él y otros minoritarios que no tienen peso alguno.
- *Competencia perfecta:* existen muchos compradores que demandan cantidades pequeñas.

La estructura del mercado tiene vital importancia en la determinación de los precios.

Se realizó esta explicación con el objetivo de poder entender el marco en donde el Derecho de Competencia se desenvuelve. Es básico el conocimiento y entendimiento del mercado como tal y sus elementos ya que así se podrá entender el porqué de una legislación Anti-Monopolio que generara precios irreales y situaciones de competencia injusta.

#### **1.1.10 Competencia**

Una vez estudiado el concepto de mercado, hay que analizar el significado de competencia desde el punto de vista económico, ya que solo así podremos entender la necesidad de regularla para forjar situaciones más justas. La economía entiende que existe competencia cuando diferentes oferentes concurren a un mercado a ofrecer sus bienes y servicios ante un conjunto de consumidores que actúan independientemente y que establecen la demanda. El término también se usa, en un sentido más coloquial, para aludir a las empresas que compiten por un mercado determinado, se habla de la competencia para designar a los competidores perfectamente determinados que participan dentro del mercado de bienes y servicios.

La competencia es esencial para la economía de mercado, tanto que puede decirse que ambos términos son inseparables, no existe economía de mercado sin

competencia y la existencia de competencia produce como resultado un tipo de economía que es de mercado. La competencia que existe en un mercado determinado puede alcanzar diversos grados y clasificarse en diferentes tipos según el grado de control sobre los precios que pueda tener cada uno de los oferentes y demandantes, la variedad de los bienes que se comercian y la libertad de entrada para los oferentes y a veces, los demandantes potenciales.

En un extremo de la clasificación tenemos la competencia perfecta, atomística o pura, tema analizado dentro de las distintas clasificaciones del mercado, que caracteriza a un mercado perfectamente competitivo. En este caso el número de oferentes es igual al número de demandantes, para cada uno de los bienes que se producen y el número de demandantes también lo es; no existe limitación alguna para la entrada al mercado y ninguna de las fuerzas que compiten está en condiciones de determinar los precios a los que se llega en el mismo, tampoco hay economías de escala significativas, de modo que ningún vendedor puede crecer para dominar o controlar el mercado. Este modelo abstracto puede generalizarse a toda la economía, para demostrar la interdependencia de los mercados parciales existentes y la movilidad de los diferentes factores productivos.

La competencia perfecta, como podemos darnos cuenta, no es entonces la descripción de algún mercado empíricamente existente, sino de un modelo económico a través del cual puede entenderse el funcionamiento de una economía de mercado, en la cual el precio de cada bien o servicio queda determinado por la mutua influencia de la oferta y la demanda, sin control externo alguno y sin que los actores que concurren al mercado puedan influenciar el resultado que se alcanza a través de infinitas transacciones particulares. Este modelo, que resultó básico para el nacimiento de la ciencia económica como tal, tiene una inmensa utilidad aún hoy, pues actúa como una

construcción intelectual a la cual se aproximan, en el límite, las situaciones de la realidad. Como modelo abstracto, por lo tanto, la competencia perfecta tiene la misma utilidad y valor que los modelos que elaboran otras ciencias en la comprensión de los fenómenos de la naturaleza.

Para referirse a las situaciones que se encuentran en la práctica, que se alejan de la competencia perfecta, los economistas suelen hablar de competencia imperfecta, que de igual forma ya fue analizada pero como una de las clasificaciones de los mercados. Este concepto abarca una multitud de situaciones diferentes que van desde las que se aproximan a la competencia pura hasta las que se acercan a la ausencia total de competencia. En la práctica siempre es posible encontrar que algunos oferentes o demandantes posean mayor poder que otros para la fijación de los precios, que aparecen economías de escala o que existen restricciones directas o indirectas que limitan el acceso del mercado a nuevos competidores.

A pesar de que la competencia imperfecta resulta de gran interés para la ciencia económica, pues se trata de la situación que efectivamente se encuentra en la vida real, su estudio no ha reportado mayores conclusiones de interés: no es posible construir una teoría general para cada una de las posibles situaciones que se presenten en la práctica y, en la mayoría de los casos, el modelo de competencia perfecta o el estudio de los monopolios ofrecen resultados que pueden extrapolarse de algún modo a las situaciones intermedias.

La competencia afirma que la soberanía del consumidor le otorga a éste el poder de decidir por cuales productos está dispuesto a pagar. Los productos poco atractivos, los métodos caros de producción y la combinación ineficiente de factores tienden teóricamente a desaparecer del mercado, siendo sustituidos por nuevos productos y

procedimientos. Por ello la competencia acelera el progreso tecnológico y resulta una forma de descubrir los productos más deseados por el público y las escalas y los costes de producción mínimos.

#### **1.1.10.1 Formas de la Competencia**

La competencia es el ente generador de un gran número de actividades. La competencia se asocia a la idea de rivalidad u oposición entre dos o más sujetos para lograr un objetivo, como la utilidad personal o la ganancia económica privada. En Economía, “esta concepción se ha visto complementada por aquella que considera a la competencia como un mecanismo de la organización de la producción y de la determinación de precios y rentas”<sup>13</sup>. Los economistas clásicos consideran a la libre competencia como la fuerza que impulsa a una empresa a que de una manera ordenada y efectiva reduzca el precio de sus productos con la finalidad de incrementar su participación en el mercado.

Con posterioridad, han surgido teorías que identificaban la competencia con las distintas formas que adopta el mercado. El criterio que hace referencia al número de participantes en el mercado ha sido más profundamente utilizado para clasificar las diferentes situaciones de competencia.

La competencia que se produce entre un gran número de vendedores, competencia perfecta, es distinta de aquella que se genera en un mercado donde ocurre un número reducido de vendedores: oligopolio. Como caso exagerado donde la competencia es inexistente, se destaca la situación en que el mercado es controlado por un solo productor (monopolio). En cualquiera de estas situaciones, los productores

---

<sup>13</sup> [www.monografias/trabajo6/naporc](http://www.monografias/trabajo6/naporc)

compartirán el mercado con un elevado número de compradores. También constan las situaciones en que hay un reducido número de demandantes, como son los casos de monopsonio y oligopsonio. En general, puede afirmarse que cuanto más alto resulte el número de participantes más competitivo será el mercado.

### 1.1.11 Estructura del mercado según el número de participantes.

<b>Demanda Oferta</b>	<b>Un solo comprador</b>	<b>Unos pocos compradores</b>	<b>Muchos compradores</b>
<b>Un solo vendedor</b>	Monopolio bilateral	Monopolio parcial	Monopolio
<b>Unos pocos vendedores</b>	Monopolio parcial	Oligopolio bilateral	Oligopolio
<b>Muchos vendedores</b>	Monopsonio	Oligopsonio	Competencia Perfecta

### 1.1.12 Libre Competencia

El concepto de economía de mercado tiene sus fundamentos principales en la libre competencia, que es el resultado de la concurrencia libre en el mercado de ofertantes que producen bienes o servicios similares y, a su vez, consumidores que toman decisiones libres sobre sus compras en el mercado con información suficiente acerca de las características de precio y calidad de los productos, sin que en estas decisiones intervengan fuerzas distintas a las del mercado mismo. El concepto de libre competencia es considerado de amplia aplicación en un país tomando en cuenta tanto a bienes nacionales como extranjeros. Las políticas de libre competencia y de libre comercio están estrechamente ligadas.

### 1.1.12.1 Fundamentos de la Libre Competencia

La competencia está basada en la libre decisión de los participantes en el mercado, en un contexto en el que las reglas de participación del mismo son claras para todos y se cumplen efectivamente.

*La libre competencia se basa fundamentalmente en la libertad de elección tanto para el consumidor, como para el productor. La libertad de elección del consumidor como la del productor son inseparables y de ellas depende en gran medida que se logre una asignación eficiente de recursos en la economía, cuando se cumple ciertas condiciones básicas; es a través de estos principios que el mecanismo del mercado asegura que los recursos productivos se dirijan a aquellos usos más productivos, entendiendo por ello aquellos bienes y servicios que los consumidores prefieren en mayor medida.*<sup>14</sup>

La libre competencia genera incentivos para que las empresas obtengan una ventaja competitiva sobre otras mediante la reducción de costos y la superioridad técnica. Esto da como resultado un aumento de la eficiencia de las empresas para producir un incremento de la calidad del producto que se ofrece y una disminución de los precios que permite que una mayor cantidad de consumidores tenga acceso al mercado, dando además como resultado, el que los consumidores o demandantes obtengan el mejor producto posible a determinado precio.

Para producir los resultados deseados de la libre competencia como reducción de costos y la superioridad técnica, el fundamento de la libre elección de consumidores y productores tiene que darse en simultáneo con otros principios básicos del buen

---

<sup>14</sup> LARROULET, Mochón: “Economía”. Ed. Mc Graw Hill, 2ª edición, España 1995. Pág. 189

funcionamiento de los mercados. “Entre los principios tenemos a la libre información en los mercados, la definición precisa sobre los derechos de cada agente económico respecto de los bienes y servicios que se negocian en el mercado, las garantías de ejecutabilidad de los pactos y el resarcimiento por daños que se ocasionen a terceros”.<sup>15</sup>

#### **1.1.12.2 Retos y oportunidades que plantea la libre competencia para las empresas**

La libre competencia se caracteriza por el esfuerzo de cada empresa del mercado por desempeñarse mejor que sus competidores para obtener mayores beneficios económicos. Para las compañías, la libre competencia acarrea retos y oportunidades. La libre competencia promueve la competitividad de las empresas no sólo en mercados locales, sino también en mercados externos.

Entre los principales retos que plantea la libre competencia para las empresas tenemos: la obligación de la compañía de llevar un registro de las necesidades y deseos del consumidor, así como un riguroso manejo de los estándares de calidad, costos y precios bajo los cuales son ofertados sus productos en el mercado, además de la organización y estrategia empresarial. Otro reto es la presión por captar las preferencias del consumidor en un esfuerzo por mantenerse compitiendo libremente en el mercado, exige a las empresas a mantener un proceso constante de inversión y revisión de estrategias, que es la mejor garantía para lograr niveles de competitividad.

La principal oportunidad y beneficio de la libre competencia práctica y eficiente se puede considerar como la mejor garantía de que los empresarios puedan tener ya que acceden a insumos y servicios que sus productos necesitan, en condiciones competitivas. Para que esta oportunidad se de y se asegure la libre competencia en el

---

<sup>15</sup> LARROULET, Mochón: “Economía”. Op Cit. Pág. 193

mercado, es necesario eliminar factores externos que pueden afectarla o beneficiarla, tal es el caso de subsidios, impuestos exagerados y demás situaciones que alteren el verdadero comportamiento del mercado.

### **1.1.12.3 Rol del Estado en una economía de libre competencia**

Si las reglas de la libre competencia tienen su correcta aplicación, cualquier dificultad o complicación existente entre la oferta y la demanda de un bien o servicio o alguna otra ineficiencia en la correcta asignación de recursos, tendrá un carácter transitorio y podrá ser resuelto en la mayoría de casos por las propias fuerzas del mercado. Bajo la teoría de mercado, no existiría mayor rol para una intervención del Estado en este campo. Sin embargo, los mercados pueden tener imperfecciones que obliguen a que el Estado intervenga, sin distorsionar los principios del libre mercado, para producir mejores resultados. Las imperfecciones de los mercados que requieren de una acción del Estado pueden estar relacionadas con 3 tipos de fenómenos:

1. Altos costos de transacción
2. Posiciones monopólicas
3. Prácticas restrictivas de la libre competencia.

Cuando los agentes económicos no cuentan con información suficiente para tomar sus decisiones o cuando existen asuntos externos en el consumo y producción de los bienes, se producen imperfecciones de los mercados, los mismos que requieren que el Estado actúe regulando las prácticas en contra a la libre competencia, normando la misma para que garantice la competencia y promueva el libre, sano y justo mercado; además que defienda al consumidor.

También se debe tener en cuenta, la regulación de las prácticas comerciales y productivas debe ser aplicada cuando de modo natural no existan condiciones

suficientes para que se produzca la libre competencia. El resultado será un mercado en el que se cumpla una regulación con el fin de preservar la libre competencia. Un mercado con estas características no será un mercado libre de intervención estatal, sino en que dicha intervención sea en beneficio de la libre competencia y que deje actuar a los agentes de mercado dentro de ciertos parámetros, los cuales no fueron establecidos por el libre ejercicio de la oferta y la demanda. La tarea fundamental de las políticas de libre competencia es asegurar que sus principios se hagan efectivos.

Como factor regulador de la economía, la libre competencia necesita un marco legal efectivo y organismos que la hagan cumplir para que el comportamiento de los agentes en el mercado no atente contra los fundamentos, el comportamiento de los consumidores y otros agentes productivos, por lo tanto contra los fundamentos del sistema de libre mercado.

#### **1.1.12.4 Casos en que no se cumple la Libre Competencia**

Algunos de los casos más severos y más tratados de restricción a la libre competencia son el abuso de posición de dominio, además de los casos de monopolio y las prácticas restrictivas de la libre competencia. Otras violaciones del principio de libre competencia son la competencia desleal, el *dumping* y subsidios, el uso ilícito de marcas y de propiedad intelectual ajenas, la falta de información al consumidor, entre otras. Todas estas conductas llevan que se destruya el mecanismo por el cual las preferencias de los consumidores sean expresadas libremente en el mercado, lo que sirve para orientar a los productores a hacer el uso más eficiente posible de los recursos productivos de los que dispone una economía.

## **1.2. Consideraciones Internacionales del Derecho de Competencia**

Desde una perspectiva histórica, el Derecho de Competencia ha pasado por varias fases o estados, por lo que es necesario conocer los antecedentes de esta rama de derecho en otros países, especialmente de Estados Unidos y Europa, ya que sus legislaciones recogen muchos principios y reglas hasta la actualidad aplicables.

### **1.2.1 Historia**

Los monopolios económicos han existido a lo largo de la historia de la humanidad. En la antigüedad y la edad media era común que se genere alguna escasez de los recursos necesarios, afectando a toda la población. Debido a que los recursos son escasos y no son fáciles de conseguir, es difícil que existan diversos fabricantes de bienes y servicios. Los emperadores chinos de la dinastía Han y sus sucesores utilizaban los monopolios para crear industrias clave. Un caso muy común en el medioevo eran los gremios, que eran asociaciones de comerciantes que controlaban el mercado regulando la oferta, estableciendo las condiciones necesarias para poder entrar en su oficio, regulaban precios y salarios. A medida que la humanidad avanzaba y surgían las Naciones Estado en el renacimiento, los monopolios servían para otorgar ingresos a los monarcas para poder mantener los grandes ejércitos, amplias cortes y costosas costumbres. Los derechos derivados del monopolio eran concedidos a quienes la Corte consideraba privilegiados para que fabriquen y comercialicen bienes indispensables para la vida, como la sal o el tabaco. Algunos países europeos como Inglaterra, Italia y España, también daban poderes monopolistas a empresas comerciales privadas para conseguir fines específicos, como ocurrió con la Compañía de las Indias de España, a la cual se le otorgó un monopolio con el propósito de estimular la exploración y descubrimiento de nuevas tierras. Como es natural, estas concesiones que otorgaban los monarcas ocasionaron grandes abusos por parte de los concesionarios. En Inglaterra, el

Parlamento redactó un Estatuto de Monopolios, restringiendo la capacidad del monarca para crear monopolios privados sobre el comercio nacional. Esta ley no era aplicable a los monopolios concedidos a empresas para la exploración y colonización de tierras.

Dos acontecimientos, producidos por comerciantes británicos en el siglo XIX, generaron las condiciones necesarias para implantar un orden económico basado en la competencia. El primer hecho se debe al Derecho Consuetudinario Inglés, que generó una actitud hostil hacia las combinaciones privadas que restringían el comercio. En los países que estaban regulados por el Derecho Consuetudinario, los acuerdos privados de naturaleza monopolista que restringían el libre comercio no eran legalmente aplicables. Esta oposición hacia el monopolio tuvo especial relevancia en Reino Unido y en Estados Unidos. El segundo acontecimiento fue la expansión de la producción generada por la Revolución Industrial, acompañado de las ideas del filósofo y economista escocés Adam Smith sobre la propiedad privada, los mercados y el papel de la libre competencia, ideas que predominaron y determinaron la vida económica de la primera mitad del siglo XIX.

“Este periodo fue el más acorde con el modelo teórico de Smith sobre el orden económico competitivo, esquema que establecía que en todas las industrias el número de empresas debía ser elevado y debían tener un tamaño reducido”<sup>16</sup>.

A finales del siglo XIX las tendencias esenciales a la economía de libre mercado provocaron nuevos cambios. En Reino Unido, Estados Unidos y otros países industrializados aparecieron enormes empresas que dominaron la economía. Esto se debió a la táctica de creación de imperios generada por grandes industriales como John D. Rockefeller, éstos se encargaban de expulsar y eliminar a todos aquellos que puedan

---

<sup>16</sup> **SAPELLI, Claudio.** “Regulación o Competencia”. Revista Administración y Economía. Universidad de Valparaíso. Chile. 1999. Pág. 32

ser considerados competidores dentro mercado. Fue además una era de avances tecnológicos, los mismos que fueron utilizados para que un grupo reducido de compañías satisficiera la demanda de muchos mercados. El resultado de estos cambios no fue la aparición de auténticos monopolios, sino de un orden económico conocido como oligopolio, en que la producción está controlada por un reducido número de empresas.

### **1.2.2 Antecedentes del Derecho de Competencia en la Legislación Estadounidense**

El Derecho de la competencia, también conocido como Derecho Antitrust, tiene sus antecedentes en el Derecho Estadounidense, y su objetivo es establecer claramente los límites que permitan el libre desenvolvimiento de las actividades económicas, evitando que la dinámica de éstas, distorsione el mercado en perjuicio de los consumidores y del interés público.

La importancia del Derecho Antitrust Estadounidense radica en la jurisprudencia, que se basa en el análisis económico y en el funcionamiento de los mercados, desestimando en gran medida las normas existentes sobre la competencia siendo éstas de gran amplitud y vaguedad.

La historia económica de los países está llena de ejemplos de acuerdos entre productores, que con la intención de lograr un poder monopolista sobre el mercado. Uno de los primeros tipos de acuerdos lo constituyen los *trusts*, los mismos son alianzas que permiten transferir el control real de una empresa a un individuo o a otra empresa intercambiando las acciones por certificados emitidos por los individuos que pretenden controlar la empresa. Para fines del Siglo XIX, la concentración económica en los EE.UU. había crecido, los *trusts* se multiplicaban y eran parte de las principales actividades de la floreciente economía estadounidense. La reacción social, antesala de

casi toda reforma legal, no se hizo esperar. Los Estados de Maine, Tennessee, Michigan, Dakota del Sur, Mississippi, Kansas, Carolina del Norte y Kentucky dictaron leyes para prevenir y sancionar los trusts. Sin embargo la mayoría de estos Estados realizaban actividades comerciales con distintos Estados, dejando sin poder efectivo las leyes dictadas. Lo que se necesitaba era una legislación federal que regule el problema de los trusts y de la excesiva concentración económica que ellos generaban. La primera respuesta legislativa en el ámbito federal, es la de 1887 a través de la “*Interstate Commerce Act*”, en la que se permitió que los ferrocarriles operen normalmente como monopolios; el campo de acción de la referida ley era muy reducido.

Posteriormente se dicta el “*Sherman Antitrust Act*” en 1890, una ley que procuraba declarar ilegal la libertad de concertar pactos entre competidores, declarándose ilegal todo contrato, asociación en forma de *trust* o de otra índole, o acuerdo que restrinja el tráfico mercantil y el comercio entre varios Estados, o con naciones extranjeras.

*La “Sherman Antitrust Act” 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<sup>17</sup>*

---

<sup>17</sup> [www.sice/unidad de comercio exterior/españa](http://www.sice/unidad de comercio exterior/españa)

La “*Sherman Antitrust Act*” prohíbe los contratos y conspiraciones para restringir el comercio entre los Estados Estadounidenses o con países extranjeros. Declara la ilegalidad ante cualquier acto que realice una empresa con el ánimo de monopolizar o intentar monopolizar una profesión o comercio.

Una compañía viola la ley cuando trata de mantener o adquirir una posición de monopolio mediante métodos no razonables, tales como fijación de precios, manipulación de ofertas y otras actividades de cártel, este tipo de acto que atenta a la libre competencia es un pacto colusorio expreso sobre precios y niveles de producción en la que una combinación de empresas tiene como fin el de limitar la acción de las fuerzas de la competencia.

En los diez años posteriores a la “*Sherman Antitrust Act*” de 1890, las industrias acusadas de monopolizar, generaban un impacto en la economía ya que reducían los precios y aumentaban el nivel de producción con un ritmo muy diferente al del resto de las empresas. El Congreso Estadounidense incluso reconoció en ese momento las grandes ventajas que la concentración traía para los consumidores. El diputado William Mason afirmó durante un debate acerca de la “*Sherman Antitrust Act*” en el Congreso que:

*Las grandes empresas monopólicas han generado productos más baratos, han reducido los precios; pero incluso si el precio del petróleo fuera reducido a un centavo el barril, esto no resarciría el mal hecho a la gente de este país por las empresas monopólicas, que han destruido la competencia legítima y han sacado a hombres honestos de negocios legítimos*<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> [www.ponce.inter.edu](http://www.ponce.inter.edu)

Con el párrafo antes transcrito es fácil observar que los miembros del Congreso reconocieron que si bien la concentración generaba precios más bajos y beneficiaba directamente a los consumidores, los otros productores que no tenían la tecnología necesaria, perdían participación en el mercado y desaparecían del mercado. Thomas J. DiLorenzo llega a la conclusión de que la “*Sherman Antitrust Act*” era un esquema proteccionista en más de un sentido, esta fue una figura política diseñada para alejar la atención de la verdadera fuente de poder monopólico y los verdaderos fijadores de precios que era el Congreso y los productores proteccionistas.<sup>19</sup>

Posterior a la creación de la “*Sherman Antitrust Act*”, en 1914 se crean dos importantes leyes la primera es la Ley de la Comisión Federal de Comercio en la que se crea el organismo con el mismo nombre y cuyas siglas en inglés es (FTC), este cuerpo colegiado tiene facultades como la de prevenir la competencia desleal y las prácticas engañosas, además de solicitar a las empresas que indemnicen a los consumidores por el daño causado. Realiza su labor mediante la emisión de regulaciones y la realización de investigaciones

La otra ley promulgada en 1914 es la denominada “*Clayton Act*”, tomando como base la “*Sherman Antitrust Act*” prohíbe determinadas prácticas consideradas anticompetitivas, tales como: la discriminación de precios entre los diferentes compradores de mercancías de grado y calidad semejante; prohíbe también las fusiones y adquisiciones que tienen el efecto de disminuir la competencia o tienden hacia el monopolio.

---

<sup>19</sup> [www.ponce.inter.edu](http://www.ponce.inter.edu)

### **1.2.3 Antecedentes Históricos de Derecho de Defensa de la Competencia en Europa**

Como se sabe, durante la Edad Media y parte de la Edad Moderna, el intervencionismo estatal y el monopolio, ya sea estatal o privado, caracterizaron la actividad económica de Europa. Los mercados libres no existían para ejercer cualquier actividad ya sea industrial o comercial, era necesario estar matriculado en las Corporaciones de Artes y Oficios a las que el Municipio o el Estado otorgaban privilegios especiales para acceder al mercado. Con este requerimiento el Estado regulaba la competencia, pero no para protegerla sino más bien para limitarla o controlarla. Los grandes mercaderes italianos como los Médici o los Fugger, pactaban entre sí, con el Rey o con la autoridad eclesiástica para asegurarse una porción del mercado y excluir a los competidores del mismo.

Posteriormente, “durante la época absolutista, los príncipes ‘administraron’ los monopolios, vendiéndolos a los mercaderes a objeto de financiar el gasto público, destinado casi exclusivamente a solventar las actividades bélicas de la época”<sup>20</sup>.

La existencia y expansión de los monopolios no fue pacífica. Los abusos ignorados por la autoridad, fueron socavando la tolerancia del pueblo, una primera manifestación jurídica contraria a los monopolios data de Francia bajo el reinado de Jaime I, en el denominado Estatuto de los Monopolios de 1623, no produjo el resultado esperado de liberación económica, sino que fue gradualmente regulado por el Estado, que tenían como finalidad controlar las actividades mercantiles y comerciales.

Finalizaba el siglo XVIII, los límites legales impuestos al ejercicio comercial e industrial no surtían ningún efecto ya que la competencia era inexistente. Pero “la situación cambia al proclamarse la libertad de industria y comercio a finales del citado

---

<sup>20</sup>**GALBRAITH, J.K;** “Historia de la Economía”. Editorial Ariel. 6ª Edición. Barcelona. 1992. Pág 34

siglo XVIII, pasando a partir de entonces el Derecho a un segundo estadio en su postura frente a la Competencia”<sup>21</sup>.

La Revolución Francesa liberalizó la economía del Antiguo Régimen, comenzando a regular de alguna manera la competencia. Esta liberalización se debió más a problemas políticos que económicos; fue una forma de represalia a los gremios y los abusos generados por los mismos. Para lograr una mayor eficiencia en la asignación de los recursos, otorgar la merecida libertad para desarrollar o emprender actividades económicas, se estableció en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 27 de agosto de 1789. En 1791 se emitió una ley en que protegía la libertad para emprender actividades económicas y ejercer cualquier profesión arte u oficio. Finalmente, la conocida ley de Le Chapelier, de junio de 1791, terminó de raíz con las corporaciones que eran asociaciones de profesionales .

Durante el Siglo XIX, el proceso de liberalización abarcó casi toda Europa. En España se dicta el 8 de julio de 1813 un Decreto que facultó a los españoles el libre ejercicio de cualquier industria u oficio sin necesidad de examen ni de título, ni de incorporación a los gremios existentes.

El advenimiento de la Revolución Industrial fue el preámbulo de una revolución en el ámbito jurídico, ya que el Derecho de esa época no era capaz de comprender en sus disposiciones una serie de fenómenos económicos.

La libertad de comercio tuvo consecuencias inesperadas. Una vez suprimidas las disposiciones corporativas provenientes de la Edad Media, los agentes económicos utilizaron gran cantidad de artimañas para maximizar sus utilidades. Se habían eliminado los gremios y los controles administrativos que impedían el surgimiento de

---

<sup>21</sup> VICIANO PASTOR Javier. “Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía”. Tirant lo Blanch. 3 Edición. España. 1995. Pág 45

mercados competitivos, pero se había dejado el camino abierto para la creación y fortalecimiento de monopolios privados, tan nocivos para la economía como los monopolios estatales. La lucha por la Libre Competencia se perdía nuevamente, ya que renacía la amenaza de los monopolios.

A finales del Siglo XIX, la situación, desde la perspectiva de la Competencia, era insostenible. “La libertad de iniciativa, obtenida un siglo antes, parecía perdida y se levantan las voces requiriendo la intervención estatal para reencauzar el proceso”<sup>22</sup>. Así, se llega a una nueva etapa donde las leyes especiales van surgiendo por doquier para reprimir las prácticas restrictivas, mediante limitaciones legales que afectan a la libre competencia. En otros términos, a través de la protección estatal se buscó defender la libertad obtenida en el Siglo XVIII, limitando por vía legislativa la libertad contractual.

En Europa el Derecho de la Competencia y concretamente su figura contemporánea más importante, la explotación abusiva de una posición dominante, aparece inicialmente en Alemania, sirviendo de contrapunto a la figura estadounidense de monopolización. Es importante señalar que la evolución del Derecho de la Competencia en Alemania será fundamental y sus principios y normas se extenderán posteriormente a todo el continente.

La normativa alemana, como ocurrió anteriormente en Estados Unidos, es fruto de la reacción social frente a lo que se visualizaba como prácticas abusivas de parte de los conglomerados empresariales en épocas de crisis económica. En el año 1923 se dicta la “Ordenanza contra el Abuso de las Posiciones de Poder Económico”, para contrarrestar las conductas contrarias a la Competencia que luego de la Primera Guerra Mundial se habían extendido por Alemania.

---

<sup>22</sup> GALBRAITH, J.K; “Historia de la Economía”. Op. Cit. Pág 39

*“Frente al principio americano de la ‘prohibición’ contenido en la “Sherman Antitrust Act”, la Ordenanza nos opone el concepto de las conductas ‘abusivas’, que luego se desarrollará latamente en Europa. Por ello, la Ordenanza no contenía normas prohibitivas de los cárteles, como la disposición norteamericana, sino más bien fijaba un control estatal de las conductas abusivas”<sup>23</sup>.*

Sin embargo, el término de la Segunda Guerra Mundial conllevaría un cambio manifiesto en el sistema normativo europeo de Defensa de la Competencia. En efecto, el fin del conflicto bélico trajo consigo el nacimiento de una nueva Europa al amparo de los Estados Unidos y de su denominado “Plan Marshall”

En el continente europeo, el Derecho de Competencia nace como cuerpo normativo de aplicación en la década de los cincuenta, anticipándose tan solo diez años a Chile que fue el primer país latinoamericano en normar las prácticas anticompetitivas.

#### **1.2.4 Antecedentes de Legislación de Protección de la Competencia en Japón**

La legislación antimonopolio japonesa fue establecida en 1947, en el marco de economía posguerra y en plena ocupación estadounidense, lo que explica la influencia directa que tuvo sobre éste el pensamiento de la legislación antimonopolio de Estados Unidos.

*“La economía japonesa en los primeros años luego de la segunda guerra mundial tuvo un crecimiento de las exportaciones de las industrias desarrolladas en tiempos de guerra como la construcción de barcos, camiones, binoculares, entre otros. Fueron estas industrias junto con el desarrollo de la electrónica los causantes de lo que muchos autores llaman ‘milagro japonés’, lo que conllevó a*

---

<sup>23</sup> [http://europa.eu/scadplus/glossary/competition\\_es.htm](http://europa.eu/scadplus/glossary/competition_es.htm)

*que en los años sesenta sea el país con mayor Producto Interno Bruto después de EEUU y la Unión Soviética”<sup>24</sup>.*

Con el cambio económico y político de Japón, bajo un modelo de economía de mercado y un sistema democrático, el gobierno japonés para no quedar rezagado de la era de cambio tuvo que implementar importantes cambios, siendo vital armonizar la política de competencia con el proceso de desregulación de la actividad económica.

La ley antimonopolio japonesa fue objeto de una serie de enmiendas, siendo las más importantes medidas contra situaciones monopólicas, el monitoreo de incrementos paralelos de precios, el reforzamiento de la regulación de concentraciones, etc.

### **1.2.5 Referente Histórico de Competencia en América Latina**

El país pionero en América latina en regular la libre competencia fue Chile; el primer intento por introducir en el ordenamiento jurídico tuvo lugar a comienzos de 1959 “siendo Presidente de la República Jorge Alessandri Rodríguez, fue una continuación de las medidas liberalizadoras de la economía chilena que iniciare la Administración del Presidente Ibáñez del Campo. Se dictó la ley N°13.305, cuya finalidad fue liberalizar el comercio exterior chileno de manera de generar una mayor competencia interna”.<sup>25</sup>

*“Esta normativa entra en vigencia en momentos en que los mercados chilenos se caracterizaban por su nula competitividad, alta concentración y casi absoluta tolerancia a las prácticas restrictivas de la competencia: acuerdos sobre distribución de mercados, cuotas de producción, fijación de precios,*

---

<sup>24</sup> [www.usinfo.state.gov](http://www.usinfo.state.gov)

<sup>25</sup> GUERRERO José Luis. “Acerca del concepto constitucional y legal de competencia”. Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso No. XVI. Chile. 1995. Pág 23

*distribuciones exclusivas etc., todas las cuales eran de aplicación generalizada en el ámbito comercial e industrial”<sup>26</sup>.*

La escasa aplicación de las disposiciones de la mencionada ley se debió a muchas causas. Una de ellas, sin duda, fue los casi nulos medios con los que contaron los Organismos creados por Ley para la investigación y sanción de las conductas contrarias a la libre competencia. La razón con más peso fue la nula voluntad política para terminar con las prácticas restrictivas de la competencia

La jurisprudencia generada con esa ley tiene matices de relacionados al Derecho Civil que poco relación tiene con el Derecho a la defensa de la Libre Competencia. El campo civil hace referencia a la libertad contractual, la libre competencia es la figura que comprende a los precios como resultado del juego de la oferta y la demanda, requisito demostrativo de la existencia de mercados competitivos, campo de estudio del Derecho de Defensa a la Competencia.

*“A partir de 1973, el país comienza un proceso gradual pero sostenido de liberalización de su economía. En dicho año se dicta el DL 211 que derogó la normativa vigente desde 1959. Comienza así un fructífero proceso de liberalización de los mercados internos apoyado en la legislación sobre Libre Competencia contenida en la ley antes mencionada”<sup>27</sup>.*

Luego de Chile otros países de Latinoamérica han desarrollado sus respectivas leyes internas en defensa a la Competencia como Perú, Argentina, Brasil, Uruguay, entre otros.

---

<sup>26</sup> **BOFILL Álvaro**. “El abuso de la posición dominante: visión del Derecho comparado y nacional. Proposición de un nuevo texto legal para Chile”. Universidad Católica de Valparaíso. Chile. 1991. Pág 56

<sup>27</sup> **GUERRERO José Luis**. “Acerca del concepto constitucional y legal de competencia”. Op. Cit. Pág 25

La Comunidad Andina es un organismo de integración económica, social y cultural, los países miembros son: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Las decisiones que se toman dentro de este ente son consideradas como leyes comunitarias que se aplican directamente en los cinco países y tienen primacía sobre las leyes nacionales, pues así lo declara el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuerpo normativo que junto con el Acuerdo de Cartagena y sus protocolos modificatorios, tienen carácter constitucional dentro de la sub región andina.

En la Comunidad Andina de Naciones aplican la decisión 608 titulada “Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina” aprobada en de marzo de 2005. La decisión 608 prohíbe y sanciona las conductas restrictivas de la libre competencia como prácticas colusorias y abuso de posición de dominio que afectan a la Sub región, sean éstas prácticas realizadas en el territorio de uno o más de los Países Miembros o en el territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina, y cuyos efectos reales se produzcan en uno de Países Miembros. Se excluyen las prácticas con origen y efecto en un único País Miembro u otras situaciones no previstas, las que se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros.

Ecuador en lo concerniente a las normas o actuaciones aplicables a la actividad económica general tiene gran diversidad de leyes y reglamentos aplicables que procuran proteger el interés público y los derechos de todos.

En el Art. 244 numeral 3 de la Constitución de la Republica, se declara que el sistema económico social de mercado al Estado le corresponderá “Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y

distorsionen.” El Código Penal tiene escasas normas que reprimen las acciones tendientes a forzar alzas o bajas de salarios que atenten contra el libre ejercicio e la industria o el trabajo, o constituyan ocultamiento, acaparamiento, especulación de bienes de primera necesidad, se inscribe dentro de la política liberal primaria de mantenimiento del orden económico y garantía de la libre competencia, pero no llega a formar un sistema de prevención y represión de monopolios. La Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos, contienen enunciados muy generales, casi declaraciones líricas, respecto a los monopolios y prácticas contrarias a la libre competencia.

Hasta la actualidad el Ecuador no cuenta con una ley Antimonopolios, se han presentado varios proyectos de ley, entre los principales y relativos a la Defensa de la Competencia está la de protección de la libertad económica; le siguió otro proyecto el de la autoría del diputado Julio Noboa titulada "Ley Antimonopolio y de la Libre Competencia"; una tercera intención de ley fue presentada por un numeroso grupo de legisladores encabezados por la diputada Susana González, titulado "Ley de Protección de las Libertades Económicas", finalmente el último proyecto de ley fue el presentado por el presidente de la comisión de Defensa al Consumidor, el Dr. Alfredo Castro, el mismo que esta listo para segundo debate en el Congreso.

## CAPITULO II

### PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE COMPETENCIA

#### 2.1 Objetivos del Derecho de Competencia

Para entender y aplicar de manera correcta el Derecho de Competencia es necesario establecer los objetivos que persigue esta rama legal. Contrariamente a lo que sucede en otros campos del Derecho, todavía no existe un consenso sobre cuáles son los objetivos del Derecho de Defensa de la Competencia y cómo han de definirse correctamente las políticas de aplicación del mismo, la profesora Valentine Korah señala que “no hay acuerdo sobre los objetivos que el Derecho de Competencia persigue, lo que ha llevado a que un tema tan aparentemente genérico y abstracto tenga especial relevancia y de permanente actualidad”<sup>28</sup>

Los objetivos del Derecho de Competencia dependerá en gran parte de la corriente doctrinal a la que se refiere. Entre las clasificaciones de mayor relevancia tenemos:

- La primera clasificación que se la podría identificar como aquella de tendencia económica, señala a la competencia como “un *statu quo* en el que el bienestar del consumidor no es mejorable a través de una orden judicial que lleve a cambiar las cosas hacia otra situación”<sup>29</sup>. Según este esquema, cualquier actividad que tenga como derivación la disminución de volumen del producto final, será económicamente ineficiente, ya que lo que pretende conseguir es el bienestar del consumidor con una

---

<sup>28</sup> **KORAH, Valentine.** “EEC Competition Policy, Legal Form or Economic Efficiency, Current Legal Problems”. 1986. citado en la pagina web <http://www.nebrija.com/fundacioniconebrija/actividades/detalleArticulo.asp?idpublicacion=56>

<sup>29</sup> **IMMENGA, Ullrich.** “El Derecho del Mercado”. Editorial RDM. 1 edición. México. 2000. Pág. 14.

correcta política de eficiencia económica, si se diese tal situación, la legislación de Defensa a la Competencia sancionará al infractor. Ante este objetivo principal, otros propósitos que puedan existir han de ceder y subordinarse simplemente para proteger al consumidor. Este objetivo de maximización de la eficiencia económica es uno de los criterios que más ha impulsado al Derecho Antitrust en Estados Unidos

- Una segunda tendencia señala que la competencia se puede definir como:  
*“la rivalidad entre empresas que operan en un determinado sector de actividad económica y que se esfuerzan, dentro de los límites legales permitidos, por captar la mayor cuota de mercado posible, ofreciendo mejores precios, bienes, servicios u otras condiciones económicas, sin incurrir en responsabilidad por su comportamiento, aunque éste cause perjuicio a otras empresas e incluso ocasione su expulsión del mercado”*<sup>30</sup>.

Calvo Caravaca y Fernández de la Gándara señalan que este análisis es la base de las distintas escuelas que estudian los objetivos del Derecho de Defensa a la Competencia.

Aunque es evidente que los enfoques difieren, las diferencias entre ambos conceptos de competencia no son totalmente insalvables. En primer lugar porque la teoría económica no es generalmente aceptada y en segundo lugar, porque en el concepto de competencia, definido en la segunda tendencia, la eficiencia económica también está presente. Con un enfoque más agudo los objetivos del Derecho de Competencia, Calvo Caravaca y Fernández de la Gándara sugieren que “en el largo

---

<sup>30</sup> CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA. “Política y Derecho de la competencia en la CEE: una aproximación”. Editorial Ariel. 2 Edición. 1993. Pág. 3383.

plazo, los objetivos principales de las leyes antitrust reflejarán un equilibrio entre las metas de eficacia económica, equidad social y libertad política”<sup>31</sup>.

Entre las secuelas económicas y aplicaciones sociales de la legislación Defensa de la Competencia, un objetivo básico es la garantía de la libertad económica de todos los participantes en el mercado. Este objetivo en el largo plazo, se puede considerar como una herramienta de aplicación del Derecho de Competencia en la política legislativa.

### **2.1.1 Evolución de las Escuelas que señalan los Objetivos del Derecho de Competencia**

La principal disposición relativa a los objetivos del Derecho de Competencia es el bienestar del consumidor, existen algunas diferencias dependiendo del sistema normativo, ya sea el Derecho Antitrust de los Estados Unidos y la Competition Policy de la Unión Europea.

#### **2.1.1.1 Escuelas que estudian los objetivos en el Derecho Antitrust Estadounidense**

La legislación antimonopolio estadounidense tiene dos principales escuelas en las que señalan los objetivos de las leyes antitrust, las que estudiaremos a continuación:

##### **2.1.1.1.1 Escuela de Chicago**

Un prestigioso estudioso de Derecho Antitrust de los Estados Unidos, fue Robert H. Bork, quien ha influido de manera significativa en esta rama de derecho. En su libro “*The Antitrust Paradox: A Policy at war with Itself*”, dio el siguiente concepto “la competencia ha de entenderse como la maximización del bienestar del consumidor, o si lo prefiere, eficiencia económica”<sup>32</sup>. En definitiva para Bork, el objetivo del

---

<sup>31</sup> CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA. “Política y Derecho de la competencia en la CEE: una aproximación”. Op. Cit Pág. 3387.

<sup>32</sup> BORK Robert H. “The Antitrust Paradox: A Policy at war with itself”. Editorial Free Press. 3 Edición. EEUU. 1983, Pág. 72.

Derecho Antitrust es la máxima eficiencia económica que lleve al mayor nivel de riqueza posible; la distribución de la riqueza o la obtención de objetivos de inclinación distinta a la económica, son campo de estudio de otras leyes las mismas que están fuera del ámbito de los jueces que deciden casos de antitrust. Bork establece a la libre competencia como “un *statu quo* en el que el bienestar del consumidor no es mejorable a través de una orden judicial que lleve a cambiar las cosas hacia otra situación”<sup>33</sup>.

La Escuela de Chicago sigue los mismos lineamientos de la teoría económica en la que cualquier actividad que afecte el volumen del producto será considerado práctica anticompetitiva y por ende deberá ser castigado por la legislación antitrust.

Las críticas que ha recibido la Escuela de Chicago se debe el objetar que el objetivo exclusivo que persigue de las diferentes leyes antitrust es el maximizar el bienestar del consumidor y tratar de desmentir que dicho objetivo sea el más deseable.

Otro gran jurista estadounidense, el profesor Posner, respalda la tesis mantenida por Bork y hace una acotación que vale la pena transcribirla

*“La alternativa popular (o populista) a unas políticas antitrust diseñadas para promocionar la eficiencia económica a través de limitar la actuación del monopolista sería una política que restringiera la libertad de acción de los grandes negocios para alentar la creación de pequeños negocios”*<sup>34</sup>.

Estas palabras reflejan fielmente los dos términos de la discusión en la doctrina estadounidense la eficiencia económica y la protección de los intereses de los pequeños negocios, para el desarrollo de un mercado competitivo.

---

<sup>33</sup> POSNER, Richard A. “Antitrust Law, An Economic Perspective”, The University of Chicago Press, EEUU. 1976, Pág. 18

<sup>34</sup> POSNER, Richard A. “Antitrust Law, An Economic Perspective”. Op. Cit. Pág 19

Los postulados básicos de la Escuela de Chicago se pueden resumir en los siguientes puntos:

- *“La eficiencia económica expresada a través de la maximización del bienestar del consumidor, es el objetivo último y prioridad esencial del Derecho Antitrust.*
- *La mayoría de los mercados son competitivos.*
- *El monopolio tiende a auto-corregirse, ya que las rentas monopolísticas atraerán la entrada de nuevos agentes al mercado que reducirán su cuota de mercado y su poder.*
- *Las empresas se rigen por el principio de maximización del beneficio.*
- *La aplicación de las leyes antitrust ha de dirigirse a impedir aquellas conductas que sean ineficientes, y a promover las que sean eficientes.*
- *Las barreras de entrada son pequeñas o no existen, en el largo plazo.*
- *Las economías de escala tienen una influencia esencial en el mercado.*
- *Una empresa maximiza su beneficio cuando los mercados ascendente proveedores y descendente clientes en los que opera son competitivos.*
- *En el caso de mercados no competitivos, la intervención del Estado sólo se justifica si va a obtener un mejor resultado, teniendo en cuenta los costes de dicha intervención.*
- *La decisión de hacer de la eficiencia económica el principio inspirador de este modelo de mercado no es política, no se ve afectada por las decisiones relativas al reparto de la riqueza, la distribución de las rentas, etc.”<sup>35</sup>*

#### **2.1.1.2 Escuela de Harvard:**

Dos prominentes profesores de la Universidad de Harvard, Louis Kaplow y Steven Shavell han expuesto que:

---

<sup>35</sup> POSNER, Richard A. “Antitrust Law, An Economic Perspective”. Op. Cit. 1976, Pág. 25

*“El enfoque normativo basado en el bienestar debe ser el único empleado en analizar las normas jurídicas, es decir, las leyes deben promulgarse enteramente atendiendo a su impacto en el bienestar de los individuos en la sociedad. Esta postura implica que nociones de equidad como la justicia correctiva no deben tener ningún peso en el análisis legal”*<sup>36</sup>

Aunque los autores sí hacen una referencia a cuestiones referentes a la redistribución de la renta, su estudio se enfoca principalmente en la no capacidad de los conceptos de equidad y justicia como principios rectores del derecho, en todas las ramas y no específicamente en el Derecho Antitrust.

Siguiendo el principio enunciado por Aristóteles sobre la igualdad proporcional, en que se establece el dar a cada uno lo que les corresponde, el Estado aplicando la proporcionalidad y buscando el sentido de justicia, utilidad y eficiencia, regula su economía, se concluye que “el control de la economía comparte también simultáneamente con el Derecho Fiscal y el Derecho Social la tarea de llevar a cabo una justa y equitativa distribución de la renta”<sup>37</sup>

La doctrina expuesta por la Escuela de Harvard es sostenida a través de la Teoría de la Organización Industrial, según la cual la estructura de los mercados influye sobre la conducta de sus actores y en consecuencia, afecta al mercado. En otras palabras la estructura del mercado estaría definida por el número y tamaño de las empresas participantes, por la facilidad de entrada y las relaciones de las empresas con sus proveedores o distribuidores, según las características que posea esta estructura, la conducta de los actores para determinar efectos sobre la competencia<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> **KAPLOW, Louis. y SHAVELL, Steven.** “Fairness versus Welfare”, Harvard University Memory, EEUU. Febrero 2001, Pág. 967.

<sup>37</sup> **FIKENTSCHER, Wolfgang.** “Las tres funciones del control de la economía (Derecho Antimonopolio)”. Revista de Derecho Mercantil nº 172-173. Colombia. 1999, Págs. 515.

<sup>38</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/Justicia>

Siguiendo con la tendencia de esta postura, la concentración de mercados así como cualquier otra medida que la facilitara, deberá ser castigada, bastando probar su existencia con índices cuantitativos para condenar a una empresa.<sup>39</sup>

## **2.2 Objetivos de las Leyes de Defensa de la Competencia en el Mercado Común Europeo**

Toda explicación acerca de los objetivos de las leyes antitrust, cuando se traslada al ámbito del Derecho Comunitario de Competencia, presenta características propias, consecuencia básicamente de la diferente realidad económica, social y política que es Europa, a más del abismo conceptual que existe entre el Derecho Continental y el Common Law.

El Derecho Común Europeo tiene una especial referencia y se debe señalar que “competencia y libre circulación constituyen, junto con la unión económica y monetaria y la política comercial común, la base del Derecho Constitucional Económico de la Comunidad Europea”<sup>40</sup>. Los objetivos de la Política de Competencia y el objetivo de la consecución de un mercado único e integrado por los mercados nacionales de los Estados miembros son a veces complementarios y en otras situaciones en una total contradicción.

Una de las personas con mayor experiencia y trayectoria en el Derecho de Competencia Europeo, es el profesor Michel Waelbroeck, quien opina que en el Derecho Comunitario, el ordenamiento Antitrust tiene dos objetivos claramente definidos:

---

<sup>39</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/Justicia>

<sup>40</sup> **BAQUERO CRUZ, Julio.** “Entre Competencia y Libre Circulación. El Derecho Constitucional Europeo de la Comunidad Europea”. Editorial Civitas. España. 2002, Pág. 150.

*“Evitar que a través de prácticas abusivas o acuerdos colusorios se llegue a una partición del Mercado Común; y favorecer los procesos de concentración necesarios para, sin entrar en contradicción con el objetivo anterior, que las empresas europeas alcancen el suficiente tamaño para estar en condiciones competitivas equiparables a las de sus homólogas Estadounidenses y Japonesas”<sup>41</sup>*

El mercado común Europeo persigue una serie de objetivos que no tienen total relación con la eficiencia económica, como la integración de los mercados nacionales, protección de los pequeños y medianos negocios, protección de los regímenes democráticos dentro de la Comunidad Europea y la protección de los consumidores.

Desde que nació la Comunidad Económica Europea y en los primeros ámbitos de aplicación del Derecho Comunitario de Competencia se ha asegurado que “el principal objetivo de las leyes antitrust comunitarias va dirigido a favorecer la interpenetración de los mercados nacionales de los Estados miembros y a desarbolar aquellos acuerdos privados que tiendan a aislar dichos mercados nacionales”<sup>42</sup>. La libre competencia entre las empresas de los diferentes Estados miembros de la Comunidad se ha considerado como una herramienta para la homogeneización de los precios a un nivel pan-europeo.

“Cualquier práctica que origine una barrera artificial al comercio entre Estados o contribuya a su falseamiento, está condenada por ir en contra de la integración Europea”<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> **WAELEBROECK, Michel**. “Price Discrimination and Rebate Policies under EU Competition Law”. Editorial Barry Hawk. 1996, EEUU. Págs. 147

<sup>42</sup> **SCHEUERMANN, F. S.** “Common Market and Uncommon Prices? Reflections on the Kodak Decision and Price-Discrimination under Article 85 Rome Treaty”, *Journal of World Trade Law*, nº 5, 1971, Pág. 534. Citado en la pagina Web <http://www.lablaa.org/ayudadetareas/economia/econo9.htm>

<sup>43</sup> **MASTROMANOLIS, E.P.** “Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform”. Editorial Legiscorp. España. 1998, Pág. 212.

Existe un acuerdo referente a que la “gran cuestión de la política de competencia comunitaria es precisamente resolver esta tensión entre las consideraciones de eficiencia y las de integración de mercados”<sup>44</sup>.

En Europa existe la confianza en el intervencionismo de los gobiernos ante los problemas que presente el mercado, temiendo que una vez que un monopolio se implanta, éste durará mucho tiempo.

Según el profesor Fikentscher, existe una triple función del Derecho de Competencia del Mercado Común Europeo:

*“Una función político- jurídica, en el que el bien protegido es la igualdad de condiciones en el mercado; una función político- económica, de acuerdo a la cual tutela la justicia de las relaciones comerciales; y una fusión político-social, para velar por la distribución equitativa de los bienes y posibilidades para todos los ciudadanos”*<sup>45</sup>

### **2.3 Diferencias entre los Sistemas y Políticas de Defensa de la Competencia entre el Derecho Comunitario Europeo y Estadounidense**

Fernando Diez Estella catedrático de la Universidad de Nebrija señala cuales son las principales diferencias entre el sistema Comunitario Europeo y el Common Law de Estados Unidos, las cuales transcribo:

- 1. “Mientras que uno de los objetivos fundamentales del Derecho Comunitario de Competencia es la eliminación de las prácticas que interfieran con el fin de la integración de los mercados, semejante ‘cláusula’ no existe en el Derecho Antitrust Estadounidense.*

---

<sup>44</sup> **FIKENTSCHER, Wolfgang.** “Las tres funciones del control de la economía (Derecho Antimonopolio)” Op. Cit. Pág. 520.

<sup>45</sup> **ARTANA, Daniel.** “Defensa de la Competencia”. Documento de Trabajo No. 44, Biblioteca Virtual Indecopi. Chile. 1995. Pág. 97

2. *Mientras que la eficiencia asignativa ha sido, por lo menos desde 1970, uno de los principios rectores –si no el único- de la mayoría de las decisiones de política legislativa y judicial en los Estados Unidos, en la Unión Europea se da una mayor importancia a consideraciones de carácter social y político.*
3. *Mientras que en Estados Unidos el sistema de aplicación del Derecho Antitrust es eminentemente descentralizado, en la Unión Europea las potestades más importantes se atribuyen en exclusiva a las autoridades a nivel nacional o comunitario.*
4. *Mientras que en el ámbito Estadounidense el tamaño no era un objetivo a conseguir, en la Unión Europea sí, si se quería estar en situación de competir eficientemente con las grandes corporaciones mundiales. En consecuencia, el poder de mercado que de ahí se derivaría sería inevitable y no se prohibirían por tanto las situaciones de dominio, sino sólo el abuso de las mismas.*
5. *En la Unión Europea la tradición reguladora ha sido mucho mayor que en los Estados Unidos, y también la confianza en que la intervención de los gobiernos solucionaría los problemas existentes en el mercado, al tiempo que existía la creencia comúnmente generalizada de que un monopolio, una vez creado, duraría por siempre. Por el contrario, al otro lado del Atlántico el Derecho Antitrust es más reacio a atribuir a los jueces capacidad para evaluar la eficiencia, a la vez que se piensa que existen fuerzas en el mercado que terminarán por destruir los monopolios (excepto cuando la situación de monopolio se debe a una mayor eficiencia).*
6. *El sistema Estadounidense considera la libre competencia como un bien inestimable e irrenunciable, y el sistema europeo el balance e intereses es la*

*clave, por lo que la competencia no se considera un requisito sine qua non y puede ser renunciable*<sup>46</sup>

## **2.4 Fines del Derecho de Competencia**

Con una visión global de los objetivos del Derecho de Competencia en las diferentes legislaciones, se va a analizar los fines que persigue esta rama jurídica, los que no solo se circunscriben simplemente al bienestar del consumidor, a la protección de los productores o crear las condiciones necesarias para crear un mercado común según sea la legislación a la que se refiera, sino a una asignación racional de recursos, una correcta distribución de ingresos y un mecanismo de intervención estatal, entre otros fines.

Los fines de las leyes de Defensa a la Competencia son generales y aplicables ya sea en países desarrollados, con legislaciones de más de un siglo de regulación de la competencia; o países en vía de desarrollo que recién implementan a su marco legal la Defensa de la Competencia.

El Derecho de Competencia a más de tener distintos fines, sirve de medio para la consecución de varios objetivos planteados principalmente en políticas económicas de gobierno.

A continuación detallo los principales fines del Derecho de Competencia:

**2.4.1 Lograr una asignación racional de recursos.-** La manifestación más común de los fines favorables de la legislación que regula de la competencia sobre la asignación de los factores productivos a la comunidad se basa en la evaluación de las consecuencias de los monopolios. Hay un principio de que solo una economía que opera en condiciones de competencia perfecta puede lograr una óptima distribución de los recursos de la sociedad entre las distintas actividades económicas.

---

<sup>46</sup> <http://www.nebrija.com/fundacioniconebrija/actividades/detalleArticulo.asp?idpublicacion=56>

La competencia perfecta no existe, por lo que no se puede realizar un adecuado análisis y evaluación de las actividades económicas, así como la eficiencia en asignación de recursos productivos, porque como lo define su concepto mismo “es aquel en que existe un gran número de compradores y vendedores de una mercancía; se ofrecen productos similares (producto tipificado); existe libertad absoluta para los compradores y vendedores y no hay control sobre los precios ni reglamento para fijarlos”<sup>47</sup>.

No es común que se de esta clase de competencia se produzca en un mercado ya sea industrializado, menos aun en vías de desarrollo. “La forma de competencia más característica es la que tiene lugar entre empresas que actúan en mercados oligopolísticos o que, en general, sin presentar las condiciones de mercado propias de los monopolios, no actúan en el marco de la competencia perfecta”<sup>48</sup>, sino que cuentan con ciertas posibilidades de incidir sobre los precios de sus productos en forma directa, y sea minimizando costos mediante innovaciones técnicas , mejoras administrativas u otros procedimientos que logren disminuir el precio a largo plazo, situación común en los mercados imperfectos.

En consecuencia, si se eliminan las fuerzas competitivas propias de los mercados, se ocasionará perjuicios a la asignación de los factores productivos de la comunidad.

Existe consenso casi generalizado afirmando que el principal impacto de la competencia y su tutela jurídica sobre la eficiencia y la asignación de recursos deben ser contemplados desde el punto de vista dinámico y no desde un ángulo meramente paralizado. La teoría tradicional, basada en el análisis estático, es decir desde un punto

---

<sup>47</sup> MILLER, Roger. “Microeconomía”. Op. Cit. Pág. 332

<sup>48</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. “Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia” Heliasta. Argentina. 2005. Pág 68

de vista suspendido, en el que modelo de competencia perfecta, permite una mejor o peor asignación de recursos disponibles en un momento dado. La teoría contemporánea plantea con mayor énfasis en el impacto de la competencia sobre la disponibilidad de recursos, particularmente a través de la innovación.

En un mercado competitivo, en el que exista competencia efectiva, los oferentes se ven obligados a introducir permanentemente innovaciones productivas y mejoras tecnológicas, con el fin de poder seguir siendo viables en el mercado en que operan, ya que tienen un marco legal que les posibilita el ejercicio de una competencia clara y sin obstáculos.

El Derecho de Competencia influye en la eficiencia económica a través de mecanismos macroeconómicos, es decir en una economía en que los mercados son poco competitivos, una baja en la demanda repercute en los precios, en las cantidades vendidas, la producción y por consiguiente el empleo.

Con una debida regulación que defiende y protege la competencia, hace atractivo un mercado por la seguridad jurídica que este ofrece, por lo que una finalidad del Derecho de Competencia es la correcta asignación de recursos.

**2.4.2 Evitar distorsiones en la distribución del ingreso nacional:** Uno de los axiomas en el que se funda el funcionamiento de toda economía capitalista es “el que la remuneración de los factores de producción debe guardar relación con su aporte a los bienes y servicios disponibles para la comunidad”<sup>49</sup>. Según la percepción de Roger Miller en su libro “Microeconomía” señala que si la economía funciona de acuerdo con distintos parámetros, los factores productivos se inclinarían a las actividades que resultan remunerativas, dejando de contribuir al aumento de los bienes disponibles para el consumo o inversión.

---

<sup>49</sup> **FRIEDMAN, Milton.** “Capitalism and Freedom” Chicago. 1978. Pág. 167 y SS. Citado en el libro **CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo.** “Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia”. Op. Cit. Pág 74

La redistribución de las fuerzas competitivas constituye uno de los principales elementos que pueden introducirse en una economía capitalista para distorsionar su funcionamiento. Tal restricción tiende a producir un incremento de precios en los sectores en que opera, llevando al enriquecimiento de los titulares de los factores de producción empleado, de forma que tal aumento de su remuneración es ajeno al incremento en su eficiencia; por consiguiente se crea una cadena entre los demás sectores productivos perjudicados por el aumento de los precios, para actuar de igual manera, restringiendo la competencia.

Los países que carecen de leyes que protejan a la competencia o la ineficiencia del orden jurídico ha dado lugar a la paralización de las fuerzas del mercado, “quienes actúan en mercados especialmente inmunes a presiones competitivas obtienen una renta adicional que viene a gratificar el estancamiento y falta de capacidad de innovación propios de los sectores”,<sup>50</sup>

Los mecanismos de distribución del ingreso nacional se vinculan con la eficiencia del sistema productivo. Las desigualdades en la distribución de la riqueza nacional surgen de elementos ajenos a la estructura competitiva de los mercados.

No puede desconocerse que muchas veces las barreras a la competencia tienden a agudizar las desigualdades económicas, incrementando en forma significativa las tensiones sociales de ellas derivadas.

La función del Derecho de Competencia como instrumento para la distribución del ingreso ha sido puesta en duda en los últimos años, especialmente en países subdesarrollados. Por una parte, se sostiene que esta rama jurídica no es un instrumento apto para lograr efectos re-distributivos:

---

<sup>50</sup> **BORK Robert H.** “The Antitrust Paradox: A Policy at war with itself”. Op. Cit. Pág 103

*“Una vez que se parte de la premisa que el Derecho de la Competencia tutela a los consumidores, su única función posible como medio para redistribuir el ingreso es a través de la protección de los pequeños productores y comerciantes. Pero si se parte de la premisa que el Derecho de la Competencia ya protege a los consumidores, la tutela de pequeños productores y comerciantes o bien tendrá efectos similares a la protección de consumidores”<sup>51</sup>.*

Lo que genera un efecto contrario a la mejor distribución de la renta y convierte en obsoleto esta rama jurídica ya que el Derecho de Defensa al Consumidor regula la protección al consumidor.

Un segundo punto de oposición, según Cabanellas de las Cuevas, es la premisa en la que indica que el Derecho de Competencia no puede tomar partido respecto a la distribución del ingreso, su función es la de tutelar un modelo de comportamiento económico, cuyos efectos sobre la distribución del ingreso son variables. Los juicios de valor sobre la distribución del ingreso requieren acción de la función Legislativa, cuando éste se inclina por tutelar el modelo competitivo acepta sus consecuencias, seas éstas favorables o no.

Para Cabanellas de las Cuevas un análisis económico contemporáneo que apoya la función y finalidad del Derecho de defensa de la Competencia, entre sus principales exposiciones indica que, en toda sociedad humana los agentes económicos tratan de obtener rentas puras, es decir ingresos que están por encima de la remuneración de mercado de los factores de producción pertenecientes a dichos agentes. En las sociedades modernas el instrumento básico para lograr esas rentas es la restricción de la competencia.

---

<sup>51</sup> **BORK Robert H.** “The Antitrust Paradox: A Policy at war with itself”. Op. Cit. Pág 110 A 112

“En un mercado competitivo, las rentas puras, no son posibles en el mediano y largo plazo, pues ingresan nuevos factores de producción a los mercados donde existen esas rentas, erosionándolas”<sup>52</sup>. La lucha por las rentas se convierte en una lucha por restringir y regular la competencia, el principal instrumento para lograr este objetivo es la intervención estatal mediante reglas derivadas del orden jurídico, las que permiten instrumentar la mayor parte de las restricciones a la competencia. Guillermo Cabanellas de las Cuevas en su libro de “Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia” señala que para lograr que no se regulen las restricciones a la competencia se moverán toda clase de influencias, lícitas o ilícitas, económicas o políticas, ideológicas o sociales, violentas o no violentas, al alcance de los agentes económicos para obtener rentas anticompetitivas.

El Derecho de la Competencia implica una toma de conciencia de las sociedades contemporáneas, ya que ignorarlo sería no tener memoria histórica que para la obtención y protección de monopolios y otras prácticas anticompetitivas se han librado guerras, derribado gobiernos e invertido fortunas.

**2.4.3 Es un mecanismo sustitutivo de la intervención estatal directa en la economía:** las numerosas normas que autorizan o implantan la intervención del Estado en la economía, a fin de tener efectos positivos y perseguir los fines para los que fueron establecidos, debe formar un solo cuerpo que tenga coherencia y aplicabilidad, que pueda ser sujeto a interpretación y apelación. No puede ignorarse que esta situación dista de la situación imperante en un gran número de países; mientras por una parte se establece un mecanismo jurídico destinado a favorecer la competencia en los mercados, por otra subsisten los más variados sistemas de intervención Estatal en la economía lo

---

<sup>52</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. “Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia”. Op. Cit. Pág 77

que en conjunto hace que los precios no reflejen la interacción entre oferta y demanda sino los costos de oportunidad con que se enfrenta la comunidad.<sup>53</sup>

En numerosas ramas productivas, los precios y volúmenes de oferta están determinados por el Estado, sin que exista coherencia alguna respecto a la política establecida, lo único que hace es reflejar el peso político de los productores con total desconsideración de los intereses de la población en general.

La finalidad del Derecho de Competencia correspondería ser un instrumento para superar arbitrariedades y absurdos de la intervención Estatal directa en la economía.

Soriano García expresa “Desde la consolidación del Estado hasta nuestros días el caso de cualquier país es el de una confianza ilimitada en la capacidad de actuación Estatal, de quien todo se espera, y, por lo contrario, el de una desconfianza profunda en la libre actuación del ciudadano privado en cuanto a las libertades económicas”<sup>54</sup>. Cabe destacar que este escritor basa su punto de vista en el Derecho Europeo, en el cual se da la sustitución de la intervención estatal directa en la economía por un sistema de competencia basado en reglas abstractas, pilar fundamental del Derecho Europeo de la Competencia.

Podría afirmarse que salvo en materia de desarrollo tecnológico, la tendencia en el Derecho Comunitario Europeo es disminuir la intervención estatal en la economía, paralelamente a la expansión y fortalecimiento de la aplicación del Derecho de Competencia.

Con un marco jurídico apropiado el Estado no se vería obligado a dictar políticas de fijación de precios, tampoco intervenir en el mercado de una manera rígida. Dejando

---

<sup>53</sup> CABANELLAS Y ARANOVICH. “La legislación antimonopólica y las leyes de abastecimiento como técnicas alternativas de regulación de los mercados”. Editorial Heliasta. 2 Edición. Argentina. 2003. Pág 83

<sup>54</sup> SORIANO GARCÍA, Ernesto. “Derecho Público de la Competencia”. AGIP Argentina S.A.1 Edición. 1988 Pág. 69

que el libre mercado actúe, protegido por un Derecho de Competencia moderno y siempre actualizado, además de lineamientos básicos de economía de mercado con garantías básicas establecidas en la Constitución, se dará un mercado competitivo.

**2.4.4 Instrumento de protección del consumidor:** existe un acuerdo universal respecto a que una de las metas de la Defensa de la Competencia es que debería buscar la asignación eficiente de los bienes y servicios disponibles para la sociedad.

Bork y otros autores de la Escuela de Chicago se muestran favorables a que el bienestar del consumidor sea el único fin del Derecho de Defensa de la Competencia, por lo cual da diversas razones afirmando su posición:

- La utilización del bienestar del consumidor como meta única del Derecho de Competencia permite a los agentes económicos interpretar más fácilmente sus normas, dando mayor predictibilidad y seguridad a la aplicación de esta rama jurídica.
- La Función Legislativa se le atribuiría la actividad valorativa y de conciliación de intereses en conflicto en materia de Competencia, la Función Judicial solo tendría que aplicar un conjunto de normas que ya han recibido un valor al bienestar del consumidor.
- Se da mayor transparencia a la Función Legislativa, dejando claro que ha sido tarea de éste dar privilegio al bienestar del consumidor, y que solo esta rama del Estado puede introducir excepciones.
- Se evitan argumentos y afirmaciones infundados, como los que utilizan los tribunales cuando tratan de conciliar otros posibles intereses en juego, simultáneamente con la protección del consumidor<sup>55</sup>.

A más de los puntos expuestos hay que tomar en cuenta que si bien es cierto que una mayor oferta influirá en menores precios y en mayores beneficios para el

---

<sup>55</sup> **BORK Robert H.** "The Antitrust Paradox: A Policy at war with itself". Op. Cit. EEUU. 1983. Pág 81

consumidor, pero pasando de cierto nivel de producción, los precios pagados por el consumidor y la utilidad que éste deriva de los bienes y servicios adquiridos son menores a los costos de la producción. Con ello el Derecho de Competencia coherentemente, no exige que la producción vaya más allá de su nivel de equilibrio en mercados competitivos, pues a ese nivel el precio se iguala al costo marginal de la producción.<sup>56</sup>

En consecuencia el Derecho de Defensa de la Competencia tiene en cuenta no sólo el bienestar del consumidor, sino también otros aspectos del comportamiento de los mercados, como por ejemplo el apoyo a la producción, la necesidad de una asignación racional de los recursos a través del sistema de precios.

Cuando se analiza el Derecho de Competencia a través de la ciencia económica lo más adecuado sería sostener, que se tutela un determinado modelo de comportamiento de mercado, y que este comportamiento satisface múltiples metas, entre las cuales una de ellas es el bienestar del consumidor.

**2.4.5 Es instrumento de la organización política y social:** las economías capitalistas se apoyan sobre ciertas instituciones jurídicas básicas como son: el Derecho de Propiedad, la libertad de contratación, el régimen de insolvencia, la responsabilidad por daños antijurídicos y el Derecho de Competencia; sin esta rama del derecho los países en vías de desarrollo, principalmente, operan en un sistema sin incentivos a la productividad y a la innovación, se desarrollan en un sistema de premios al soborno, latrocinio y a la destrucción de las potencialidades productivas.

La concentración del poder económico destruye la posibilidad de una lucha política abierta y sincera. La búsqueda de las rentas monopólicas, a través de la intervención del Estado, conduce a que las estructuras republicanas sucumban ante el

---

<sup>56</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. “Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia” Op. Cit. Pág 99

cohecho, compra de influencias y campañas de prensa compradas; no es posible esperar una democracia viable en un país en manos de monopolios.

“La competencia viene a ser uno de los pilares de un sistema económico que, a su vez, es uno de los núcleos de la estructura constitucional.”<sup>57</sup>

La competencia y su tutela son necesarias para lograr la efectividad de diversos derechos constitucionalmente protegidos como son el de ejercer industria lícita, promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos e impulsar la libre competencia, además el derecho de trabajar. “En ausencia de comportamiento competitivo, el acceso a los mercados y la posibilidad de comerciar pueden depender del arbitrio de particulares organizados como un monopolio, privando de contenido a los derechos económicos tutelados en la Constitución”<sup>58</sup>

Como conclusión a los fines del Derecho de Competencia, puedo decir que no se pretende la implantación de una economía caracterizada por la competencia perfecta protegida por esta rama jurídica. Los fines perseguidos por las leyes de Defensa a la Competencia, dependerán de gran medida si se trata de un país desarrollado o en vías de desarrollo, pero en general lo que se busca al incluir en el marco jurídico de un Estado es que el mercado se desarrolle en condiciones óptimas, estimulando el ingenio y la innovación, otorgar las seguridades necesarias para los productores y la libertad de escoger al consumidor.

## **2.5 Bien Jurídico Protegido**

El estudio anterior era necesario ya que servirá de base para determinar cuál es el bien jurídico protegido del Derecho de Competencia, dependiendo si se trata del Derecho Continental Europeo o el Common Law anglosajón.

---

<sup>57</sup> FONT GALAN, Jorge. “Constitución económica y Derecho de la Competencia” citado en la pagina Web <http://www.lablaa.org/ayudadetareas/economia/econo9.htm>

<sup>58</sup> SORIANO GARCÍA, Ernesto “Derecho Público de la competencia” Op. Cit. Pág. 85

La liberalización de los mercados es una de las tareas más difíciles de la política económica. La independencia de los servicios es la labor que pretende implantar cualquier Gobierno, si es consciente de la importancia y de los beneficios que generan las reformas estructurales y el daño que ocasiona a un país los monopolios o las restricciones a la competencia.

El gran beneficiario de la competencia es el consumidor. Con la competencia los precios bajan, la calidad mejora, las empresas se vuelven eficientes en el trato a sus clientes y lo que es más importante, el consumidor ve incrementadas sus posibilidades de elección. Cuando hay monopolio o restricción de la competencia, el consumidor se ve obligado a aceptar lo que existe en el mercado; se le impone una cantidad limitada de productos a elegir. Se le asignan calidades, precios y especialmente el trato que las empresas le dan. El monopolio maneja al cliente a su conveniencia porque sabe que no hay ninguna otra empresa que pueda suministrarle el servicio que el monopolio le niega. Al momento en que aparece en el mercado otra empresa o productor que realice la misma actividad que el ente monopolista, generará competencia obligando a que estos agentes de mercado luchan por captar y mantener de un cliente.. Aunque a veces se señalan los problemas que a corto plazo la competencia pueda crear a las empresas, todo el mundo admite sus efectos beneficiosos para los consumidores.

La industria se beneficiará de la liberalización de los servicios directamente, a través de la reducción de los precios de los servicios que son factores de producción, pero también, indirectamente, a través de la mejora de la renta real que conseguirán los consumidores.

Las diferentes legislaciones que protegen a la competencia difieren en algún grado respecto de las metas a las que se espera llegar con el objeto protegido mediante la sanción de actos contrarios a la competencia.

Si analizamos la legislación Antitrust Estadounidense, observaremos que los propósitos por ella perseguidos no son exclusivamente económicos, lo que se desprende no solo del marco histórico en el que se desarrollo dicha legislación, sino también de la constante referencia a sus fines extraeconómicos. En relación a los aspectos puramente económicos las normas vinculadas al Derecho de Defensa de la Competencia, se puede notar que están destinadas a asegurar la eficiencia en el sector productivo, en especial en lo concerniente a la asignación de recursos a distintos sectores de la población, al incentivo en la investigación y las innovaciones.<sup>59</sup>

Entre los elementos protegidos por las normas antitrust con fines no económicos encontramos la tendencia a la descentralización del poder económico, la reducción del espacio en el que la voluntad privada puede incidir sobre el bienestar de terceros, el incentivo de las posibilidades individuales de ejercer funciones empresariales y la tendencia a estructurar la sociedad mediante unidades más reducidas y cercanas a las inquietudes individuales.

En cuanto al bien jurídico protegido por el Derecho de Competencia del Mercado Común Europeo, las consideraciones sociales han tenido mucho menor peso, las normas europeas de la libre competencia en los mercados se encuentran vinculadas con el propósito de asegurar la efectiva formación de un mercado común y la libre circulación y comercio de bienes dentro de éste.

Entre los resultados principales que esperan alcanzarse a través de la ley de Defensa de la Competencia están:

- Lograr una mejor utilización de los recursos productivos
- Evitar distorsiones en la distribución del ingreso nacional

---

<sup>59</sup> LETWIN, W.L. "Law and economic policy in America. The evolution of the Sherman Antitrust Act" citado en la página Web <http://www.gestiopolis.com/canales/economia/articulos/42/conmercadhel.htm>

- Asegurar el libre funcionamiento de los mercados sin necesidad de recurrir a la intervención directa del Estado en la economía<sup>60</sup>

No debe considerarse que el bien jurídico protegido por la Ley de Competencia en Europa se debe exclusivamente a una visión netamente económica de los fenómenos sociales o a un desinterés sobre los efectos que pueda tener la legislación sobre éstos.

La legislación de Defensa de la Competencia no es una mera protección a intereses particulares, mediante técnicas propias del Derecho Privado, sino que apunta a crear “una garantía institucional del bienestar general o del interés económico general.”<sup>61</sup>

El funcionamiento de mercados competitivos, que protejan la iniciativa empresarial, que el mercado funcione de manera fluida y transparente requieren la existencia de un contexto apto para que se de tales situaciones como la igualdad de oportunidades y de trato para los agentes económicos sin discriminación, transparencia y libertad de ingreso en el mercado, exigencias generales que no generan problema alguno.

Dromi en su libro “Competencia y Monopolio” señala cuales son los valores comprendidos en Defensa de la Competencia:

- La libertad de realización, entendida como un derecho político y un derecho civil de los individuos, para lo cual se realizan actividades económicas que den el sustento necesario.
- La igualdad en la participación. La defensa de la competencia en este aspecto desempeña el rol de garantizar el mercado, como estructura básica que hace posible el desarrollo de la libertad económica, en condiciones de igualdad de oportunidades de

---

<sup>60</sup> LETWIN, W.L. “Law and economic policy in America. The evolution of the Sherman Antitrust Act” citado en la página web <http://www.gestiopolis.com/canales/economia/articulos/42/commercadhel.htm>

<sup>61</sup> GRUNDIG y CONSTEN. “European Court Reports”. Citado en el libro de CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. “Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia”. Op. Cit. 2005

acceso. La competencia asegura el acceso al mercado y no al éxito de los negocios, no iguala los resultados finales de la gestión empresarial, sino que da las mismas condiciones u oportunidades de acceso. El resultado de esta igualdad de acceso al mercado es que los demandantes de bienes y servicios tengan la posibilidad de elegir entre una variedad de opciones en precio y calidad.

- La legalidad en la competencia, conforme a la cual todo condicionamiento o limitación al ejercicio de la libre empresa ha de venir impuesto directamente por la ley, la misma que estará sujeta a los límites de la racionalidad que hagan compatibles el ejercicio del derecho individual con los requerimientos sociales.
- La propiedad de inversión, que se ve afectada cuando alguien resulta excluido del mercado por causa de prácticas anticompetitivas.
- La dignidad del consumo
- La solidaridad en el desarrollo de los mercados
- La justicia económica distributiva

Es necesario destacar que el bien jurídico protegido por el Derecho de Defensa de la Competencia es la protección al consumidor, creando con esto un estándar claro, de fácil cumplimiento en los tribunales evitando decisiones arbitrarias o dañinas para los consumidores. Este criterio pierde su simplicidad fácilmente abriendo una amplia gama de consideraciones sobre los intereses menoscabados que surgen en el funcionamiento de los mercados.

Desde el punto de vista histórico, ninguno de los sistemas importantes de regulación de la competencia se ha originado exclusivamente en la defensa de los consumidores. La “*Sherman Antitrust Act*” se originó en las presiones de pequeños productores y durante muchos años fue aplicada teniendo especialmente en cuenta los intereses de tales productores y otros factores ajenos al mero interés de los

consumidores. Las normas de la Comunidad Europea se originan en la necesidad de evitar las barreras privadas al comercio y la incidencia que los monopolios pueden tener sobre el nacionalismo económico.

## **2.6 Internacionalización del Derecho de Competencia**

El Derecho de defensa de la Competencia nació en los Estados Unidos como una legislación de aplicación nacional para resolver conflictos esencialmente nacionales. Sin embargo, a partir de la Segunda Guerra Mundial hay una tendencia de internacionalización de esta rama jurídica.

Según Guillermo Cabanellas de las Cuevas indica que un importante sector de opinión vio en las prácticas anticompetitivas uno de los orígenes económicos de la Segunda Guerra Mundial. Esta tendencia se apoyaba en varios elementos, principalmente los siguientes:

- Empresas alemanas participantes en sectores fuertemente cartelizados habían tomado parte activamente en el desarrollo del Estado nacional socialista con aportes económicos. Estas empresas tenían un interés directo en la política de armamento alemana.
- La economía japonesa antes de 1945 mostraba una gran tendencia a la carterización; esta propensión fue vista como un impulsor de la expansión militar.
- El régimen italiano de Mussolini se caracterizó por la protección e impulsión de las tendencias carterizadoras, incluyendo en el Código Civil disposiciones destinadas a establecer y tutelar jurídicamente la formación de cárteles y estructuras limitativas de la competencia<sup>62</sup>.

La consecuencia de las situaciones antes mencionadas, es que luego de terminada la Segunda Guerra Mundial en 1945, la legislación Antimonopólica fue

---

<sup>62</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. “Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia”. Op. Cit. Pàg. 103

impuesta a diversos países por presión especialmente de Estados Unidos. Se dieron situaciones que violentaron directamente la soberanía de países como es el caso de Italia, que Estados Unidos obligó que se derogue los artículos del Código Civil referente a la creación y protección de cárteles; a Japón que tenía una economía posguerra se le impuso una legislación en Defensa de la Competencia, la que fue aplicada hasta época reciente sin mayor entusiasmo y finalmente en Alemania se procedió a la disolución de cárteles existentes y se emitió una legislación con influencia preponderante en el desarrollo del Derecho Europeo de la Competencia.

La presión estadounidense para la adopción de normas antimonopólicas en ciertos países tuvo éxito, no ocurrió lo mismo con los esfuerzos para establecer instrumentos jurídicos internacionales de Defensa de la Competencia.

En 1947, tuvo lugar en La Habana, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, mediante la cual se intentó crear la Organización Internacional de Comercio. La Carta de La Habana, como se le llamó al documento constitutivo de la organización, nunca entró en vigor pero comprendía un capítulo relativo a las prácticas comerciales restrictivas de las empresas<sup>63</sup>.

*En la década de los setenta se desarrollaron en el ámbito de las Naciones Unidas esfuerzos propensos a la sanción de códigos internacionales de conducta, en materias vinculadas al Derecho de Competencia, tal como transferencia de tecnología y la operación de empresas multinacionales. Estos esfuerzos se plasmaron en el código denominado Cuerpo de Principios y Reglas Equitativas Multilateralmente Acordadas para el Control de las Practicas Restrictivas.<sup>64</sup>*

---

<sup>63</sup> [www.unctad.org/Templates/intItemID=2068&lang=3](http://www.unctad.org/Templates/intItemID=2068&lang=3)

<sup>64</sup> [www.mecon.gov.ar](http://www.mecon.gov.ar)

Es este un instrumento cuyo objetivo principal es conseguir que las prácticas comerciales restrictivas o que atenten a la competencia no impidan ni anulen los beneficios económicos del comercio internacional, además proporciona medidas de protección como la promoción de la competencia y el control de la concentración del poder económico. Como todo tratado o acuerdo internacional es necesario la voluntad del Estado suscriptor para que aplique y cumpla con la regulación convenida, caso contrario será letra muerta.

El Código busca, en términos generales, impedir prácticas restrictivas que afecten el comercio internacional. En la aplicación diaria, este cuerpo legal ha carecido totalmente de efectos legales, no ha influido ninguna legislación nacional, no le interesa a los empresarios y ni siquiera se lo menciona a la hora de resolver conflictos entre Estados en materia de aplicación de sus Derechos de competencia.

El tema de la competencia ha sido una constante tesis de debate y preocupación ya hace varias décadas en el seno de organizaciones internacionales. Con la creación en 1995 de la Organización Mundial del Comercio, el tema adquirió una nueva dimensión especialmente por las negociaciones y los compromisos que se contraen en el seno de esta organización.

La Organización Mundial del Comercio desde su creación ha enfatizado la importancia existente entre el comercio y las políticas de competencia. En fecha 1996, en la Conferencia Ministerial de Singapur se estableció con el fin de analizar la interacción comercial y política de los Estados miembros, relacionadas con las prácticas anticompetitivas.

Durante los años 1997 y 1998 las deliberaciones del Grupo se concentraron esencialmente en dos cuestiones básicas, la interacción entre política comercial y

desarrollo de la política de competencia. Según un informe en el año 1998, en varios países el Derecho de la Competencia se consolidó como parte de reformas destinadas a promover el desarrollo económico y social<sup>65</sup>.

Es necesario tener en cuenta que de los Miembros de la OMC, sólo un número reducido de países que no exceden de los ochenta miembros, han promulgado leyes anticompetitivas. Incluso existen países en vías de desarrollo en los cuales estas leyes existen y son de poca aplicación. Como se ha explicado se trata de una normativa compleja que impacta a la política económica en diversas aristas y los operadores económicos o jurídicos no siempre se encuentran preparados para enfrentar la aplicación de normas de tal contenido.

Es importante destacar que la realidad de los países con niveles de desarrollo menores obliga a que las medidas que se tomen no perjudiquen sus industrias nacionales que en muchas ocasiones, no pueden asumir la competencia externa.

Ha tenido mayor éxito y trascendencia el esfuerzo por facilitar la aplicación de Derechos de Competencia nacionales mediante acuerdos binacionales. Se destaca la actuación que ha tenido Estados Unidos que ha creado una red de acuerdos con diversos países, destinada a coordinar la aplicación de sus respectivas legislaciones de Defensa de la Competencia, en casos con elementos multinacionales.

Los lineamientos dictados en la materia por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, han influido sobre la aplicación de las legislaciones nacionales de los países miembros con elementos comunes.

---

<sup>65</sup> [www.un.org.spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=7786&criterial=desarrollo&criteri](http://www.un.org.spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=7786&criterial=desarrollo&criteri)

## **2.7 Derecho de Competencia en Estados Unidos**

Como se señaló en el capítulo anterior, Estados Unidos fue el país pionero en lo referente a legislación Antitrust, fundamentándose en la premisa que la libre interacción de las fuerzas competitivas la que genera una mejor asignación de recursos económicos, precios más bajos, mejor calidad y el máximo progreso material, al mismo tiempo que produce un entorno que permita preservar instituciones políticas y sociales democráticas.

En períodos anteriores la aplicación de las leyes anti monopólicas de Estados Unidos han expresado varios objetivos como justicia, dispersión del poder económico y distribución de las oportunidades económicas. Sin embargo, en la actualidad existe una sólida aceptación de que le objetivo de este tipo de leyes es el fomento de la eficiencia económica y la maximización del bienestar del consumidor.

Letwin señala que desde los inicios de la historia de la aplicación de leyes antitrust de Estados Unidos ha estado en contra de la excepción de sectores económicos a los cuales no se aplicarían la ley de la aplicación de las leyes antimonopolio. Es por ello que el comercio estadounidense está sujeto a la disciplina antimonopólica y ningún sector se encuentra totalmente excluido de las leyes antimonopolio. Sin embargo, con el transcurrir del tiempo, algunos sectores o tipos de comportamiento económicos han sido eximidos de las leyes antimonopolio, mediante autorización estatutaria explícita o decisiones judiciales basadas en una interpretación estatutaria.

Las leyes antimonopólicas se aplican sobre cualquier conducta comercial anticompetitiva que afecte tanto el comercio interno como el comercio internacional de Estados Unidos.

Las prohibiciones generales de la legislación antitrust norteamericana son:

- Todo contrato, combinación bajo la forma de monopolio de cualquier índole, o confabulación que restrinja el comercio o el intercambio entre los diversos estados o con otros países es considerado ilegal.
- Es contra la ley, monopolizar o intentar monopolizar, combinarse o confabular con otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del comercio o intercambio entre los diversos estados o con otras naciones.
- Se prohíbe utilizar métodos desleales de competencia en el comercio o que afecten el mismo.
- La concentración de actividades económicas han adoptado a lo largo del tiempo muchas formas o estructuras, los mas comunes son los llamados *trust*, éstos fueron los primeros en ser perseguidos como delito, dando origen a la creación de la legislación antitrust. Los *trusts* es una de las pocas conductas que a lo largo del tiempo has sido consideradas “per-se” contrarias a la libre competencia, ya que controlan la fijación de precios<sup>66</sup>

Los organismos encargados de la regulación de la Competencia en Estados Unidos es la Federal Trade Comisión (FTC), una de las bases fundamentales del represivo antimonopólico estadounidense, creado en 1914, ha tenido a su cargo la investigación y castigo de las prácticas restrictivas de la competencia. El papel de la FTC ha sido fundamental en la aplicación y divulgación del Derecho Antitrust Estadounidense, no sólo por la labor represiva desempeñada, sino por haber fijado a lo largo de los años las líneas generales de la política sobre Competencia en materias tan

---

<sup>66</sup> **PESQUEIRA BANDERAS, Manuel.** “El Derecho frente a la Libre Competencia: Una Visión Retrospectiva”. Revista “Temas de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral. Chile. 2003. Pág. 123-126

importantes como Integraciones Verticales, Adquisiciones, Fusiones y operaciones de carácter internacional.

Otro organismo administrativo fundamental en la fijación de la normativa sobre Competencia en los Estados Unidos es la División Antitrust del Departamento de Justicia, una de cuyas labores fundamentales ha sido la persecución penal de las infracciones a la “*Sherman Antitrust Act*”. La coexistencia de estos dos organismos no ha sido fácil y, en muchos casos, han surgido problemas de competencia y atribuciones entre ambos. Sin embargo los amplios recursos de que disponen y la esfera de atribuciones entregadas por ley a ambos entes, han permitido a lo largo de los años el funcionamiento de uno de los sistemas de protección de la Competencia más eficientes del mundo.

Junto a la existencia de organismos de carácter administrativos dotados de grandes atribuciones investigativas y presupuestos acordes a la importancia de la labor que desarrollan, el otro factor que ha resultado determinante en la aplicación del Derecho Antitrust en los Estados Unidos ha sido la forma en que se ha reglamentado la facultad de los eventuales litigantes de reclamar indemnizaciones por perjuicios sufridos a virtud de prácticas restrictivas ilegales. La legislación estadounidense se caracteriza por permitir a los perjudicados por tales acciones, recuperar de parte de los infractores, hasta tres veces el importe de los daños que puedan acreditar.

El procedimiento estadounidense de control de actividades que afecta a la libre competencia y desarrollo de la economía es que las empresas que van a proceder con una operación de adquisición o fusión cuya extensión económica supere un cierto límite antes delimitado por la ley, tienen la obligación de notificar a las autoridades de Defensa de la Competencia con cierta antelación al acto. El límite por el cual las

empresas que van a realizar la operación económica está dentro de dos parámetros generales que si cumple con estos necesariamente deben notificar a la autoridad competente: por un lado, la empresa compradora debe tener activos o ingresos por ventas superiores a los cien millones de dólares y la adquirida debe tener activos o ingresos por ventas superiores a los diez millones; otro aspecto a tomar en cuenta es que el monto de la operación debe superar los quince millones o representar más del 15% del paquete accionario o de los activos de la empresa adquirida.

Las autoridades de aplicación pueden decidir investigar o no la operación en cuestión, en el caso de que investiguen, esto puede conducir al inicio de un proceso judicial tendiente a bloquear la correspondiente adquisición o fusión. El procedimiento de control tiene el objetivo de anticipar en el tiempo las posibles acciones legales de las autoridades de defensa de la competencia, y evitar de ese modo el iniciar procesos de desmembramiento una vez que las concentraciones han tenido lugar. La idea detrás de esto es que los procesos de desmembramiento son siempre mucho más costosos, tanto para el Estado como para el grupo empresario involucrado, que los procesos de inhibición previa de los actos de concentración o fusión.<sup>67</sup>

*El Derecho sobre Libre Competencia de los Estados Unidos posee la característica de ser, además de un Derecho Administrativo sancionador, como también ocurre en Europa, un verdadero Derecho Civil y Penal, aplicado por Tribunales Ordinarios. Desde luego, bajo la legislación in comento, no es necesario pasar por autoridad administrativa alguna para demandar resarcimiento de eventuales perjuicios. Este aspecto permite diferenciar claramente a los Estados Unidos de muchos países desarrollados donde, a pesar*

---

<sup>67</sup> LETWIN, W.L. "Law and economic policy in America. The evolution of the Sherman Antitrust Act" citado en la página web <http://www.gestiopolis.com/canales/economia/articulos/42/commercadhel.htm>

*de existir acciones idóneas directas, ellas suelen estar insertas en procedimientos inadecuados lo que restringe enormemente su efectividad.*<sup>68</sup>

## **2.8 Derecho de Competencia Comunitario en Europa.**

Es necesario señalar que la Comunidad Europea nace como un imperativo para evitar una tercera guerra en Europa. Tras varios intentos fallidos, políticos de distintas naciones, impulsan la idea que los Estados miembros de la futura Comunidad deben poner en común, bajo la supervigilancia de la que después sería la Comisión Europea, su producción de carbón y acero que por esos entonces eran considerados los elementos esenciales que podrían permitir el rearme de Francia y, particularmente, de Alemania.

En este contexto histórico, el Tratado de París de 1951, también conocido como el Tratado CECA, es el primer cuerpo normativo comunitario en contener aspectos relativos a la protección de la Libre Competencia, dictados por motivo de la creación del Mercado Común para el acero y el carbón. Era de gran trascendencia regular estos dos productos ya que entre las dos guerras mundiales, Alemania manejaba los cárteles de producción y comercialización de dichos productos, lo que llevó a que el régimen nazi utilice para la creación de su arsenal de guerra, por ello los redactores del Tratado CECA tuvieron en mente, la experiencia vivida, para plasmar en el Tratado su lucha contra los cárteles y los monopolios en el sector del carbón y el acero. Sin embargo, es necesario recordar que los mercados del acero y carbón se desarrollaban en un mercado netamente oligopolista.

En 1957 nace formalmente la Comunidad Económica Europea tras 6 años de aplicación del Tratado Comunitario respecto del Carbón y el Acero. El esquema de

---

<sup>68</sup> **KOONTZ, Harold y GAMBLE, Richard**; “La intervención política en la empresa”. Editorial Bosch. 1 Edición. España. 1999 Pág. 32

protección a la Competencia se repite casi de la misma forma que en 1951, claro está que el Tratado de 1957 era de aplicación general, las prohibiciones respecto de los acuerdos restrictivos y de los abusos de posición dominante se hacen extensivos a todos los sectores de la economía.

*Las normas de competencia tienen por objeto garantizar el buen funcionamiento de un Espacio Económico Europeo basado en las leyes del mercado. La política de competencia de la Unión Europea se articula en torno a cinco ejes principales:*

- *Prohibición de las prácticas concertadas, acuerdos o asociaciones entre empresas que puedan afectar al comercio entre Estados miembros al impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común;*
- *Prohibición, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, de la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común;*
- *Control de las ayudas otorgadas por los Estados, o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que amenacen falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o producciones;*
- *Control preventivo de las operaciones de concentración de dimensiones europeas mediante la aprobación o prohibición de las alianzas previstas;*
- *Liberalización de determinados sectores en los que empresas públicas o privadas hayan gozado hasta ahora de una situación de monopolio como, por ejemplo, el mercado de las telecomunicaciones, el transporte o la energía.<sup>69</sup>*

El cumplimiento de los dos primeros principios puede admitir excepciones cuando, por ejemplo, un acuerdo entre empresas permite mejorar la producción o la

---

<sup>69</sup> [http://europa.eu/scadplus/glossary/competition\\_es.htm](http://europa.eu/scadplus/glossary/competition_es.htm)

distribución de los productos o fomentar el progreso técnico. En el caso de los regímenes de ayudas estatales, las asistencias de carácter social o destinado a promover la cultura y la conservación del patrimonio son también ejemplos de posibles excepciones a la estricta aplicación de las normas de competencia.

La dificultad de llevar a cabo una política de competencia eficaz, radica en que la Unión se ve continuamente teniendo que arbitrar entre intereses muchas veces encontrados. La Comunidad debe velar por que la búsqueda de una competencia perfecta o por lo menos competencia efectiva, en el mercado interior no contenga un debilitamiento de la competitividad de las empresas europeas en el mercado mundial y porque los esfuerzos de liberalización no dañen o afecten los servicios de interés general y que respondan a necesidades fundamentales.

La Unión Europea ha establecido un marco reglamentario adoptando a la aplicación de las normas anti monopolísticas y al control de concentraciones. Estos reglamentos garantizan la aplicación general de las normas de defensa a la competencia, apoyadas en la participación de autoridades nacionales.

Las orientaciones para una política de competitividad del mercado común son:

- *Facilitar la inserción de las empresas europeas en un contexto competitivo globalizado e interdependiente;*
- *Explotar las ventajas competitivas vinculadas a la desmaterialización de la economía;*
- *Fomentar un desarrollo industrial duradero;*

- *Reducir el desfase entre los ritmos de evolución de la oferta y de la demanda*<sup>70</sup>.

El esquema de la Comunidad Europea para el control antimonopólico es similar al de Estados Unidos en algunos de sus procedimientos, pero su naturaleza jurídica resulta distinta. Este sistema confiere a la Comisión Europea a más de facultades investigativas el poder de decisión respecto de las concentraciones y fusiones que tengan aplicación comunitaria. Dicho poder de decisión se refiere a la posibilidad de aplicar sanciones como desautorizar una fusión o adquisición, separar empresas o activos agrupados y aplicar multas a las entidades involucradas.

*Las operaciones con aplicación comunitaria se definen por el volumen de negocios de las empresas involucradas y por el hecho de que más de un Estado miembro de la Comunidad se encuentre significativamente afectado por la operación en cuestión. Los ingresos por ventas del conjunto de empresas afectadas deben superar los cinco mil millones de euros a nivel mundial y los doscientos cincuenta millones de euros dentro de la Comunidad Europea, límites que resultan considerablemente más elevados que los que se usan en Estados Unidos.*<sup>71</sup>

La legislación europea prohíbe aquéllas operaciones que "supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo"<sup>72</sup>.

La Comisión tiene también la facultad de remitir sus casos a las autoridades de defensa de la competencia de los estados miembros de la CE, cuando considere que los

---

<sup>70</sup> [http://europa.eu/scadplus/glossary/competition\\_es.htm](http://europa.eu/scadplus/glossary/competition_es.htm)

<sup>71</sup> [http://europa.eu/scadplus/glossary/competition\\_es.htm](http://europa.eu/scadplus/glossary/competition_es.htm)

<sup>72</sup> TRATADO DE ROMA, citado en la página Web [www.sice/unidadcomercioexterior/espana](http://www.sice.unidadcomercioexterior/espana)

potenciales efectos anticompetitivos de la operación en cuestión se limitan a un solo país. Sin embargo, el ejercicio de esta facultad es opcional, ya que la Comisión puede también encargarse directamente del asunto.

## CAPITULO III

### CONCEPTOS

Para continuar con el análisis de la doctrina jurídica de Defensa de la Competencia es necesario el estudio de los conceptos económicos relevantes y postulados jurídicos básicos para su comprensión, por lo cual se va a citar algunas definiciones relacionadas con este campo de estudio.

**3.1 Conceptos económicos:** para entender las instituciones que originan el Derecho de defensa de la Competencia, es necesario analizar las principales desviaciones del mercado.

**3.1.1 Monopolio:** existen muchas definiciones de monopolio, es necesario analizar las más importantes y usuales a este término.

El Diccionario de la Lengua Española define al monopolio como:

*“Concesión otorgada por la autoridad competente a una empresa para que esta aproveche con carácter exclusivo alguna industria o comercio. Convenio hecho entre los mercaderes de vender los géneros a un determinado precio. Acaparamiento. Ejercicio exclusivo de una actividad, con el dominio o influencia consiguientes. Situación de mercado en que la oferta de un producto se reduce a un solo vendedor”.*<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> **DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.** Real Academia de la Lengua. Vigésima Segunda Edición. España. 2001. Pág. 132

“Forma de mercado en la que existe un único oferente, que tiene poder para fijar los precios de sus productos y conseguir así maximizar sus beneficios. En ocasiones se le denomina también monopolio de oferta”<sup>74</sup>

*Es el caso en el cual, para un producto, un bien o un servicio determinado, solo existe una persona o una sola empresa (monopolista) que produce este bien o servicio. Se debe tener en cuenta que este bien o servicio no tiene un sustituto; es decir, ningún otro por el cual se pueda reemplazar sin ningún inconveniente, por lo tanto, este producto es la única alternativa que tiene el consumidor para comprar*<sup>75</sup>

Otra definición a monopolio más apropiado para el tema estudiado, es la que da el “common law”, la misma que tuvo gran importancia política en Inglaterra en los siglos XVII y XVIII, en el cual “el monopolio es una merced de privilegio especial que otorga el Estado, por lo que se reserva a favor de un individuo o grupo particular, cierto campo de producción.”<sup>76</sup>

Los orígenes lingüísticos de Monopolio es: Mono, solo, y Polein que significa vender, es decir único vendedor de un cierto bien. Esta definición es correcta pero extremadamente amplia. El matemático francés Antoine Augustin Cournot el primero en formular la teoría del monopolio, “es la deformación del mercado, por el lado de la oferta, que consiste en la concurrencia de un solo vendedor que anula toda posibilidad de libre competencia”<sup>77</sup>

La definición que puedo dar de monopolio es que constituye una desviación del mercado en la que un solo vendedor o productor oferta el bien o servicio que se necesita

---

<sup>74</sup> **ANDERSEN**, Arthur. “Diccionario Espasa Economía y Negocios”. Editorial Espasa Calpe S.A. Segunda Edición. España. 1998. Pág127

<sup>75</sup> Concepto citado en la pagina web <http://riie.com.pe/?a=295586>

<sup>76</sup> Concepto citado en la pagina web: <http://www.eumed.net/cursecon/dic/c10.htm>

<sup>77</sup> **BORJA**, Rodrigo. “Enciclopedia de la Política”. Fondo de Cultura Económica. 1 Edición. México. 1998. Pág. 247

para cubrir las necesidades de un sector específico, no existe un producto que pueda reemplazar el bien o servicio que oferta el monopolista además no existe la amenaza directa de entrada de otro competidor en ese mercado, por lo que permite el control de los precios.

Para que se implante un monopolio en determinado sector de la economía es necesario una serie de condiciones:

- *“Control de un recurso indispensable para obtener el producto*
- *Disponer de una tecnología específica que permita a la empresa o compañía producir, a precios razonables, toda la cantidad necesaria para abastecer el mercado*
- *Tener el derecho a desarrollar una patente sobre un producto o un proceso productivo*
- *Disfrutar de una franquicia gubernativa que otorga a la empresa el derecho en exclusiva para producir un bien o servicio en determinada área”*.<sup>78</sup>

### **3.1.1.1 Factores, condiciones y sectores que contribuyen a la creación de Monopolios**

Hay diversos aspectos que influyen en la creación de los monopolios, dependen si son creados por una disposición política y económica del Estado, por la explotación de un recurso natural o exclusivo, por estar bajo el amparo de una patente o simplemente ser del agrado y aceptación de los consumidores.

**3.1.1.2 Monopolio Legal:** Es el principal y más común tipo de monopolio. Es el resultado de un imperativo legal, en términos más amplios, de las decisiones tomadas

---

<sup>78</sup> PEREZ, Juan. En la pagina web <http://www.lablaa.org/ayudadetareas/economía/econo9.htm>

por el poder político; es la situación cuando el Estado deja a total discreción gubernamental ciertas actividades comerciales, o cuando limita la producción y comercialización de bienes o servicios a una empresa privada por medio de concesiones y licencias. Este monopolio no surge de las relaciones económicas sino es impuesto a la comunidad desde el Estado. Así han surgido actividades reservadas al gobierno o a algunos de sus concesionarios.

En la actualidad se ha reservado para el sector público ciertas industrias básicas o estratégicas, como son el petróleo, la aeronavegación, los ferrocarriles, los armamentos, etc. En otros casos se han dado formas atenuadas de monopolización, como cuando el Estado exige licencias para el uso de los canales de radiodifusión y televisión, etc.

**3.1.1.3 Monopolio Natural:** Esta clase de monopolio aparece cuando “el tamaño de la unidad productora en relación al tamaño del mercado es tal que cualquier incremento en la producción puede hacerse con costos medios decrecientes”<sup>79</sup>. En tales condiciones una empresa puede atender a todo el mercado, con lo que se genera espontáneamente un monopolio. Esta situación de monopolio se produce cuando los requerimientos tecnológicos de un proceso productivo determinan que los costos medios sigan siendo decrecientes incluso cuando la producción es muy elevada. En ese caso, cuanto mayor sea la empresa menores serán sus costos y más barato podrá vender. Las empresas más pequeñas, al tener costos comparativamente altos y no poder competir, se verán obligadas a cerrar y finalmente quedará una única empresa para suministrar a toda la demanda.

---

<sup>79</sup> ANDERSEN, Arthur. “Diccionario Espasa Economía y Negocios”. Op. Cit. Pág. 136

Asimismo tienden a generarse este tipo de monopolio cuando una industria se basa en la explotación de un recurso natural, el mismo es exclusivo de ciertos lugares de la región o del planeta, o simplemente el ingreso al mercado requiere de inversiones extremadamente grandes que solo quien tenga ese capital podrá constituir una empresa. Ha sido política de muchos países la de reservar para el Estado la explotación de estos monopolios, con el argumento de que así pueden controlarse mejor los precios y proteger al consumidor. Sin embargo, la ineficiencia en la gestión estatal ha llevado a que las empresas estatales no den los resultados esperados, generando un proceso de privatización y el Estado simplemente se limita a supervisar el desempeño de las compañías.

**3.1.1.4 Monopolio Institucional o Reputativo:** Un tercer tipo de monopolio es el resultado de las prácticas regulares de las empresas que intentan expandir su participación en el mercado. Cuando una empresa posee una innovación tecnológica protegida por una patente o Derecho de Marca, o cuando desarrolla una eficiente campaña publicitaria que incrementa su participación en el mercado, se generan condiciones propicias para el monopolio. Esta situación se da generalmente con productos de alta tecnología, que no pueden ser imitados fácilmente por los competidores, y con ciertos productos de consumo masivo, que generan hábitos bastante difíciles de restituir. Estos monopolios raramente mantienen su estatus por largo tiempo ya que el Estado toma las medidas necesarias o simplemente por el transcurso del tiempo otras empresas ingresan al mercado y se desintegra el monopolio.

**3.1.1.5 Monopolio Bueno:** se denomina así a la clase de monopolio que nace como consecuencia de la voluntad mayoritaria de los consumidores, en un verdadero proceso democrático de mercado, en el cual seleccionan o eligen con sus compras y

abstenciones de comprar a efectos de decidir cual es el proveedor que deberá prevalecer por sobre sus competidores.

Esta decisión es irreprochable desde el punto de vista autonomía de la voluntad, puesto que nace de la decisión de la mayoría de los consumidores sin que este tenga injerencia gubernamental, así han decidido asignar sus recursos a quienes ellos consideran que mejor los satisfacen. La decisión en última instancia corresponde al consumidor, verdadero soberano del proceso de mercado.

**3.1.1.6 Monopolio colusivo:** su estructura es cuando varias compañías pueden unirse para formar una empresa única, asumiendo un poder de monopolio. Los monopolistas se ponen de acuerdo para maximizar sus beneficios conjuntos teniendo en cuenta una mutua interdependencia, el precio, la cantidad y los beneficios; también puede darse la colusión tácita donde se abstienen de competir sin llegar a acuerdos explícitos y suelen fijar precios idénticos.

Esta clase de monopolio tiene mayor fuerza en los oligopolios, forma de desviación de mercado que estudiaremos más adelante.

### **3.1.1.7 TIPOS DE MONOPOLIO**

Hay distintos tipos de monopolio, cuyas diferencias son muy sutiles pero en el mercado marcan aspectos sustanciales.

**3.1.1.7.1 Oligopolio:** “Concentración de la oferta de un sector industrial o comercial en un reducido número de empresas”.<sup>80</sup> El mercado se encuentra dominado por un reducido número de productores, distribuidores u ofertantes.

Es una situación se genera cuando hay una posición intermedia entre lo que se conoce como competencia perfecta y el monopolio, en el que sólo existe un fabricante o distribuidor. Un mercado oligopolístico puede presentar, en algunas ocasiones, un alto grado de competitividad. Los productores oligopolistas tienen incentivos para seguir en la actividad como es la fijación de precios o repartiéndose los segmentos del mercado, lo que genera una situación parecida a la del monopolio. El tipo de acciones que realiza los oligopolistas y las políticas por las cuales están regidos, están prohibidas por las leyes de defensa de la competencia.

En ciertos mercados oligopolísticos en que los productos son muy similares, los productores se limitan a competir mediante la publicidad de sus productos o a la distribución de cupones que pueden intercambiarse por diversos artículos, simplemente para ganar espacio en el mercado.

Para tomar decisiones sobre precios, las empresas que operan en mercados oligopolísticos utilizan la teoría de juegos. El juego consiste en anticipar la reacción de las compañías competidoras ante cambios en las condiciones del mercado y en poder planificar la política a seguir para conseguir la máxima rentabilidad posible. Alcanzar un resultado óptimo depende en buena medida de que las empresas se comporten de una forma racional. “En un juego de suma cero, la rentabilidad total es fija, por lo que una

---

<sup>80</sup> **DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.** Op. Cit. Pág. 232

empresa sólo podrá mejorar su posición a costa de las demás. En los juegos que no son de suma cero, la decisión de un jugador puede beneficiar a todos los demás”<sup>81</sup>.

Entre las principales características del oligopolio tenemos:

- Participan pocos productores, no se tiene un número exacto, todo depende del mercado y las características del mismo para determinar la existencia del oligopolio.
- El bien o servicio que se produce puede ser homogéneo o diferenciado por sus marcas o publicidad, la mayoría de oligopolios es diferenciado ya que sus marcas y publicidad son imprescindibles para captar clientes.
- Cada oligopolista tiene capacidad de influir de manera relevante sobre las decisiones de sus competidores, así como cada oligopolista tomará decisiones influido por sus competidores. Esto conlleva a un alto grado de incertidumbre ya que no se sabe como reaccionará los oligopolistas.

Los precios que fijan los oligopolistas en el mercado están determinados por las diversas maneras de manifestarse la rivalidad en el oligopolio. Hay diferentes soluciones y combinaciones para determinar el precio en el mercado.

Entre las soluciones más comunes para fijación de precio en el oligopolio tenemos las colusivas y las no colusivas.

Colusivas.- “Colusión es todo acuerdo, convenio, contrato, inteligencia, explícito o tácito entre las empresas de una industria o mercado, hecha en forma fraudulenta y secreta, con el objeto de fijar precios, limitar la producción o rivalidad entre las empresas.”<sup>82</sup> La colusión es un modo de poner fin la lucha de precios entre oligopolistas, pero esta acción deriva en monopolio.

---

<sup>81</sup> **ARANEDA Hugo**. “Curso de Economía Política”. Op. Cit. Pág. 387

<sup>82</sup> **MATURANA**, Pía. “Apuntes de Derecho de Competencia”. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso- Chile. 2003. Pág 112

La colusión se produce por una serie de factores como es el número reducido de competidores, la inexistencia de sistema que prohíba y sancione actos anticompetitivos, falta de medios óptimos para detectar acuerdos colusorios.

La forma de colusión expresa más conocida es el cártel, que es una combinación de empresas destinada a limitar la acción de las fuerzas de la competencia mediante el establecimiento de pactos explícitos sobre precios y niveles de producción.<sup>83</sup>

La estructura de organización de un cártel es de no sobrepasar su cuota asignada de participación en el mercado; las empresas que forman un cártel deberán respetar los acuerdos establecidos caso contrario se produciría una guerra de precios para acaparar mayor parte del mercado.

La colusión tácita se trata de llegar al mismo resultado que un cártel pero sin prestar consentimiento alguno, sino a través de conductas implícitas; el trasfondo de la colusión tácita es que debido a que las legislaciones prohíben los cárteles porque limitan la competencia, sin un acuerdo expreso se trataría de ocultar la verdadera intención de ocupar una cuota asignada del mercado.

Entre las principales conductas implícitas que forman el oligopolio colusivo tácito tenemos a:

1. Liderazgo de precios: la guerra de precios genera inestabilidad y lleva en muchas ocasiones las empresas trabajen a pérdida. Ante esta situación, ellas consideran correcto seguir al líder del mercado; el precio que ésta imponga se mantendrá y habrá utilidades para todos.
2. Oligopolio de empresa dominante: una sola empresa que controla un porcentaje elevado en el mercado, quedando el resto del mercado entre empresas con cuotas pequeñas. La empresa dominante impone el precio en el mercado, comportándose como

---

<sup>83</sup> MATURANA, Pía. “Apuntes de Derecho de Competencia”. Op. Cit. Pág 118

monopolista en su cuota de mercado y las empresas pequeñas deberán alinearse al comportamiento de la principal para no verse perjudicada y formar un monopolio.

No Colusivas: cuando no existen acuerdos para llevar un equilibrio, los oligopolistas minimizan la incertidumbre, reducen lo más posible la variación de precios, ocasionando estabilidad de los precios en periodos prolongados de tiempo. No afectará de manera significativa si una empresa sube los precios ya que perderá participación en el mercado y si baja los precios no tendrá las utilidades esperadas.

Generalmente en los oligopolios coexisten empresas grandes y pequeñas, las mismas que forman un grado de concentración del mercado, que es la influencia que tiene dentro del comercio los principales vendedores; la misma que se traduce en que menos competidores participen, siendo mayor la concentración.

**3.1.1.7.2 Duopolio:** Situación de mercado en que la oferta de un producto o el ejercicio de una actividad se reparte entre dos empresas. Una forma muy fácil de explicación es como en el caso del monopolio, en el duopolio son las empresas las que orientan el juego, frente a una demanda pasiva, que se supone ellos conocen, por un procedimiento no precisado, pero que supone una centralización previa. Cada empresa determina la oferta que maximiza su beneficio, pero teniendo también en cuenta la demanda de otras empresas; para ello debe efectuar conjeturas, es decir anticipaciones, sobre sus comportamientos.<sup>84</sup>

El duopolio se forma de la misma manera que el oligopolio y se maneja no con acuerdos previos como el oligopolio, sino con conjeturas sobre los posibles comportamientos que tenga el otro agente de mercado.

---

<sup>84</sup> [http://mercadeo.com/22\\_monopolios.htm](http://mercadeo.com/22_monopolios.htm)

**3.1.1.7.3 Trust:** Este tipo de acuerdos permiten transferir el control real de una empresa a un individuo o a otra empresa intercambiando las acciones por certificados emitidos por los individuos que pretenden controlar la empresa.

La historia económica de todos los países está llena de ejemplos en que los productores intentan crear acuerdos para obtener poder monopolista sobre el mercado aunque se ofrezca la imagen de que impera la competencia.

La generalización y el abuso de esta técnica en Estados Unidos, llevó a que se dicte la primera ley en defensa de la Competencia, la denominada “*Sherman Antitrust Act*”, una ley que pretendía declarar ilegal este tipo de acuerdos y cualquier tipo de acciones encaminadas a crear monopolios y a limitar la competencia interestatal.

Una técnica parecida a la de los *trusts* son los *holdings*, que emiten sus propias acciones públicamente, pero controlan otras empresas comprando sus acciones. Estos acuerdos no tienen por qué ser ilegales, excepto cuando se adoptan con el fin de monopolizar el comercio.

Luego de tener un breve conocimiento de los distintos tipos de monopolio, podemos llegar a la conclusión que no existe diferencias marcadas y relevantes entre el monopolista, cártel, oligopolio, duopolio, *trust*, simplemente varían en el número de participantes que controlan la comercialización de bienes, productos o servicios, las consideraciones del monopolio son aplicables a cualquiera de las restantes imperfecciones del mercado y constituyen desviaciones a la libre competencia.

Desde el lado de los compradores también existen desviaciones del mercado, ocurre cuando no hay una competencia perfecta con igual número de compradores y

vendedores, dando paso al monopsonio y oligopsonio, casos muy raros pero vale la pena mencionarlos.

**3.1.1.7.4 Monopsonio:** “Situación comercial en que hay un solo comprador para determinado producto o servicio.”<sup>85</sup>

Cuando hay un comprador y muchos vendedores. Cuando hay un solo comprador de un insumo, decimos que existe un monopsonio; si hay varios compradores decimos que hay un oligopsonio.<sup>86</sup>

Es Una situación en la cual la demanda total de una mercancía la ejerce un solo comprador. El monopsonio se produce generalmente con respecto a ciertos factores de producción como por ejemplo la demanda de cierto tipo de trabajo especializado, o con materias primas y bienes en proceso; existe monopsonio de bienes de consumo, un caso muy común es la de un ejército de un país ya que es el único comprador de determinado tipo de armamento.

Al igual que en el caso del monopolio, la empresa monopsónica ejerce un gran control sobre el mercado y puede influenciar los precios con el fin de obtener ganancias extraordinarias.

El monopsonio, como las otras desviaciones del mercado, son situaciones opuestas a la competencia perfecta. En la práctica los monopsonios sólo se presentan en mercados locales relativamente reducidos o en circunstancias en que hay una intervención gubernamental efectiva.

---

<sup>85</sup> **DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.** Op. Cit. Pág 137

<sup>86</sup> <http://www.eumed.net/cursecon/dic/M.htm#monopolio>

El monopolio y el monopsonio mantienen una estrecha relación, una empresa monopolista va a ser la única en comprar las materias primas necesarias para la producción de bienes, por lo que una misma empresa puede ser monopolista y monopsonista.

**3.1.1.7.5 Oligopsonio:** es la situación de mercado en el que no existe un solo consumidor, sino un número pequeño de consumidores en los cuales se deposita el control, el poder sobre los precios y las cantidades de un producto en el mercado. Los beneficios generados por esta situación son para los consumidores, ya que ellos tienen el poder de negociar un precio favorable, en cambio los productores se verían afectados en sus utilidades.

Los ejemplos de oligopsonios son más frecuentes que los de monopsonio, como es la situación de los fabricantes de asientos de automóviles, su producto no ampliamente ofrecido en el mercado por lo que se ven obligados a negociar con las ensambladoras de autos sobre la cantidad, calidad y precio del producto.

El monopsonio y oligopsonio no son casos muy comunes, pero es necesario tenerlos en cuenta ya que son afectan a la competencia dentro de un mercado.

**3.1.1.8. Ventajas y Desventajas del Monopolio:** es necesario explicar por qué el Estado quiere proteger la competencia a través de la regulación. Alfonso Miranda Londoño señala que “una estructura industrial monopolística, produce una gran concentración de riqueza y de ingreso. Lo que no ocurre con mercados con alto grado de competencia y que tiene resultados altamente perniciosos”<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> **MIRANDA LONDOÑO**, Alfonso. El Derecho de la Competencia en Colombia. Editorial Legis. Primera Edición. Colombia. 1998. Pág. 23.

En un mercado competitivo el poder económico se encuentra desconcentrado, existen muchas empresas actuando en su propio interés y produciendo gran diversidad de bienes, lo cual se traduce en beneficios directos a los consumidores. Por otro lado, en un mercado con estructura monopolística, no existe diversificación de la toma de decisiones, la estabilidad económica, influencia en la política está en manos de pocas personas, quienes utilizan su poder para garantizar su posición dominante en el mercado generando corrupción tanto a nivel privado como en el público.

La legislación antimonopolio busca proteger la competencia, ya que es necesaria y beneficiosa para el buen funcionamiento del mercado, entre las ventajas tenemos:

- Es posible obtener la asignación eficiente de los recursos en el mercado, evitando el despilfarro que conlleva al monopolio.
- La competencia entre los agentes lleva a una dinámica que activa el desarrollo económico como es el aumentando capitales, creando nuevos negocios y nuevas formas de negocio, otorgando empleos, etc.
- La existencia de competencia ayuda a controlar la inflación, toda vez que la competitividad produce una regularización de los precios.
- Un buen funcionamiento de la competencia en el mercado favorecerá la distribución de la riqueza, ya que uno de los resultados de la competencia es una igualdad entre los competidores y por tanto un reparto de los beneficios del mercado.
- El mercado no estará dominado por solo un agente que concentre el poder y que conllevaría a una asignación ineficiente de recursos, sino por las fuerzas de todos los agentes de mercado, quienes conjuntamente efectúan sus presiones para dar forma y movimiento al mercado.

- La permanente lucha por el cliente lleva a los agentes de mercado a intervenir en investigación y desarrollo para mejorar el producto o servicio ofrecido, favoreciendo la innovación tecnológica.

Alfonso Miranda Londoño afirma que la competencia también presenta algunas desventajas:

- La competencia dejada a su solo arbitrio puede llevar a la conducta contraria, la cual es no competir.
- La competencia puede producir efectos perjudiciales en ámbitos como la salud, educación, defensa, etc. Un claro ejemplo es el caso de la educación superior, en que existe un exceso de establecimientos que en la búsqueda de una ventaja competitiva frente a los demás han dado origen a amplias y preocupantes diferencias en cuanto a la calidad de la educación recibida y como consecuencia de la calidad de profesionales que se gradúan cada año.
- El exceso de competencia también puede llegar a afectar la calidad de los servicios para vender más volúmenes, captar más clientes; las empresas reducen costos afectando la calidad cuando ella requiera o demande un gran gasto.
- En una dinámica de competencia y rivalidad intensas, puede producirse una guerra de precios, en la cual cada empresa disminuye sus precios como reacción a la baja de precios de su competidor, como modo de no perder clientes que podrían ser captados por los precios bajos. Estas conductas podrían conformar un círculo vicioso cada vez más dañino para los agentes económicos, alcanzando precios bajos que afecten a los participantes del mercado, pudiendo incluso destruir la industria.
- La desventaja desde el punto de vista estrictamente económico es el desperdicio de recursos, ya que el monopolista es incapaz de producir la cantidad precisa del bien a

menor precio porque invierte cuantiosos recursos en el mantenimiento de su posición monopolística.<sup>88</sup>

- *“Los niveles de producción y precios no son óptimos porque las barreras de entrada y el poder de mercado conllevan precios más altos y niveles de producción más bajos”<sup>89</sup>.*

**3.1.2 Competencia:** el concepto de competencia ha estado en constante evolución. Para autores clásicos, liderados por Adam Smith, competir consistía en ser parte del mercado, estar dentro del mismo. Posteriormente, los neoclásicos acuñaron un nuevo concepto para definir competencia, “competir consistía en la lucha por el cliente”<sup>90</sup>

Con una nueva perspectiva, la competencia ha sido definida como la permanente creación y destrucción de ventajas monopolísticas por la variación del precio o calidad del producto.<sup>91</sup>

En el sentido más sencillo se puede considerar a la competencia como la rivalidad existente entre empresas y proveedores por el dinero y lealtad de sus clientes. Esta rivalidad tiende a centrarse en uno de dos enfoques a modo de combinación:

- Competencia basada en precios relativa a reducción de costos para atraer a los consumidores traduciéndose en reducción de precios.
- Competencia basada en servicios, que son las innovaciones, mejoras en la entrega del bien o el servicio, ofertas de mayor calidad, entre otros.

En economía se dice que existe competencia cuando diferentes firmas privadas concurren a un mercado a ofrecer sus productos ante un conjunto de consumidores que

---

<sup>88</sup> MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El Derecho de la Competencia en Colombia. Op. Cit. Pág. 23.

<sup>89</sup> MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El Derecho de la Competencia en Colombia. Op. Cit. Pág. 25

<sup>90</sup> ARANEDA Hugo, “Curso de Economía Política”, Op. Cit. Pág. 412

<sup>91</sup> BOFFIL, Álvaro. “El abuso de la posición dominante: visión del Derecho comparado y nacional. Proposición de un nuevo texto legal para Chile. Universidad Católica de Valparaíso 2 Edición .Chile. 1991. Pág. 145

actúan independientemente y que constituyen la demanda. El término también se usa, en un sentido más coloquial, para aludir a las otras empresas que compiten por un mercado determinado, se habla así de la competencia para designar a los competidores específicos que tiene una empresa.

“La competencia es esencial a la economía de mercado, tanto que puede decirse que ambos términos son, en realidad, inseparables: no existe economía de mercado sin competencia y la existencia de competencia produce como resultado un tipo de economía que es de mercado, o que se aproxima a ella”<sup>92</sup>. No obstante, la competencia que existe en un mercado determinado puede alcanzar diversos grados y clasificarse en diferentes tipos según el grado de control sobre los precios que pueda tener cada uno de los oferentes y demandantes, la variedad de los bienes que se comercian y la libertad de entrada para los oferentes y a veces, los demandantes potenciales; conceptos ya estudiados.

Desde el ámbito económico, el punto de encuentro entre la oferta y demanda determinará el precio y la cantidad de equilibrio; dicha situación de equilibrio es la máxima eficiencia dentro del mercado. “La interacción del punto de vista de la función de la oferta revela la participación en el mercado de productores que luchan por la venta de sus productos en el mercado; en medida que esta lucha se realice unida a un estadio de libertad para actuar, será libre competencia”<sup>93</sup>

Existe dos tipos de competencia, entre las que tenemos está la competencia perfecta y competencia imperfecta. Los conceptos ya fueron estudiados en el primer capítulo, es imperioso retomarlos para la definición de Derecho de Competencia.

---

<sup>92</sup> <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/bg-micro/4.htm>

<sup>93</sup> **GUERRERO, José Luis y BOFILL, Álvaro.** “Acerca del concepto constitucional y legal de competencia” citado en la pagina web <http://biblioteca.ucv.cl/?Term=bofill&texto=http%3A%2F%2Fbiblioteca.ucv.cl>

Competencia perfecta, atomística o pura, que caracteriza a un mercado perfectamente competitivo. En este caso el número de oferentes es prácticamente infinito, para cada uno de los bienes que se producen, y el número de demandantes también lo es; no existe limitación alguna para la entrada al mercado y, por lo tanto, ninguna de las fuerzas que compiten está en condiciones de determinar los precios a los que se llega en el mismo; tampoco hay economías de escala significativas, de modo que ningún vendedor puede crecer para dominar o controlar el mercado. Este modelo abstracto puede generalizarse a toda la economía, para demostrar la interdependencia de los mercados parciales existentes y la movilidad de los diferentes factores productivos.

La competencia perfecta no es la descripción de algún mercado existente sino un modelo económico a través del cual puede entenderse el funcionamiento de una economía de mercado, donde el precio de cada bien o servicio queda determinado por la mutua influencia de la oferta y la demanda, sin control externo alguno y sin que los actores que concurren al mercado puedan influenciar el resultado que se alcanza a través de las transacciones particulares.

Para referirse a las situaciones que se encuentran en la práctica y que se alejan por cierto de la competencia perfecta, los economistas suelen hablar de competencia imperfecta. Este concepto abarca una multitud de situaciones diferentes que van desde las que se aproximan a la competencia pura hasta las que se acercan a la ausencia total de competencia. En la práctica siempre es posible encontrar que algunos oferentes o demandantes poseen mayor poder que otros para la fijación de los precios, que aparecen economías de escala o que existen restricciones directas o indirectas que limitan el acceso del mercado a nuevos competidores.

Hablar de competencia se refiere a los agentes económicos en sus relaciones comerciales, con una incidencia directa en la vida diaria de los consumidores, ya que es el resultado de la confrontación entre los oferentes se refleja en la calidad y precio del bien o servicio.

Entre las ventajas de la competencia tenemos: precios más bajos, ya que mientras más enérgica sea la competencia dentro de un mercado, más probable es la concurrencia de una eficiente competencia de precios. En contraste, en un mercado regido por un cártel o en el cual hay fijación de precios o colusión se tenderá hacia un precio único.

Otra ventaja de la competencia es que se tiene más alternativas, se puede elegir entre diferentes opciones que son ofrecidas por los agentes de mercado. Junto con proveer más opciones, ayuda a abrir el mercado para más consumidores.

La competencia genera nuevos participantes en el mercado. Cuando un potencial agente entra al mercado considera los márgenes de ganancia que otros participantes están obteniendo y al no existir limitaciones, ingresa y pasa a ser un agente de mercado.

La competitividad genera que los proveedores se esfuercen por ofrecer un mejor servicio ayudándose de diferentes medios para distinguir sus bienes o servicios de los ya existentes en el mercado.

Cuando los consumidores eligen entre productos, señalan sus preferencias, cuando se agrupan; las empresas reciben una señal de mercado sobre qué producir. Esta constante necesidad de recapturar las preferencias de los consumidores obliga a las empresas a una búsqueda por las ganancias de productividad y mejoramiento de su eficiencia. Este motor de competencia, eficiencia y productividad puede conducir a una

situación donde los consumidores se benefician de un mejor servicio y precios más bajos al tiempo que las empresas mejoran sus utilidades.

La competencia, como conclusión, pretende asegurar un mercado en el cual los recursos sean asignados de una manera más eficiente, lo que se traduce en un beneficio a los consumidores frente a precio, calidad, disponibilidad, acceso de bienes y servicios.

**3.1.2.1 Competencia Monopolística:** esta situación se da cuando existe una cantidad significativa de productores actuando en el mercado sin que exista un control dominante por parte de alguno de ellos; “aunque cada producto específico pueda considerarse monopolizado por una determinada firma, los mercados suelen actuar como si en ellos hubiese competencia perfecta, especialmente si no existen dificultades para que nuevas firmas puedan entrar a competir y las diferencias entre los productos no son muy significativas”.<sup>94</sup>

La parte clave de esta situación, es que se presenta una diferenciación del producto; es decir, un producto en particular, dependiendo del productor, puede tener variaciones que le permitan ser, en algún aspecto, diferente a los demás productos similares hechos por otras empresas.

**3.1.2.2 La Competencia y los Mercados Libres:** El presupuesto esencial de la competencia es la rivalidad existente entre los vendedores para atraer un mayor número de clientes. Esta situación que va estrechamente relacionada con el concepto de mercado libre, en la cual se expresa la posibilidad de ingresar a un mercado sin la existencia de cualquier tipo de barreras.

---

<sup>94</sup> MATURANA, Pía. “Apuntes de Derecho de Competencia”. Op. Cit. Pág 158

Las características del mercado libre son:

- La existencia de un gran número de compradores y vendedores, a través de los cuales el precio de un producto no se altera, debido a que la participación de cada uno, es muy pequeña en relación con el total.
- Todos los participantes del mercado tienen conocimiento completo de los precios y condiciones en que se ofrece un bien o servicio; esto conlleva a que sea fácil entrar o salir del sistema económico competitivo<sup>95</sup>.

De las características antes detalladas, la consecuencia práctica es que el precio del bien o servicio ofrecido determina su precio por la relación de la oferta y la demanda, donde cada comprador y vendedor actúa conforme a su interés y decide la conveniencia de efectuar el contrato o transacción

“El mercado libre tiene dos principales funciones:

1. La formación de precios competitivos tanto para bienes y servicios de consumo como para factores de producción.
2. Fomentar el uso eficiente de los recursos económicos”<sup>96</sup>.

El mercado libre se puede ver afectado por prácticas monopólicas, al igual que por la utilización de métodos para eliminar rivales y así aumentar participación en el mercado; es por ello que el interés de la sociedad se ve afectado y el Estado interviene para salvaguardar los intereses comunes mediante la legislación de Defensa de la Competencia.

---

<sup>95</sup> **GOMEZ LEYVA, Delio**. “De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica”. Citado en la página Web <http://www.care.org.ec/reico/brief2.htm>

<sup>96</sup> **GOMEZ LEYVA, Delio**. “De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica”. Citado en la página Web <http://www.care.org.ec/reico/brief2.htm>

**3.2 Conceptos Jurídicos:** Una vez expuestos las definiciones económicas relacionadas con el Derecho de Competencia, se exponen las nociones jurídicas necesarias antes de la conceptualización de la rama legal estudiada.

**3.2.1 Derecho Económico:** Carlos Lleras Restrepo define a esta rama jurídica como “la disciplina científica formada por los vínculos entre la ciencia del Derecho y la ciencia de la Economía y plantea un encuentro interdisciplinario que debe llevar a un verdadero entendimiento de las relaciones fundamentales entre el Derecho y la Economía”<sup>97</sup>

“Derecho económico es el sistema de normas jurídicas que, en un régimen de economía dirigida, regulan las actividades del mercado, de las empresas y otros sujetos económicos, para realizar metas y objetivos de la vida económica”<sup>98</sup>.

Mi definición de Derecho Económico es la rama legislativa que tiene base de estudio los fenómenos económicos que inciden socialmente y frente a los cuales los conceptos jurídicos actúan. El Derecho Económico protege tres intereses básicos, el interés general, el interés propio de cada empresa y los intereses particulares de los individuos que concurren a su realización.

En conclusión el Derecho Económico garantiza el interés social amparado en el orden público económico, que se involucra en la actividad económica de los mercados.

**3.2.2. Derecho de Defensa de la Competencia:** La actividad de las fuerzas del mercado han llevado a que surja un ordenamiento que va más allá de regular la intromisión de los gobiernos en el mercado y tiende a controlar los abusos del poder económico preservando el interés social sin intervenir en la productividad y la competitividad.

---

<sup>97</sup> **LLERAS RESTREPO, Carlos.** “Influjo de la legislación comercial en la economía”. El navegante editores. 2da. Edición. Colombia. 1997. Pág. 19

<sup>98</sup> **OLVERA, Julio.** Citado en el libro de **GUZMAN, Marco Antonio.** “Derecho Económico Ecuatoriano I”. Corporación Editora Nacional. 1ra. Edición. Ecuador. 1996. Pág. 30

La dificultad de adoptar una definición unánime de Derecho de Competencia es ampliamente reconocida por la doctrina. El término competencia no sólo es aplicable al campo económico sino que cubre también aspectos deportivos y artísticos en donde existe rivalidad en procura de un objetivo. Competencia dentro de la lengua española, se entiende como la disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa<sup>99</sup>. Dentro del léxico económico la competencia “es la rivalidad entre competidores y vendedores de bienes y servicios. La competencia tiende a estar en relación directa con el grado de difusión, del poder de mercado y con la libertad con que compradores y vendedores pueden entrar o salir de los mercados<sup>100</sup>”.

La definición de Derecho de Defensa de la Competencia ha pasado por diversas fases y persiguiendo diferentes objetivos, en su primera etapa que va desde finales del siglo XIX hasta principios de la década de los sesenta, la teoría más aceptada era la del Interés Público; esta corriente señalaba que el objetivo de la regulación de la competencia consistía en favorecer el interés público y maximizar el bienestar, de este modo la intervención estatal se produciría cuando los mercados manifiesten fallas, como una manera de aumentar el bienestar. Esta teoría ha sido muy criticada ya que señalan que el sistema político no es perfecto, siendo imposible impedir que grupos de interés interfieran en el proceso regulatorio.

La siguiente teoría es la denominada de la Captura. Quienes la postulan señalan que las entidades reguladoras son capturadas por aquellos a quienes supuestamente normalizan, en consecuencia el ordenamiento no tendría por objeto el interés público sino lo contrario, el interés privado. Esta teoría por su concepto en sí fue desechada.

---

<sup>99</sup> **DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA**. Op. Cit. Pág 256

<sup>100</sup> **MIRANDA LONDOÑO**, Alfonso. El Derecho de la Competencia en Colombia. Op. Cit. Pág. 53

La tercera corriente es la teoría Económica de la Regulación, la premisa fundamental es que los grupos de interés desean que los órganos reguladores distribuyan el ingreso de otros grupos a ellos y para lograrlo ofrecen apoyo político a cambio de legislación que les favorezca, en resumen la legislación resulta de la interacción entre los grupos de presión, primando el interés privado sobre el público.

Las teorías antes mencionadas han sido desechadas en casi su totalidad, pero se ha mantenido la tendencia de que la regulación de la competencia debe velar por el interés público, dando nacimiento a modernas teorías como son las de la Ventaja Competitiva que sostiene que el Derecho de Competencia es mejor regulado por el mercado mismo, acompañado de procesos legales rápidos. Una tendencia más extremista es la crítica a la existencia misma de esta rama legal, en el sentido de que ninguna disciplina jurídica y teoría económica puede distinguir con certeza entre una conducta competitiva de una anticompetitiva.

En definitiva el Derecho de Competencia debe velar por el interés público y social, garantizando el ejercicio de la libertad económica individual y corregir las desigualdades que se presentan en el desarrollo de las actividades mercantiles, industriales y productivas que se presentan cuando se desfasa el límite permitido de ejercicio de las libertades económicas.

Una vez expuesto lo que el Derecho de Defensa de la Competencia persigue con su regulación, es necesario conceptualizarlo.

*El Derecho de la Competencia constituye una garantía jurídica que otorga equilibrio al mercado, en virtud de la cual, los productores y distribuidores compiten por la demanda, promoviendo mayores y mejores precios, calidades,*

*garantías y avances tecnológicos, que conducen a progresar en las estructuras de costos, gastos y potencialidades técnicas, evento que beneficia tanto al comerciante, como a los consumidores y al Estado*<sup>101</sup>.

Según Alfonso Miranda Londoño, el Derecho de la Competencia es “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.”<sup>102</sup>

Del concepto antes transcrito se puede extraer varias características:

- Derecho de Competencia pretende regular el poder que ostenta el empresario para determinar las condiciones del mercado.
- Controla las expresiones o conductas de las empresas, regula los actos y hechos dentro del mercado, ya que pretende la protección del sistema económico.
- Vela por el interés público, protege a competidores, empresarios no competidores, consumidores y en general a la estructura competitiva.<sup>103</sup>

Me permito definir al Derecho de Defensa de la Competencia como un conjunto de principios y normas jurídicas de contenido social, político y económico, cuyo objetivo es la protección a la libre competencia económica; determinando, clasificando, investigando y sancionando aquellas prácticas, hechos, acuerdos, actos u omisiones que constituyen obstrucciones al ejercicio o desarrollo del libre ejercicio en el mercado, que constituyen conductas desleales o injustas, las cuales vulneran el interés colectivo involucrado en un sano desarrollo de la economía social de mercado.

---

<sup>101</sup> MATURANA, Pía. “Apuntes de Derecho de Competencia”. Op Cit. Pág 198.

<sup>102</sup> MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El Derecho de la Competencia en Colombia. Op. Cit. Pág. 55

<sup>103</sup> MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El Derecho de la Competencia en Colombia. Op. Cit. Pág. 57

La regulación de la competencia consiste en normas gubernamentales que obligan a los productores, comerciantes o empresas a corregir su comportamiento cuando está incurriendo en actos que han sido señalados previamente como anticompetitivos. La política antimonopolio prohíbe la conducta que va en contra de la competencia e impide las estructuras monopolísticas de los poderes públicos para limitar los abusos.

El argumento más poderoso para regulación es cuando hay monopolio natural y los costos medios están disminuyendo en todos los niveles de producción, ahí interviene el Estado ya que existe fallas en el mercado.

# CAPITULO IV

## ACTOS ANTICOMPETITIVOS

### **4.1.1 Contenido de las Conductas Anticompetitivas.**

Las normas contenidas en el Derecho de la Competencia tienen un contenido dual, es decir, no solo establecen conductas jurídicamente reprochables, sino que también admiten su prevención y sanción. Esta clase de derecho distingue entre actuaciones preventivas, que permiten una valoración y restricción a las posibles fallas en el mercado y actuaciones meramente sancionadoras, que involucran la realización de una conducta ajena a la libre y leal competencia fuente de sanción jurídica.

Se considera que el Derecho de Defensa de la Competencia tiene un contenido preventivo, cuando de forma anticipada el Estado realiza una valoración de la legalidad de las ciertas conductas que tienden a alterar el orden público económico, señalando un procedimiento en el que la autoridad competente se encargará de evaluar los posibles efectos de la conducta dentro del mercado; es decir, si se ajusta o no a los parámetros de la leal y libre competencia, con la finalidad de aprobarla o no.

Otro punto del Derecho de Defensa a la Competencia es el contenido sancionador. En la legislación del Estado con la finalidad exclusiva de imponer sanciones al incurrir los individuos en conductas no permitidas dentro del orden competitivo. Se trata propiamente del ejercicio del poder coercitivo por parte del Estado, el cual ante infracciones en la ley debe proceder a castigar.

### **4.1.2 Valoración de las Conductas Anticompetitivas:**

El Derecho de la Competencia, basándose en los antecedentes estadounidenses del Derecho Antitrust, ha generalizado los parámetros de interpretación de dos reglas

básicas que permiten revelar el efecto anticompetitivo de la actuación desarrollada en el mercado.

Estas reglas constituyen una pauta de análisis que permite diferenciar cuándo una conducta produce una vulneración a la libre competencia y cuándo es legal y socialmente admisible. Estos son:

**a.- Regla de la razón:** Este sistema permite analizar todas las conductas en el mercado cuyo efecto competitivo “solamente puede ser evaluado a través del estudio de las características y los hechos peculiares a cada tipo de industria y negocio, de la historia de la práctica restrictiva en cuestión, y de las razones por las cuales se aplicó dicha práctica restrictiva”<sup>104</sup>

Cuatro son los pilares básicos que se deben analizar alrededor de la regla de la razón; estos son:

- La naturaleza de la restricción, es decir, si encierra en si misma la potencialidad de afectar la libre competencia.
- El propósito de la conducta, independientemente del resultado que se obtenga, es necesario determinar la intención de afectación al mercado, la cual basta con considerar que la actuación es contraria a la libre y leal competencia.

*“El señalamiento del propósito o la intención, como elementos esenciales de una violación del Derecho Antimonopolístico, marcan el inicio de los que se ha llamado entre nosotros la aplicación ex ante de las normas sobre la protección de la competencia. Se considera que una norma tiene carácter ex ante, cuando*

---

<sup>104</sup> MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. “Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”. Revista de Derecho Privado No. 11. Universidad de los Andes. Colombia. 1992. Pág 79

*actúa con base en la simple intención de su infractor y sin necesidad de esperar a que se desencadenen los perjuicios que produciría la práctica restrictiva”<sup>105</sup>*

- El efecto de la restricción a la libre competencia, es decir, la real acción perjudicial en el mercado, de tal manera que se admite como defensa la falta de resultados anticompetitivos de una acción, o que la conducta beneficia a los consumidores.
- La existencia de poder de mercado, o posición de dominio, se considera que a menor participación en un sistema competitivo mayor potencialidad de afectación a la competencia.

**b.- La regla *per se*:** De acuerdo con la experiencia estadounidense, este sistema “se utiliza para analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuya naturaleza y efecto resultan tan evidentemente anticompetitivos, que no se necesita realizar un elaborado estudio de la industria respectiva para concluir que son ilegales”<sup>106</sup>. Es decir, para el sistema competitivo, se considera que son inminentemente violatorios de la competencia y conducen a una certeza en cuanto a su prohibición y erradicación.

Las conductas que afectan *per se* al mercado competitivo, deben estar previamente señaladas de manera taxativa, como es el caso de la “*Sherman Antitrust Act*” en la que expresamente prohíbe acuerdo o trato que limite o restrinja el comercio entre diferentes Estados.

#### **4.1.3 Actos Anticompetitivos**

Las conductas que limitan, restringen, falsean o distorsiones la competencia constituye un acto, acuerdo o conducta que prohíbe la Ley de Defensa de la Competencia, implica un ejercicio del poder de mercado que afecta el funcionamiento

---

<sup>105</sup> MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. “Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”. Op. Cit. Pág 43

<sup>106</sup> MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. “Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”. Op. Cit. Pág. 46

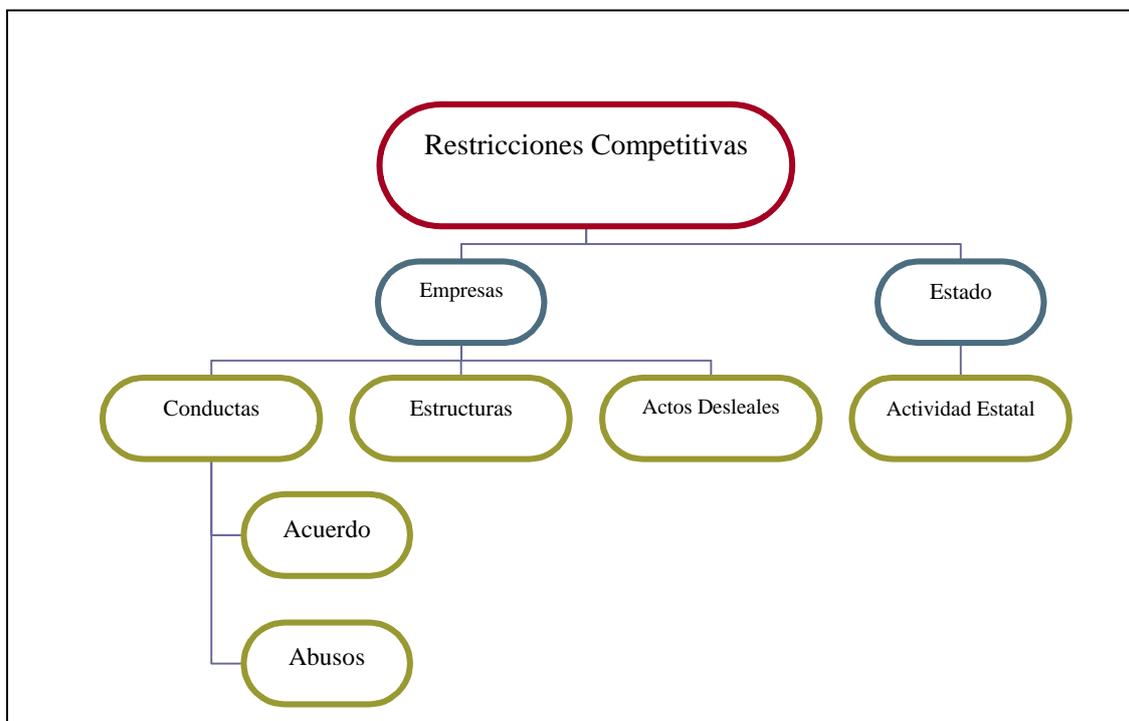
del mismo y resulta en una disminución del excedente total de los agentes económicos<sup>107</sup>.

La competencia no es un elemento cuantificable, los conceptos de limitación y restricción no son rígidos e inamovibles, las medidas que se toman como protección de la misma son elementos indicativos de la intensidad de la competitividad.

Las restricciones a la competencia puede darse por una empresa ya sea por su estructura o por las conductas aplicadas al momento de ejercer su poder en el mercado, el Estado también puede afectar a la competencia por es desarrollo de su actividad.

La clasificación de los actos que afectan a la competencia tiene como propósito ordenar y facilitar su estudio, además de la elaboración doctrinaria y aclarar los límites al concepto de competencia.

La doctrina señala distintos criterios para clasificar las restricciones competitivas, siendo la que mejor se ajusta para el estudio el criterio de los sujetos. Adjunto cuadro para una comprensión adecuada.



<sup>107</sup> Art. 85 del Tratado de Roma citado en la página Web <http://www.mecon.gov.ar/cndc/docu1e.htm>

#### **4.1.3.1 Conductas:**

**4.1.3.1.1 Acuerdos:** Los acuerdos pueden definirse como “toda concurrencia de voluntad expresa o tácita cuyo objeto sea el de producir en el mercado condiciones diferentes de las que se darían en situación de competencia eficiente”<sup>108</sup>

Existen tres tipos de acuerdos:

- Entre empresas, con el objetivo principal de competir o competir en menor medida.
- Decisiones de asociación de empresas, que son acuerdos tomados dentro de una asociación empresarial, cuyo objetivo es restringir la competencia entre el grupo que forman la asociación, o, entre este conjunto corporativo y otras empresas.
- Prácticas concertadas: esta figura es no se trata de una conducta en sí. En realidad se trata de una referencia que permite imputar determinada conducta a cierta empresa a partir de hechos o indicios que permitan presumir la existencia de un acuerdo. La legislación de defensa de la competencia ha creado este sistema de presunción para los casos en que exista un acuerdo que no se pueda probar, pueda ser sancionado por la ejecución de un hecho material.

Los acuerdos se clasifican según la posición de sus participantes, para ello hay que tener presente el esquema del proceso de producción y comercialización de los bienes y servicios; la naturaleza del acuerdo estará determinada por la dirección en que se produce el flujo de actividad.

Se puede clasificar los acuerdos en horizontales y verticales; son horizontales aquellos que se celebran entre empresas competidoras situadas en un mismo nivel de la cadena de producción y distribución<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> **ELGUETA, Eduardo.** “El abuso de posición dominante y practicas verticales”. Compañía Editorial México.1 Edición. México. 1999

<sup>109</sup> **MATURANA, Pía.** “Apuntes de Derecho de Competencia”. Op. Cit. Pág. 201

Son acuerdos verticales aquellos realizados entre empresas y agentes de mercado situados en diferentes eslabones de la cadena<sup>110</sup>.

La legislación antimonopolio considera más graves los acuerdos horizontales que los verticales, aunque la práctica ha demostrado que cualquier clase de acuerdo no será sancionado si no se consideran dañinos en relación con el bien jurídico protegido por la normativa.

Entre los principales acuerdos horizontales tenemos:

- Fijación de precios: Consiste en que una empresa o grupo de empresas que actúa en una etapa del proceso productivo de un bien o servicio fija los precios de los productos, con el objeto apropiarse de excedentes generados en otros mercados. Esta situación se genera cuando una empresa que posee una posición de dominio en una etapa del proceso y no tiene la capacidad de ejercer plenamente su poder de mercado a través de los precios que ella misma cobra, pero puede lograr tal objetivo cuando lo hace fijándole los precios a sus proveedores o clientes. En este tipo de situaciones el incremento en el excedente total se produce como consecuencia de la supresión de una conducta monopólica en uno de los segmentos del mercado, aunque globalmente la situación de monopolio se mantenga en virtud de que sigue existiendo en otro segmento. Aunque no resulte en sí una conducta perjudicial, la fijación de precios puede en tales casos señalar la existencia de un problema en el segmento en el que actúa la empresa que está llevando a cabo dicha práctica.<sup>111</sup>
- Reparto de cuotas de mercado: Es una práctica concertada horizontal por la cual las empresas que participan en un mercado acuerdan no competir entre ellas y producir ciertas cantidades menores que las que regirían en una situación de competencia. Esto

---

<sup>110</sup> MATURANA, Pía. “Apuntes de Derecho de Competencia”. Op. Cit. Pág. 202

<sup>111</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. “Derecho Antimonopólico de Defensa de la Competencia/ 1”. Op. Cit. Pág 198

tiene por efecto incrementar los beneficios de las firmas y reducir el excedente total, en virtud de la menor cantidad que se comercia.<sup>112</sup>

- Reparto geográfico del mercado: En este caso, lo que ocurre es que un mercado mayor e inicialmente más competitivo se transforma en un conjunto de monopolios o monopsonios menores, en los que sólo opera una empresa. En cada uno de dichos mercados menores, la empresa que lo abastece puede ejercer su poder de mercado y obtener beneficios a costa de reducir el excedente total generado.<sup>113</sup>
- Discriminación colectiva o boicot: Es una práctica horizontal de naturaleza usualmente concertada, por el cual un grupo de empresas le impide a un competidor seguir operando en el mercado, a través de la prohibición de utilizar algún recurso o fuente de abastecimiento que el grupo en cuestión monopoliza. A veces, esta práctica sirve como amenaza para sostener el cumplimiento de alguna otra conducta concertada, como ser un acuerdo de precios o de cuotas o un reparto de zonas.<sup>114</sup>
- Discriminación de precios: Ocurre cuando una empresa cobra diferentes precios por el mismo producto a distintos consumidores, con el objeto de utilizar mejor su poder de mercado en los distintos sub-mercados que abastece y sin que exista una causa originada en diferencias de costos de provisión. Al igual que la fijación vertical de precios, esta práctica puede implicar tanto un aumento como una disminución del excedente total de los agentes económicos, pero en todos los casos puede tomarse como una señal de que la empresa tiene poder de mercado en algún segmento de su actividad.<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. “Derecho Antimonopólico de Defensa de la Competencia/ 1”. Op. Cit Pág 207

<sup>113</sup> MATORANA, Pía. “Apuntes de Derecho de Competencia”. Op. Cit.. Pág 149

<sup>114</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. “Derecho Antimonopólico de Defensa de la Competencia/ 1”. Op. Cit. Pág 210

<sup>115</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. “Derecho Antimonopólico de Defensa de la Competencia/ 1”. Op. Cit. Pág 219

Los acuerdos verticales más comunes son:

- Imposición de prestaciones suplementarias: Es otra práctica vertical, generalmente unilateral, por la cual un proveedor le impone a sus clientes la compra de ciertos productos que vienen artificialmente "atados" a otros.<sup>116</sup> El objetivo es extender el poder de mercado que se posee un producto sobre el mercado es que dicho poder también beneficie a otro producto, esta práctica no puede ser considerada en sí misma una práctica anticompetitiva que afecta a total de los agentes económicos, pero sirve para señalar la existencia de poder de mercado sobre la prestación principal de que se trate.
- Imposición de Exclusividad: Consiste en sujetar una operación a la condición de no utilizar o comercializar bienes o servicios provistos por competidores. Es una práctica típicamente unilateral cuyo objetivo es incrementar el poder de mercado que se posee en un cierto segmento, dificultando el acceso al mismo de nuevos competidores o forzando la salida de competidores existentes. La exclusividad, sin embargo, es perjudicial sólo si resulta en una limitación de la competencia y no si se trata de una forma en la cual dicha competencia se manifiesta. Los contratos de exclusividad, por ejemplo, no son anticompetitivos si *ex-ante* existe una situación en la cual las partes tienen la opción de contratar con otras empresas competidoras de sus contrapartes.<sup>117</sup> Esto es lo que frecuentemente sucede en las concesiones y franquicias entre productores y distribuidores, entre cadenas comerciales y comercios independientes, etc.
- Negativa a satisfacer pedidos: Es una restricción cuantitativa impuesta por una empresa o grupo de empresas de naturaleza generalmente vertical, que consiste en negarse a vender a ciertos clientes y favorecer en cambio a otros. Su objetivo puede ser

---

<sup>116</sup> <http://www.mecon.gov.ar/cndc/docu1e.htm>

<sup>117</sup> MATURANA, Pía. "Apuntes de Derecho de Competencia". Op. Cit. Pág 152

semejante al de la fijación vertical de precios, intentando extender el poder de mercado que se posee en cierto segmento hacia otras etapas del proceso productivo cuyas rentas son de difícil apropiabilidad.<sup>118</sup>

- Destrucción de stock o cierre de establecimientos: Son restricciones de la oferta logradas a través de la disminución de la capacidad de abastecimiento, cuyo objeto es elevar los precios y permitir el incremento de los beneficios de las empresas que operan en un mercado a costa de una reducción del excedente total. En general aparecen como prácticas concertadas, aunque también pueden ser unilaterales en casos de monopolios o posiciones dominantes por parte de una única entidad.<sup>119</sup>

**4.1.3.1.2 Abuso de Posición Dominante:** se trata de una conducta individual de una empresa, la actividad cuestionada consiste en intentar mantener la posición privilegiada en el mercado, alterando las condiciones de entrada para dificultar el acceso a nuevos competidores por medios diversos a la eficiencia o innovación tecnológica.

Se define el abuso de posición dominante como “la situación en que una empresa está en condiciones de controlar el mercado pertinente de bienes y servicios o de determinado grupo de bienes y servicios. Bajo esta denominación se engloban prácticas comerciales restrictivas de la competencia, en las que una empresa que tiene poder de mercado desarrolla acciones destinadas a impedir o restringir la competencia”,<sup>120</sup>

Lo determinante de la existencia del abuso de posición dominante es la concurrencia de dos requisitos copulativos:

1. La existencia de una empresa con alto grado de poder de mercado, esto es, que sea capaz de actuar sin respecto de determinados competidores;

---

<sup>118</sup> <http://www.mecon.gov.ar/cndc/docu1e.htm>

<sup>119</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. “Derecho Antimonopólico de Defensa de la Competencia/ 1”. Op. Cit. Pág. 221

<sup>120</sup> BOFFIL, Álvaro. “El abuso de la posición dominante: visión del Derecho comparado y nacional. Proposición de un nuevo texto legal para Chile”. Op. Cit. Pág. 52

2. Que tal empresa ejerza un abuso en beneficio propio.<sup>121</sup>

Lo que se sanciona no es la posición dominante dentro del mercado, ya que ella pudo haber sido alcanzada por medio lícitos, como se señaló anteriormente el mercado no busca la competencia perfecta sino la competencia efectiva; lo que se condena no es la estructura de la posición dominante sino la conducta, el abuso de la estructura y calificativo que ostenta dentro del medio.

Teniendo definidos los elementos que constituyen el abuso de posición dominante en forma teórica, lo siguiente es determinar, en la realidad, la existencia de esta situación.

La existencia de una empresa con alto poder dentro del mercado se encuentra en condiciones de poder actuar como si fuera un monopolio y de influenciar sobre el precio del bien o producto.

Hay una serie de factores que permiten establecer la existencia de la posición dominante respecto de empresa.

En primer lugar se debe determinar de qué mercado se trata y cuál es el mercado relevante en que ella actúa. Para determinarlo se deben analizar tres elementos:

- Espacio geográfico: es el lugar, ciudad, región o país en que compiten los agentes económicos; se refiere al área en que las condiciones de competencia aplicables al producto sean iguales para todos los participantes. El mercado geográfico relevante se mide a partir del grado de accesibilidad ya sea a las materias primas, ya sea de los clientes al producto.
- Tipo de producto: es necesario determinar tipo el producto o servicio de que se trata. En ocasiones ello presenta dificultad ya que si bien hay empresas que compiten con un producto idéntico, hay otras que compiten con bienes distintos, pero que cubren

---

<sup>121</sup> **MIRANDA LONDOÑO**, Alfonso. El Derecho de la Competencia en Colombia. Op. Cit. Pág. 49

la misma necesidad. Para solucionar esta problemática, la doctrina ha creado el criterio de la sustentabilidad de la demanda<sup>122</sup>. A través de esta teoría es posible determinar qué productos son suficientemente similares en cuanto a su función, precios y atributos para ser considerados por los consumidores.

- Criterio temporal: la observación de la situación debe circunscribirse a un período de tiempo determinado, puesto que la sustentabilidad de los productos es un elemento dinámico toda vez que se trata de las preferencias de los consumidores y por lo tanto puede ir cambiando<sup>123</sup>.

En segundo lugar, hay que observar otros elementos que configuran la posición de dominio:

- Estructura del mercado: al existir mayor concentración en la oferta o demanda, mayor es la posibilidad de que exista una empresa con posición dominante. Se trata de una posición dominante no sólo en el caso del monopolio, sino también cuando el porcentaje de participación de una empresa en el mercado sea desproporcionada en relación con los demás competidores.
- Comportamiento de los integrantes del mercado: se trata de observar el comportamiento de los competidores, si las empresas que constituyen un mercado toman decisiones diferentes a las que habría tomado en condiciones de mercado totalmente competitivas, es un indicio de existencia de posición dominante.
- Resultados de la empresa: si una empresa obtiene utilidades significativamente superiores a las que obtienen las empresas competidoras y esto sea persistente en el tiempo, es un síntoma de existencia de barreras de entrada en dicha industria, puesto que

---

<sup>122</sup> **CHARME, Eduardo.** “Apuntes sobre el Derecho de la Competencia”. Pontificia Universidad Católica de Chile. 1 Edición. Chile. 2005. Pág.67

<sup>123</sup> **PORTER, Michael.** “Estrategia Competitiva”. Compañía Editorial Continental México. 2 Edición. México. 1992. Pág. 54

si hay tantas ganancias en ella, lo normal es que la reacción sea de interés por ingresar a ese mercado<sup>124</sup>.

La adquisición de la posición dominante puede producirse por varias razones, por ejemplo si una empresa tiene capacidad para diferenciarse puede ser consecuencia de la integración vertical u horizontal de la empresa, estructuras que conllevan a una mayor concentración en el mercado

Es necesario tener en cuenta para el análisis de la posición dominante el estudio de las barreras de entrada en el mercado relevante. Al respecto, se hará una relación con la teoría de las fuerzas competitivas planteada por Michael Porter. Las empresas en general, deben adaptarse al entorno y lograr una buena posición en el mercado, ello se logra a través de una estrategia. El procedimiento estratégico contempla cuatro pasos a seguir:

1. Determinar el atractivo del mercado;
2. Análisis de la competencia externa (amenazas y oportunidades);
3. Análisis de la situación interna (fortalezas y debilidades);
4. Orientación estratégica.<sup>125</sup>

Lo que interesa en relación al tema estudiado es el análisis de la competencia externa, esto es, la visualización de las amenazas y oportunidades del mercado para saber minimizarlas y aprovecharlas dependiendo la situación en la que nos encuentre. Este análisis contempla a su vez una serie de elementos a considerar, las llamadas cinco fuerzas competitivas y son:

#### 1.-Amenazas de Ingreso

##### 1.1. Barreras de Entrada

##### 1.2. Reacción esperada de los competidores

---

<sup>124</sup> PORTER, Michael. "Estrategia Competitiva". Op. Cit. 1992. Pág 56

<sup>125</sup> PORTER, Michael. "Estrategia Competitiva". Op. Cit. Pág 60

- 2.- Rivalidad entre actuales competidores
- 3.- Presión por productos sustitutos
- 4.- Poder negociador de los consumidores
- 5.- Poder negociador de los proveedores<sup>126</sup>

Son llamadas fuerzas, puesto que son elementos externos a la empresa, pero que ejercen influencia sobre el comportamiento estratégico de ésta en el mercado<sup>127</sup>.

Dentro de las amenazas de ingreso están la reacción esperada de los competidores y las barreras de entrada. La reacción esperada de los competidores se refiere fundamentalmente a la actitud que adoptará los participantes del mercado ante un nuevo competidor; si será agresivos o no, si se concentrará en contra de él, etc.

Las barreras de entrada se refieren a las dificultades que pueda encontrar un potencial competidor al entrar al mercado. Algunas barreras de entrada son:

- La existencia de empresas que utilicen economía de escala. En este caso el potencial competidor sólo podrá entrar con éxito por diferenciación. La empresa que utiliza economía de escala tendrá costos más bajos y en consecuencia más bajos precios, frente a los cuales el competidor potencial sin esta característica no podrá competir. Por tanto deberá optar por otra estrategia competitiva, cual es la diferenciación.
- El grado de lealtad a la marca existente en el mercado de que se trata, si solamente los consumidores son altamente leales a una marca, será más fácil para un nuevo competidor captar clientes.
- El acceso a los canales de distribución de ese mercado. Si se trata por ejemplo de un producto cuyo único canal de distribución es el supermercado que maneja su propia marca, podría verse afectado en su comercialización ya que quien controla el canal es además su único competidor.

---

<sup>126</sup> PORTER, Michael. "Estrategia Competitiva". Op. Cit Pág. 63

<sup>127</sup> CHARME, Eduardo. "Apuntes sobre el Derecho de la Competencia" Op. Cit. Pág 114

- Existencia de ventajas o desventajas frente a los demás competidores; por ejemplo, si los competidores actuales presentan una tecnología muy desarrollada o mucha experiencia.

El potencial competidor deberá examinar las barreras de entrada existentes en el mercado del cual pretende formar parte, de manera de contar con elementos de decisión para determinar si entra o no en ese mercado y poder optar por la estrategia adecuada que le permita competir en las condiciones dadas.

Quien posee posición dominante en el mercado quiere mantenerla y para lograrlo aumenta constantemente su eficiencia, baja los precios y acude a diversas estrategias para evitar el ingreso de futuros competidores que podría disminuir su poder, es decir aumenta o hace más complejas las barreras de entrada.

Por esta razón el análisis de las barreras de entrada es esencial al momento de establecer la existencia de posición dominante, si la entrada de nuevos competidores al mercado es muy difícil o prácticamente imposible, habrá un claro indicio de que en ese mercado hay una posición dominante.

No obstante la posición dominante, lo que realmente se sanciona es el abuso, la conducta abusiva, el mal uso de esta posición privilegiada en el mercado.

Algunas de las conductas abusivas son:

- Discriminación: se puede definir como el trato diferente dado por un agente de mercado a otro,<sup>128</sup> un ejemplo muy claro es otorgar descuentos por volumen arbitrariamente a quienes compran, a uno se les da descuento y a otros les dan un descuento menos o simplemente no les dan.

La discriminación no será sancionada cuando ella cumpla con los requisitos de generalidad, uniformidad y objetividad.

---

<sup>128</sup> CABANELLAS Y ARANOVICH. “La legislación antimonopólica y las leyes de abastecimiento como técnicas alternativas de regulación de los mercados”. Op. Cit. Pág 174

- Precios Predatorios: es el caso en que una empresa, en abuso de su posición dominante, vende sus productos a un precio inferior al de su costo medio de producción.<sup>129</sup>

Debe tratarse de una conducta permanente, para distinguirla de una promoción, en esta práctica el único fin de la empresa es destruir la competencia.

- Negativa de venta: todo aquel que vende un bien o servicio se encuentra en principio obligado a ofrecerlo a cualquier persona que lo requiera, principio básico del libre comercio.

La jurisprudencia internacional ha sostenido que la negativa de venta debe cumplir ciertas características para configurarse, como que la negativa sea injustificada, que obedezca a una situación de falta de competencia del mercado de que se trata y que la negativa de venta sea arbitraria.<sup>130</sup> Así, no se puede identificar como negativa de venta, aquellos casos en que una empresa en particular se niegue a vender alguno de sus productos por obedecer ello a una estrategia comercial y por tanto sea un criterio que afecte a todos los potenciales compradores por igual.

Hay negativa de compra cuando un vendedor se ve enfrentando a un poder comprador único es el caso de los monopsonio u oligopsonio.

Tanto la negativa de venta como la negativa de compra constituyen una restricción competitiva.

- Contratos subordinados: Las empresas condicionan la prestación de un servicio o la venta de un producto a la adquisición de otros que no se desea o no son de gran utilidad.

---

<sup>129</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. “Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia” Op. Cit. Pág 298

<sup>130</sup> CABANELLAS Y ARANOVICH. “La legislación antimonopólica y las leyes de abastecimiento como técnicas alternativas de regulación de los mercados” Op. Cit. Pág. 180

- Limitación del poder de mercado o de la producción: Limitan ellos mismos su producción para generar la escasez y así que aumente el precio final. También puede llevarse a cabo limitando el mercado, vendiendo solo en un área específica.<sup>131</sup>

El tratamiento que la legislación antimonopolio otorga al abuso de posición dominante dependerá de cada país en particular, debido a que no hay uniformidad al respecto; algunas legislaciones han optado por tipificar las conductas que constituyen abuso de posición dominante, sin embargo otros países evitan este tipo de normativa optando por resolver caso a caso, analizando en cada caso particular si se ha producido o no por parte de la entidad cuestionada un abuso de la posición dominante.

**4.1.3.2 ESTRUCTURAS:** en este punto se encuentran las operaciones de concentración entre empresas.

**4.1.3.2.1 Actos Desleales:** la competencia desleal es una materia que presenta algunas diferencias derivadas de la naturaleza misma, lo que conlleva a que no forme parte del Derecho de Competencia en general.

Si bien se trata también de una legislación que regula la competencia en el mercado, su perspectiva y normativa es diferente, más particular; exige un elemento subjetivo en su conducta y otorga una acción privada, a diferencia del Derecho de Defensa de la Competencia en general, que otorga una acción pública<sup>132</sup>.

La competencia desleal ha sido definida en el artículo 2 de la ley de Competencia Desleal de Suiza, como “cualquier abuso de la competencia que se realice a través de medios contrarios a la buena fe.”<sup>133</sup> En el mismo sentido la ley de Competencia Desleal Española, señala “se reputará desleal todo comportamiento que

---

<sup>131</sup> **CABANELLAS Y ARANOVICH.** “La legislación antimonopólica y las leyes de abastecimiento como técnicas alternativas de regulación de los mercados” Op. Cit. Pág. 183

<sup>132</sup> **CABANELLAS Y ARANOVICH.** “La legislación antimonopólica y las leyes de abastecimiento como técnicas alternativas de regulación de los mercados” Op. Cit. Pág. 186

<sup>133</sup> Ley de Competencia Desleal Suiza citada por **CHARME, Eduardo.** “Apuntes sobre el Derecho de la Competencia”. Op. Cit Pág 120

resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.”<sup>134</sup> El Artículo 284 de la Ley de Propiedad Ecuatoriana señala que “se considera competencia desleal a todo hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas”<sup>135</sup>

A pesar de sus intentos, estos conceptos legales no han tenido la virtud de limitar el área de esta materia y menos a los sujetos que intervienen, aunque la jurisprudencia española afirma que de su concepto dado en la ley se desprende que la competencia desleal es toda actividad encaminada a la captación de clientela que se desarrolla mediante maniobras y maquinaciones o a través de formas y medios que la conciencia social reprueba como contrarios a la moral comercial.<sup>136</sup>

De todas maneras, la doctrina de autores como Cabanellas de las Cuevas y Aranovich, han desarrollado distinciones dentro de esta disciplina, desde el punto de vista del sujeto que es centro de la conducta desleal, clasificando las conductas en:

1. Deslealtad al consumidor
2. Deslealtad al competidor
3. Deslealtad al mercado.

**A.- Deslealtad al consumidor:** a través de estos actos, un productor o empresario busca crear confusión entre sus clientes acerca de su producto respecto de otro producto o servicio<sup>137</sup>. Para lograr este objetivo, el empresario ocasiona una distorsión en las diversas características de su producto o servicio.

---

<sup>134</sup> Ley de Competencia Desleal Española citada por **CHARME, Eduardo**. “Apuntes sobre el Derecho de la Competencia”. Op. Cit. Pág 123

<sup>135</sup> Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana

<sup>136</sup> **DIEZ ESTELLA, Fernando**. “Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU”. Anuario de Competencia 2001. Universidad de Nebrija. España. 2001. Pág. 29

<sup>137</sup> **CABANELLAS Y ARANOVICH**. “La legislación antimonopólica y las leyes de abastecimiento como técnicas alternativas de regulación de los mercados” Op. Cit. Pág 198

Lo esencial de esta conducta desleal, está en el atentado a la libertad de elección del consumidor.

- Actos de confusión: Como su denominación lo indica, éstos son actos de un empresario que producen una confusión en relación con las prestaciones, establecimiento o en general la actividad de otro empresario. Se excluye la confusión relativa a los signos distintivos, pues ella está sancionada a través de la ley de marcas o leyes similares dependiendo del país que se trate.

En general este tipo de actuaciones crea una confusión en el consumidor respecto del origen de las prestaciones o servicios ofrecidos, pudiendo llegar a creer que pertenecen a otra empresa, lo cual es el objetivo buscado en definitiva por el empresario que incurre en la conducta desleal.

- Actos de engaño: Este tipo de actos consiste en atribuir al producto de que se trata, características diferentes de las que realmente goza, aduciendo ventajas que no posee, engañando de este modo al consumidor respecto de las cualidades del producto que va a comprar. Un ejemplo típico es la publicidad engañosa.

- Las primas: las primas son incentivos de compra que incluye el empresario en su producto o servicios, tales como regalos publicitarios, ofertas, etc.

En principio las primas no constituyen un acto de competencia desleal, pero pueden llegar a constituirlo si para la obtención del beneficio ofrecido por la empresa, se obliga al consumidor a realizar alguna conducta, atentando contra su libertad de elección. Tal es el caso de exigir, tras la entrega de un regalo publicitario, la contratación de la prestación principal, o bien se imponga cualquier condición diferente de las señaladas al momento de la entrega de la prima, o que fue omitida en dicha oportunidad.

Lógicamente con estas prácticas se atenta contra la libertad de elección del consumidor toda vez que se le obliga a contratar; es decir: el consumidor utiliza un criterio no

racional para adquirir el producto o servicios que veladamente se le ofrece. Ante esto, el consumidor queda imposibilitado para comparar precios de productos sustitutos, limitando o anulando su derecho de elegir libremente, sin poder estimar el valor efectivo de la prima. Es esta restricción de libertad del consumidor lo que en definitiva es reprochable y por lo tanto se sanciona.

**B.- Deslealtad respecto del competidor:** Dentro de esta categoría se incluyen principalmente tres conductas:

1. Conductas que vayan en deterioro del competidor, desacreditándolo.
2. Conductas de apropiación de cualidades o ventajas de un competidor.
3. Conductas que afirman cualidades o ventajas que en realidad no posee<sup>138</sup>.

Las manifestaciones más típicas de estas conductas son:

- Actos de denigración: son aquellos que buscan desacreditar a uno o varios competidores, ya sea directa o indirectamente y de manera implícita o aparente. Estos actos pueden realizarse contra el competidor en sí mismo o sobre sus productos o servicios ofrecidos. El competidor puede ser atacado bien como persona o como entidad, desacreditando sus características y cualidades.

Es importante señalar que en estos casos no tiene importancia la veracidad del descrédito, si las desventajas aludidas son verdaderas, la conducta desleal se configura de igual manera.

- Actos de comparación: los actos de comparación son, muchas veces, beneficiosos para el consumidor, toda vez que ellos le permiten obtener información que desean en forma directa y clara, facilitando la elección que deben efectuar al realizar una compra.

---

<sup>138</sup> CABANELLAS Y ARANOVICH. “La legislación antimonopólica y las leyes de abastecimiento como técnicas alternativas de regulación de los mercados” Op. Cit. Pág. 199

Pese a estas ventajas, en algunas ocasiones la comparación puede volverse negativa y dificultar la elección al consumidor, confundiéndolo. Por esta razón, se han establecido criterios para determinar en qué casos el acto de comparación no constituye competencia desleal:

- Que los criterios de comparación sean similares
  - Que los resultados sean comprobables por el consumidor
  - Que sean relevantes, es decir; que versen sobre cualidades importantes del producto o servicio y no sobre aspectos insignificantes<sup>139</sup>.
- Imitación: no toda imitación es sancionada. De hecho, ella es parte de una secuencia continua de efectos que componen la competencia eficiente: capacidad, innovación e imitación<sup>140</sup>.

Sin embargo, cuando esta imitación produzca confusión en los consumidores y sea fruto de la utilización del esfuerzo o prestigio ajenos, o constituya competencia parasitaria (imitación sistemática de las conductas y desarrollo del competidor)<sup>141</sup>, podrá ser sancionada a través de la legislación sobre Propiedad Industria.

- Explotación de reputación ajena: en general se refiere a la conducta de una empresa y señala como ventajas propias cualidades ajenas; o bien afirma que cierta empresa que cuenta con determinadas ventajas competitivas tiene algún tipo o grado de relación con la empresa de que se trata, no siendo esto efectivo, mejorando a través de esta estrategia, la percepción que el consumidor tiene de la empresa explotadora de reputación ajena.

---

<sup>139</sup> CABANELLAS Y ARANOVICH. “La legislación antimonopólica y las leyes de abastecimiento como técnicas alternativas de regulación de los mercados” Op. Cit. Pág 204

<sup>140</sup> DIEZ ESTELLA, Fernando. “Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU”. Op. Cit. Pág. 35

<sup>141</sup> MATURANA, Pía. “Apuntes de Derecho de Competencia”. Op. Cit. Pág. 199

- Violación de secretos: existen muchas empresas cuyos procedimientos o fórmulas, les otorgan una importante ventaja competitiva en el mercado; en consecuencia, tales materias son mantenidas en secreto. Sin embargo, muchas veces éstos son descubiertos y utilizados.

Constituirán competencia desleal y por tanto serán sancionados los casos en que la violación del secreto se haga con ánimo de lucro o bien con intención de perjudicar al titular del secreto.

- Actos de inducción a la infracción de un contrato: a través de estos actos se busca llegar a interferir en la relación contractual que un competidor mantiene con sus diversos ínter actores, proveedores, distribuidores, empleados, clientes y cuyo objetivo es el mero beneficio personal<sup>142</sup>.

**C.- Deslealtad respecto del Mercado:** En esta categoría se concentran aquellas conductas que afectan al funcionamiento normal del mercado.

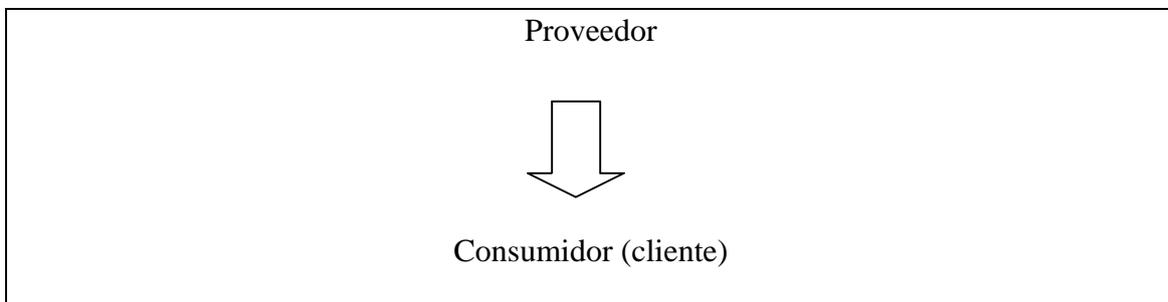
Se distinguen tres categorías de conductas:

- Conductas que mediante el quebrantamiento de normas jurídicas llevan a la empresa a alcanzar una ventaja competitiva.
- Conductas de aprovechamiento ilegítimo del poder de una empresa, como discriminación arbitraria de precios u otras condiciones al cliente; explotación de la dependencia en que los proveedores u otras empresas se encuentran cuando no tienen otra alternativa para contratar.
- Precios predatorios; conductas que induzcan a error de los consumidores respecto del precio de otros productos o servicios del establecimiento o tenga por finalidad el desacreditar la imagen de un producto o establecimiento ajeno.

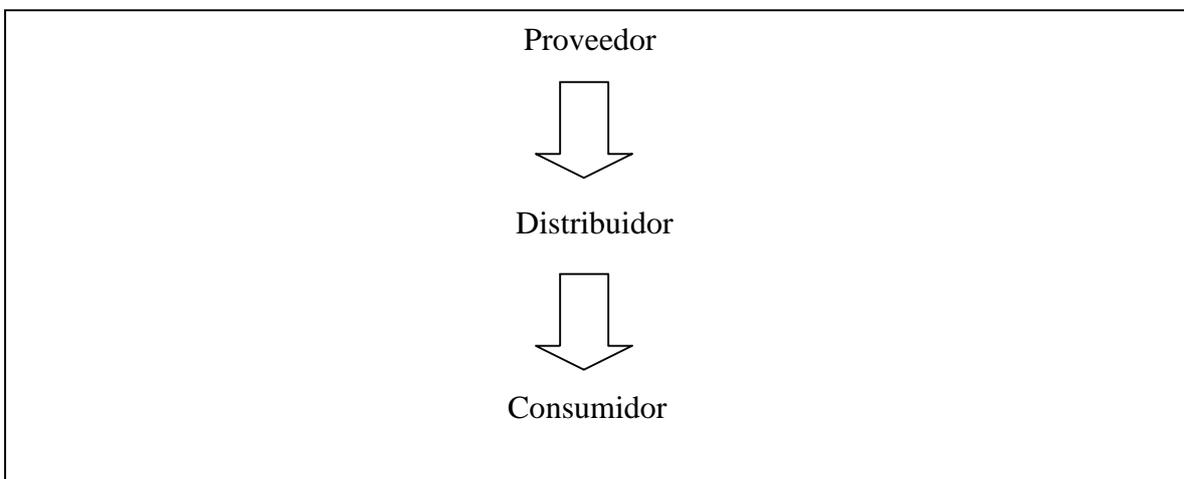
---

<sup>142</sup> MATURANA, Pía. “Apuntes de Derecho de Competencia”. Op. Cit. Pág 201

**4.1.4 Consideraciones sobre la integración vertical:** Al exponer el abuso de posición dominante, se hizo una referencia a las barreras de entrada como factor determinante de la existencia de una posición dominante y se mencionó el modelo de las cinco fuerzas competitivas de Michel Porter. De los elementos nombrados y analizados en tal modelo, se desprende que éste no contempla la existencia del actor distribuidor. En efecto, el modelo habla del poder negociador de los proveedores y de los clientes, omitiendo al agente distribuidor y configurando el modelo de la siguiente forma:

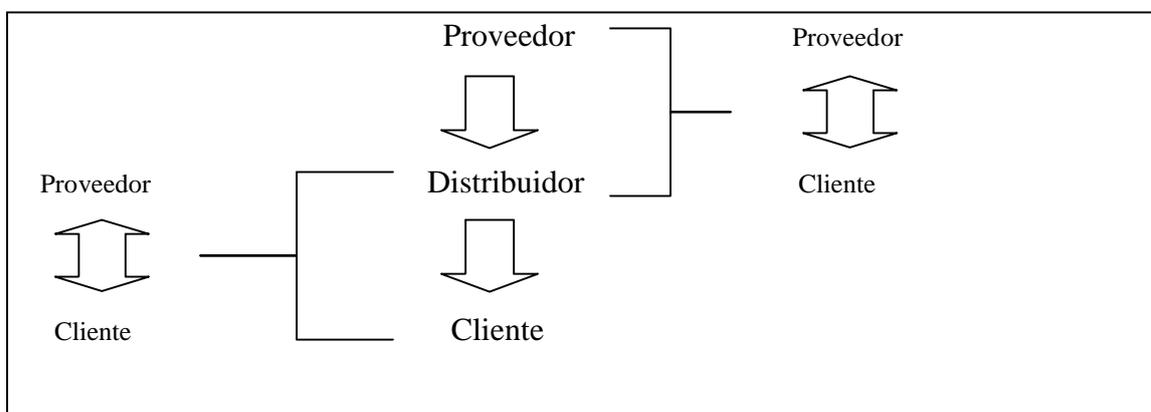


Sin embargo, hoy en día, los canales de distribución han tomado gran importancia; como resultado este modelo aparece como extremadamente simple e insuficiente para hacer una ilustración real de la cadena de producción y comercialización en nuestros días, como se inicia a continuación:



Haciendo las consideraciones necesarias si es posible aplicar el mismo modelo inicial de Porter para ilustrar la realidad de nuestros días, sólo se requiere considerar al distribuidor como consumidor dentro de la cadena, puesto que a su vez es el cliente de los proveedores. En otras palabras, la clave está en no darle al término cliente una connotación en cuanto a que se trate sólo del cliente final, la persona que va con el carro al supermercado; sino en un sentido amplio, que permita introducir al distribuidor en el modelo, como cliente del proveedor y a su vez, como proveedor del consumidor.<sup>143</sup>

Esto se ilustraría de la siguiente manera:



Aplicación del modelo de Porter incluyendo al Distribuidor.<sup>144</sup>

Es necesaria esta adaptación al modelo puesto que cada día cobran más fuerzas los distribuidores dentro de la cadena de distribución, llegando al punto de ser, en algunos casos, el actor con mayor poder dentro de ella.

Siguiendo el modelo de Porter, tenemos proveedores y consumidores que luchan por el poder de negociación. El poder de negociación que un proveedor o un consumidor alcanzará tendrá una relación directa con el éxito de su actividad; un consumidor con alto poder de negociación podrá obtener mejores precios, calidad y condiciones de compra que aquel enfrentado a un proveedor que detente dicho poder.

<sup>143</sup> PORTER, Michael. "Estrategia Competitiva". Op. Cit. Pág 292

<sup>144</sup> PORTER, Michael. "Estrategia Competitiva". Op. Cit.. Pág 299

Uno de los factores que conforman el poder negociador de un actor es su capacidad para integrarse. A mayor capacidad de integración, mayor poder negociador.

Las conductas que restringen la competencia, en el ámbito de los acuerdos, la integración de un participante puede ser tanto horizontal o vertical, todo depende de su dirección en la cadena de comercialización. En general, que una empresa se integre verticalmente significa que ella asumirá actividades más allá de las que tradicionalmente le correspondería dentro de la cadena de producción y comercialización; adoptando las funciones de quienes están sobre o debajo de la empresa en el plano vertical. En otras palabras, será integración hacia delante o hacia atrás según se integre en dirección al consumidor o proveedor, respectivamente.

Es el caso, por ejemplo, de una empresa de zapatos que comenzará a fabricar sus propios insumos de producción, integración hacia atrás, o bien; a encargarse de su distribución abriendo cadenas comerciales para este objetivo, integración hacia delante.

La empresa puede integrarse verticalmente de tres formas:

1. Entrando a un nuevo mercado por sí misma
2. Fusionándose o adquiriendo otra empresa que realice la actividad de que se trata
3. Celebrando un contrato de largo plazo con una empresa que realice la actividad requerida<sup>145</sup>

La elección de uno de estos tres caminos está generalmente determinados por tres factores:

- Naturaleza del bien: Si es un bien genérico y único, será sencillo para la empresa entrar a ese mercado por sí misma; por lo contrario, si ya existen marcas posicionadas, a las cuales el consumidor les guarda lealtad, la posición de la empresa será fusionarse o adquirir la empresa dueña de la lealtad de los consumidores de su marca.

---

<sup>145</sup> LANGLOIS MARGOZZINI, J. Ignacio. “Integración Vertical en el mercado de las Telecomunicaciones”. Universidad de Chile. Chile. 1 Edición. 1993. Pág. 75

Langlois en su exposición advierte que “en todo caso, existen muchas excepciones a esta regla y se puede citar como una de ellas, la integración que efectúan los supermercados a través de sus marcas propias”<sup>146</sup>

- El tamaño de las empresas: La integración vertical de una empresa está generalmente justificada en las economías de escala; para las empresas pequeñas el costo de la integración podría no traducirse en un retorno suficiente sobre la inversión efectuada<sup>147</sup>
- La legislación antimonopolio aplicable: la legislación de cada país puede mostrarse más favorable a tolerar alguna forma de integración en particular y mostrarse más agresiva frente a otras, sancionándolas por considerarlas dañinas o que afectan al mercado.

Dependiendo de la actitud de la legislación antimonopolio ante cada una de las formas de integración, la empresa decidirá, o al menos será un factor relevante en la toma de decisiones, puesto que la sanción que contemple la legislación antimonopolio podrá significarle una pérdida de la inversión o costos superiores a los emitidos sin tener en consideración la normativa.

Las diferentes legislaciones antimonopolio no prohíben la integración vertical como estructura, sino que se mantienen alerta ante sus efectos. La mayor crítica que se hace a la integración vertical está en la creación de barreras de entrada para la industria de la cual forma parte la empresa que se integra. Las restricciones derivadas de la integración vertical son frecuentemente sancionadas a las conductas, más no así las estructuras.

---

<sup>146</sup> **LANGLOIS MARGOZZINI, J. Ignacio.** “Integración Vertical en el mercado de las Telecomunicaciones”. Op. Cit. Pág 77

<sup>147</sup> **LANGLOIS MARGOZZINI, J. Ignacio.** “Integración Vertical en el mercado de las Telecomunicaciones”. Op. Cit. Pág 79

Las grandes empresas prefieren integrarse, en mayor o menor grado, puesto que ofrece amplios beneficios para ellas en términos de eficiencia. Algunos de estos beneficios son:

- Ahorro en el costo de transacción: Esta ventaja aparece más evidente en los tipos de integración por fusión y por mera entrada, ya que en esos casos directamente no habrá contratos intermedios que signifiquen los costos que éstos traen consigo. La integración por contrato se producirá un ahorro en términos de transacción ya que este tipo de contratos se los realiza por lo general a largo plazo y de volúmenes importantes, las condiciones que la compañía contrate serán mucho más favorables, además el contrato.
- Superación del problema del Poder de Mercado detentado por otras empresas: generalmente una de las razones de las empresas para integrarse verticalmente, es la existencia de algún poder monopólico en la cadena de comercialización. Esta situación se traducirá en mayores costos, ya que uno de los efectos del monopolio es el aumento de los precios, o al menos la fijación de un precio mucho más alto que el correspondiente en condiciones de competencia eficiente.

De esta manera, la empresa al integrarse verticalmente podrá obviar a estos actores con poder monopólico, optando por aquel que le brinde las condiciones esperadas por medio del contrato a largo plazo; será entonces un productor mucho más barato que le permitirá disminuir sus costos y evitar tener que contratar con la empresa que detenta el poder de mercado, frente a la cual contrataría en términos mucho más ventajosos.

- Otro aspecto propio de la integración vertical es la relación con la distribución del producto. Una empresa integrada podrá controlar de una manera mucho más eficiente diversos factores relacionados con la venta del producto, puesto que controla

datos de diferentes etapas de la cadena de comercialización y distribución que le será de gran utilidad.

La integración vertical desde la perspectiva de las restricciones competitivas son las siguientes:

- La empresa integrada podría aumentar su opinión su poder y extender su monopolio al mercado al cual se integra.
- La integración vertical puede configurar una barrera de entrada para potenciales competidores. De hecho, es uno de los principales argumentos en contra de la integración vertical; una empresa integrada verticalmente será una gran empresa, generalmente más eficiente pues evade los problemas de transacción y sus precios serán más bajos, producto de la disminución de los costos de transacción. Este hecho será una dificultad para los potenciales competidores, quienes ven desde ya bloqueadas algunas estrategias competitivas que pudieron haber utilizado, relegándose generalmente a competir por diferenciación.
- La integración vertical, al aumentar el poder de mercado de una empresa, puede facilitar la discriminación de precios, restricción señalada en el punto anterior.
- Podría darse también, una evasión de la regulación de los precios. Hay industrias cuya actividad está regulada a través de reglamentos que determinan las tarifas de ciertos servicios. Si una empresa de industria regulada se integra hacia atrás, obteniendo en consecuencia insumos a menor precio, sin embargo en la contabilidad de la empresa se consignará un precio mayor al real, podría exigir un aumento en las tarifas reguladas por el supuesto aumento los costos.
- También se ha señalado que los miembros de un cartel pudieran integrarse verticalmente con el objeto de que se genere un acuerdo colusorio.

## CAPITULO V

### ANALISIS AL PROYECTO DE LEY DE COMPETENCIA DE ECUADOR

El proceso de modernización del Estado ha obligado a que la estructura económica del mismo sea una síntesis de dos principios organizadores de la actividad económica: el mercado y la autoridad. Alfredo Mancero señala:

*"El mercado, entendido como un escenario competitivo al cual concurren la oferta y la demanda de bienes y servicios que tienen precio, no puede sustraerse de las condiciones de la economía mundial y las tendencias de la globalización. La autoridad, entendida como un conjunto orgánico de jerarquías administrativas que regulan el funcionamiento de los mercados, debe promover la cohesión social de la nación y garantizar la provisión de bienes y servicios públicos que no tienen precio"<sup>148</sup>.*

Como resultado, las instituciones económicas del país se deben ir preparando a las nuevas características de la integración internacional, a la apertura al mercado mundial, promover la competencia entre los agentes económicos por medio de la liberalización, alentar la ampliación de la capacidad social de la nación, por la capitalización de los recursos, y garantizar la vigencia plena de los derechos de las personas gracias a la equidad distributiva.

Respecto de la liberalización económica, Mancero señala que de la misma manera en que no es posible defender el papel empresarial del Estado, excepto en casos muy sensibles para la estabilidad económica y política de los países pequeños, tampoco

---

<sup>148</sup> **MANCERO, Alfredo.** "El régimen económico del Estado Ecuatoriano". Gobierno del Ecuador-BID. Quito. 1 Edición. 1997. Pág 32

es consistente el argumento de los mercados libres y desregularizados, pues la historia confirma que tal situación genera una tendencia hacia la formación de monopolios privados cuando la legislación económica carece de mecanismos eficaces para estimular la competencia, sancionar la concentración del poder de mercado, prevenir y mitigar otro tipo de delitos económicos como las asociaciones ilícitas, pactos colusorios, daños ambientales, información fraudulenta y publicidad engañosa, violación de los derechos de propiedad, incluida la propiedad intelectual, abusos en la fijación de precios y violación de las normas de calidad de los bienes y servicios, entre otros.

El maestro argentino Roberto Dromi, señala con notable claridad que “el mercado es una institución compleja, que surge como resultado de la interacción de los individuos”<sup>149</sup>. En otras palabras, el mercado es más que un resultado automático del juego de variables económicas, es una construcción social. Al ser en mercado el resultado del juego de variantes, la ley difícilmente puede crear una situación tal; la solución para este problema es construir un mercado actuando sobre las instituciones colectivas y permitiendo la participación efectiva de la mayoría de los sujetos, y en este marco en el que la regulación de defensa de la competencia adquiere importancia. La intención de construir el mercado modifica la relación entre el Estado y la economía, se requiere que la administración pública tenga la capacidad para orientar y garantizar las elecciones realizadas por los agentes económicos y controlar el funcionamiento del mercado evitando la formación de monopolios que distorsionan la realidad del mercado.

El Estado que vela por la competencia debe estar orientado para ejercer la conducción política de la sociedad para lograr el bien común, intervenir para compatibilizar y armonizar los derechos en beneficio de la convivencia social, protector

---

<sup>149</sup> **DROMI, Roberto.** “Competencia y Monopolio, Argentina, Mercosur y OMC”. Editorial Heliasta. Argentina. 2 Edición. 1999. Pág 55

para amparar y defender los derechos e intereses de la comunidad y regulador ajustando el desenvolvimiento de los grupos sociales a principios y reglas ordenadoras.

Desde que se confirmó que la tesis de la intervención directa y sistemática del Estado en la actividad económica era un fracaso, la empresa privada adquiere un rol protagónico en el desarrollo económico y el Estado simplemente limita su intervención a la orientación, fiscalización y protección, actuando directamente como agente económico sólo en situaciones específicas. La empresa, para poder desarrollarse y cumplir adecuadamente su papel en la economía, requiere de tres pilares que la sustenten:

*“El reconocimiento de la propiedad privada, incluida la propiedad intelectual; la consagración de la libertad para intervenir como agente económico y competir, dentro de los límites que fija el bien común; y la protección adecuada del consumidor que es el destinatario final de todo el proceso productivo, así como del medio ambiente como presupuesto racional para garantizar un desarrollo sustentable”<sup>150</sup>.*

En materia de libre competencia, es necesario establecer un marco idóneo para que no se convierta en libertinaje. Rafael García Palencia señala:

*“La característica esencial de una economía de mercado consiste en la posibilidad de todos los individuos de emprender libremente una actividad económica. El juego de la oferta y la demanda conduce, idealmente, a una situación de equilibrio del mercado. En efecto, aquellas empresas que producen aquello que se adecua a las necesidades del consumidor serán las que prosperen y se expandan, ante el éxito de estas empresas, nuevas empresas*

---

<sup>150</sup> **ANDRADE UBIDIA, Santiago.** Artículo “Hace falta una ley que promocióne y proteja la Competencia Económica”. Revista IURIS DICTO No. 3. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Ecuador. 2002. Pág 15 y ss.

*comenzarán a producir estos mismos productos, y, la supervivencia o la convivencia de estas empresas dependerá de su eficacia ya que los consumidores acudirán a aquella que les proponga la mejor relación calidad/precio. Y esto es la esencia del mercado: el esfuerzo competitivo de las empresas para realizar la mejor oferta y el esfuerzo de los consumidores por conseguir la mejor oferta.* <sup>151</sup>

Pero todo esto sólo es posible si existe competencia en el mercado, pero tal competencia debe ser leal para que todos los operadores del mercado tengan igualdad de condiciones, que trabajen en busca de su propio interés y empleando todo su trabajo y esfuerzo para participar en el juego del mercado, consiguiendo un resultado que es positivo tanto para los operadores del mercado como para los consumidores.

Rafael García añade:

*"Sin embargo tal situación es efectivamente ideal. A nadie escapa que a las empresas, individualmente hablando, les interesa eliminar la competencia, de esta forma concluyen acuerdos para repartir los mercados con los competidores, fijar precios, limitar los esfuerzos de investigación, etc.; también la libre competencia se puede ver amenazada por la actitud de una empresa en posición dominante en un mercado, por monopolios legales o de hecho, por las subvenciones estatales o regionales, exenciones fiscales, concesión de derechos especiales o exclusivos. Estos son algunos ejemplos de situaciones que empañan las condiciones de competencia en un mercado.* <sup>152</sup>

---

<sup>151</sup> **GARCÍA PALENCIA, Rafael** "Reglas de Competencia en la Práctica: La Comunidad Europea y el Espacio Económico Europeo, en Temas de Derecho Industrial y de la Competencia". Editorial Helista. 2 edición. 2000. Pág 38

<sup>152</sup> **GARCÍA PALENCIA, Rafael** "Reglas de Competencia en la Práctica: La Comunidad Europea y el Espacio Económico Europeo, en Temas de Derecho Industrial y de la Competencia". Op. Cit. Pág 40

El ordenamiento legal debe prevenir los abusos y las distorsiones a fin de que realmente exista una leal y transparente competencia, que las empresas puedan ingresar libremente al mercado, se mantengan en él porque sean eficientes y atractivos y no porque sean artificialmente sostenidas; finalmente que su salida se deba a su ineficiencia o falta de capacidad y no a la acción de terceros que las expulsen del mercado mediante maniobras contrarias a la buena fe y a la lealtad.

### **5.1 Marco Constitucional**

Como consecuencia del proceso de modernización del Estado en el campo económico, se incorporaron a la Constitución Política de la República nuevas instituciones y se desarrollaron algunas existentes; en el artículo 23 de la Carta Magna se establece los Derechos Civiles de las personas, reconociendo las libertades de empresa (numeral 16) y las libertades de contratación (numeral 18); así como el derecho de propiedad, en los términos que señala la ley (numeral 23). Se vela por la propiedad intelectual en los términos previstos en la ley y de conformidad con los convenios y tratados vigentes en virtud del (artículo 30 inciso tercero).

Para proteger y garantizar la calidad de vida de las personas se reconoce el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación (artículo 23 numeral 6), así como el derecho a una calidad de vida que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, recreación, vivienda, vestido y otros servicios sociales necesarios (artículo 23 numeral 20); además del derecho a disponer de bienes y servicios, públicos y privados, de óptima calidad; a elegirlos con libertad, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características (artículo 23 numeral 7).

Se proclama al Ecuador como un Estado social y democrático de derecho (artículo 1); se adopta un sistema de economía social de mercado (artículo 244), debiendo su organización y funcionamiento responder a los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad con la finalidad de asegurar a los habitantes una existencia digna e iguales derechos y oportunidades para acceder al trabajo, a los bienes y servicios así como a la propiedad de los medios de producción (artículo 242). Se señala que corresponde al Estado, dentro del sistema de economía social de mercado, promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen (artículo 244 numeral 3); igualmente se desarrolla extensamente lo relativo al medio ambiente (artículos 86 al 91); y a los consumidores (artículo 92), entre los derechos fundamentales colectivos.

Al adoptar el Estado Ecuatoriano el sistema de economía social de mercado, se ha realizado una declaración de indudable contenido ideológico que es determinante para caracterizar la actuación del Estado mismo y para la de sus habitantes. En definitiva, se adoptó un modelo económico que privilegia la participación del sector privado.

Siguiendo el esquema de Gutiérrez Falla, las características fundamentales que configuran un orden o sistema de economía social de mercado, son:

- El mecanismo de coordinación de las decisiones descentralizadas lo constituye el mercado, por lo que debe asegurarse el funcionamiento del mismo.
- Debe garantizarse la libertad de acceso al mercado eliminando los obstáculos que puedan existir.
- Debe asegurarse la estabilidad monetaria.

- Ha de existir constancia en la política económica, sin perjuicio de la dinámica de los procesos sociales, con el fin de limitar los riesgos de los agentes económicos a los que corresponden a sus decisiones.

- Debe estar garantizada la propiedad privada de los medios de producción, responsabilizando a la propiedad en función de sus oportunidades de rendimiento y asegurando que los resultados correspondan a las aportaciones reales al mercado.

- Libertad de actuaciones contractuales<sup>153</sup>

El autor citado señala que la efectividad de este orden de economía social de mercado exige una serie de actuaciones del Estado:

- El Estado debe garantizar la capacidad de la competencia el mercado para que funcione como mecanismo de control de los monopolios y oligopolios, evitando o reduciendo la concentración de poder en el mercado, ordenando, completando y fomentando la competencia.

- El Estado debe actuar en el proceso de distribución para corregir los resultados del mecanismo del mercado mediante una política de rentas y patrimonios.

- El Estado debe actuar en el campo coyuntural con el fin de dar constancia a los procesos económicos.

- El Estado interviene en actuaciones estructurales en las actividades que no puede acometer el sector privado por su riesgo indefinido o por su largo período de tiempo.

- El Estado realiza una política social que asegure las prestaciones necesarias a los individuos cuyas necesidades no pueden satisfacerse vía mercado y con el fin de que el sistema social afirme la propia libertad individual.<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> GUTIÉRREZ FALLA, Laureano, “Derecho Mercantil”. Editorial Astrea. 1 Edición. Argentina 1985. Pág 64

<sup>154</sup> GUTIÉRREZ FALLA, Laureano. “Derecho Mercantil”. Op. Cit. Pág 68

Analizando el texto constitucional se concluye que los resultados del mercado, el cumplimiento de los objetivos de descentralización y desconcentración se debe al comportamiento de los agentes, a las intervenciones estatales y al correcto funcionamiento de la competencia. Troya y Grijalva señalan

*“No toda intervención del Estado es negativa y distorsionadora, siendo de hecho el propio mercado una institución social que para existir y generar una adecuada estructura, comportamiento y resultados requiere de una adecuada intervención del Estado. Esta intervención, cuando sea social y constitucionalmente justificable, puede incluso crear excepciones al propio régimen de competencia.”<sup>155</sup>*

## **5.2 OTRAS LEYES**

Como parte del proceso de modernización se da un ajuste de las instituciones a las nuevas realidades, se han dictado leyes de gran importancia, como la de Propiedad Intelectual, de Medio Ambiente, Orgánica de Defensa del Consumidor, pero falta dictar un cuerpo normativo que sienta el marco idóneo para que se desarrolle la libre competencia. Colombia, Venezuela y Perú cuentan con leyes sobre la competencia, únicamente Bolivia y Ecuador carecen de este cuerpo normativo.

En Ecuador existen cuerpos legales y reglamentarios especiales que tienen aplicación a determinados sectores, no tienen un tratamiento general como son las disposiciones en las Leyes de Modernización, de Transformación Económica, de Compañías, en la Ley y el Reglamento de Telecomunicaciones, en el Reglamento de Hidrocarburos, en la Ley y Reglamento de Seguros, en el Reglamento Orgánico del Ministerio de Agricultura.

---

<sup>155</sup> **TROYA, José Vicente y GRIJALVA, Agustín.** “Elementos para un Derecho de la Competencia en el Ecuador”. Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador. 2000. Pág 45

La Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena (Comunidad Andina de Naciones) contiene la regulación sobre la materia, aunque la opinión general es que resulta insuficiente, por lo que en la actualidad se está negociando una nueva Decisión que la sustituya.

Para cumplir con el mandato constitucional contenido en el artículo 244 numeral 3, es necesario que se dicte una ley de carácter general que esté inspirada en el principio de libertad y que establezca los custodias mínimas indispensables para que esa libertad pueda realmente tener vigencia, recordando que el sistema ecuatoriano es de economía social de mercado, por lo que el Estado está en la obligación de realizar el adecuado control a fin de evitar abusos y distorsiones, o como dice la norma mandataria constitucional antes señalada, que promueva el desarrollo de actividades y mercados competitivos, impulse la libre competencia y sancione las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.

### **5.3 Iniciativas en pro de una Ley Orgánica Regulatoria de la Actividad y Competencia Económica**

En los actuales momentos, existe una clara conciencia de la necesidad de esta ley. Washington Herrera, distinguido editorialista de diario El Comercio sostiene:

*"La promoción de la competencia, que se perseguiría como un objetivo permanente, podrá arrojar resultados tangibles en el mejoramiento de la calidad y precios de los productos que se vendan en el Ecuador, sean nacionales o importados, todo lo cual redundará en el beneficio del consumidor y posiciona al país como un exportador potencial competitivo, a base de buena calidad y precio. Por ello se debe apoyar el debate y la adopción de una ley de esta naturaleza, si queremos realmente prepararnos para participar positivamente en el ALCA, los desafíos de la Comunidad Andina de Naciones imponen la*

*promulgación de esta ley, al igual que la inserción del Ecuador en el comercio mundial vía la OMC.*”<sup>156</sup>

Russell Pittman, Jefe de la Sección de Políticas de Competencia de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, en un documento titulado "La razón de la política de Competencia, especialmente para las economías en desarrollo", pregunta:

*"¿Los países en desarrollo debieran dedicar escasos recursos gubernamentales a la promulgación y aplicación de leyes de competencia? Parece claro que la respuesta es afirmativa, que esos países son tan vulnerables como los países desarrollados a las clases de medidas anticompetitivas descritas anteriormente. En efecto, hay por lo menos tres razones para creer que las leyes de competencia son especialmente importantes a medida que los países en desarrollo liberalizan sus economías. Primero, la mayoría de los países en desarrollo... tienen economías repletas de grandes empresas que dominan industrias específicas, muchas veces debido a políticas y prácticas del pasado. A medida que estas empresas son privatizadas, no reciben con agrado el surgimiento de la competencia a sus productos en el mercado nacional, y podrían emprender medidas dirigidas a disuadir la importación o distribución de esos productos rivales... Segundo, donde la liberalización económica ha incluido cierto desmantelamiento de los monopolios de las grandes empresas, podría haber una tendencia entre los gerentes de los componentes recientemente separados de la vieja empresa a cooperar más que a competir en el mercado. Esta cooperación podría tomar la forma de acuerdos de cártel, y esos acuerdos podrían ser facilitados por la creación de asociaciones industriales cuyos*

---

<sup>156</sup> **HERRERA, Washington.** "Inflación y Libertades Económicas". Artículo Publicado en el Diario El Comercio el 15 de mayo del 2001

*miembros son los nuevos componentes de la antigua empresa. Al igual que con el comportamiento abusivo de las empresas dominantes, si la formación de cárteles, más que la competencia, es el resultado de la liberalización, entonces muchos de los beneficios de la liberalización no llegarán a los ciudadanos... La tercera razón está relacionada. Mucha de la población de los países en desarrollo podría enfrentar una creciente incertidumbre económica como resultado de la liberalización. Quizás la mejor respuesta a esa preocupación será la creación de una «red de seguridad social» eficaz —adiestramiento laboral, atención médica financiada por el gobierno, beneficios de desempleo, y así por el estilo— a fin de que los que pierdan sus empleos tengan más capacidad para encontrar nuevas ocupaciones y no enfrenten la pobreza extrema mientras tanto. Pero una segunda respuesta es la promulgación, aplicación y publicación de una ley de competencia, para que la población tenga conocimiento de que la llegada del capitalismo no significa el abandono de todas las reglas y protecciones para los actores pequeños del mercado.*

*Probablemente no sea una exageración declarar que, en algunos países, la promulgación de una ley de competencia ha sido un requisito previo a la promulgación de otras leyes de liberalización.<sup>157</sup>*

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo ha trabajado desde hace algunos años en un proyecto con la intención de promover el que se dicte una ley con la que se proteja la competencia, así es como los expertos reunidos por este organismo ha preparado y publicado la "Ley Tipo de Defensa de la Competencia", conocida también como Ley Tipo de la UNCTAD.

---

<sup>157</sup> **PITTMAN, Russell.** "Perspectivas económicas", revista electrónica de USIS, Vol.4, No.1, febrero de 1999. En la página web <http://www.usia.gov/journals/ites/0299/ijes/pittman.htm> p.4

El Grupo de Trabajo sobre la interacción entre Comercio y Política de Competencia de la OMC distribuyó un documento, recibido de la Delegación Permanente de la Comisión Europea, titulado "La dimensión de desarrollo de las normas y de la política de competencia", en el cual se anota: "...la mundialización del mercado conlleva asimismo un peligro concreto consistente en la expansión de las prácticas anticompetitivas más allá de las fronteras nacionales. A falta de normas y políticas de competencia efectivas, es probable que las prácticas anticompetitivas reduzcan los beneficios derivados de la liberalización del comercio y las reformas reglamentarias. Esta circunstancia constituye uno de los diversos argumentos aducidos en el sentido de que la liberalización del comercio y las normas de competencia, lejos de ser opciones alternativas, son más bien elementos complementarios de una política económica acertada que teóricamente deberían aplicarse simultáneamente para fomentar al máximo el desarrollo económico en virtud de un crecimiento equitativo y eficiente y para aumentar el bienestar del consumidor"<sup>158</sup>

Hasta la presente fecha, en nuestro país se han presentado varios proyectos de ley: el primero fue presentada por el diputado Rafael Dávila para la protección de la libertad económica; le siguió el de la autoría del diputado Julio Noboa titulada "Ley Antimonopolio y de la Libre Competencia"; un tercer proyecto fue presentada por un numeroso grupo de legisladores encabezados por la diputada Susana González, titulado "Ley de Protección de las Libertades Económicas". Finalmente el último proyecto de ley fue el presentado por el presidente de la comisión de Defensa al Consumidor, el Dr. Alfredo Castro, el mismo que se encuentra listo para segundo debate en el Congreso.

Además, desde hace aproximadamente dos años el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca se encuentra elaborando otro proyecto de Ley para la

---

<sup>158</sup> Organización Mundial de Comercio, Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, publicado en la pagina web

Defensa de la Competencia, que no ha sido presentado aún a la Legislatura y tiene el carácter de reservado.

#### **5.4 Principios que han de inspirar una Ley Orgánica Regulatoria de la Actividad y Competencia Económica**

La ley que se promulgue sobre competencia deberá contener principios básicos, para que estos sean pilares fundamentales y que se mantengan aunque las condiciones económicas cambien.

La filosofía que ha de inspirar una ley que promueva y proteja la libre competencia económica, el respeto a la libertad de empresa y el crear condiciones que favorezcan el libre mercado, pero debe recordarse que el principio de la libertad empresa no es absoluto, porque ha de incorporarse dentro de lo que se constituye la economía social de mercado.

*"Esta circunstancia posee como correlato la necesidad de establecer reglas que controlen, supervisen y dirijan los comportamientos de las empresas en el mercado para mantener un régimen de competencia adecuado. Estas reglas, a su vez, pretenden evitar que los agentes, tanto públicos como privados, distorsionen el mercado mediante la cartelización o el abuso de posiciones de dominio."<sup>159</sup>*

Hernán Pérez Loose señala que se debe dar un enfoque positivo a la ley que regula esta materia, las legislaciones modernas tienden más bien a utilizar términos con una connotación positiva, tales como pro competencia o pro libertad de mercado que el tradicional término negativo de antimonopolio.

---

<sup>159</sup> DIEZ-CANSECO NÚÑEZ, Luis José. "Competencia e Integración en América Latina: su importancia y los temas que deberían ser considerados en Temas de Derecho Industrial y de la Competencia". Argentina. 2 Edición. 2000. Pág 83

El cambio de enfoque no se refiere simplemente al nombre sino que es más profundo ya que se revaloriza la actuación de los agentes económicos. Esto se refiere a que la regulación se refiere no sólo al control de una estructura que podría considerarse monopólica dentro del mercado, sino que se dirija a la regulación de los actos o conductas de limitación, restricción o distorsión del mercado y a impedir el abuso de una posición dominante.

El ordenamiento jurídico que se dicte en defensa de la competencia deberá respetar las leyes del mercado, las mismas que están previamente regulados por el Estado, el cual no puede asumir otro papel que el que le fija la Constitución.

La nueva ley que se dicte no debe impulsar el intervencionismo estatal en la economía, excepto en los casos específicos o que sean de delicado tratamiento y que puedan afectar de manera peligrosa a la economía del país, pero aún en estos casos no debe perderse de vista que respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad velando porque sus precios o tarifas sean equitativos como lo establece el artículo 249 de la Constitución Política.

La ley debe tener un aspecto positivo en el cual se busca prevenir que los agentes económicos actúen de forma incorrecta en la que afecten el bienestar común, no se ha de considerar este tipo de ley como un ordenamiento de naturaleza penal en el cual solo se sancione los actos anticompetitivos.

Si bien la ley no ha de ser represiva, sin embargo debe dotarse a la autoridad de los medios idóneos para que logre que sus decisiones sean efectivas.

La autoridad que tenga a su cargo el velar porque se respete la libre competencia económica no puede tener como papel el constituirse en un obstáculo para el ejercicio de la libertad de empresa ni dedicarse a una cacería de infractores, pero cuando se

produzcan violaciones de la ley, ha de estar capacitada para imponer sanciones que sirvan de escarmiento a fin de que nadie se sienta tentado a transgredirla.

### **5.5 Carácter de la Ley Orgánica Regulatoria de la Actividad y Competencia Económica**

La Constitución Política de la República en su artículo 142 dice que las leyes son orgánicas y ordinarias, y determina cuál ha de ser el contenido de las leyes orgánicas, a saber:

1. Las que regulen la organización y actividades de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial; las del régimen seccional autónomo y las de los organismos del Estado, establecidos en la Constitución;
2. Las relativas al régimen de partidos, al ejercicio de los derechos políticos y al sistema electoral;
3. Las que regulen las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección;
4. Las que la Constitución determine que se expidan con este carácter.<sup>160</sup>

*“Mediante Resolución número R-22-058 de 13 de febrero del 2001, publicada en el Registro Oficial número 280 de 8 de marzo del mismo año, el Congreso Nacional determinó cuáles serán las leyes que tendrán la jerarquía y calidad de orgánicas, enumeración que concluye transcribiendo el numeral cuarto del artículo 142 de la Constitución Política. Esta enumeración no tiene el carácter de taxativa, es simplemente ejemplificativa, ya que la Constitución reconoce el carácter de orgánicas a todas las leyes que regulen las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección, por lo que si*

---

<sup>160</sup> Constitución Política del Ecuador

*en el futuro se expide un cuerpo normativo con este contenido, también pertenecerá a la categoría de las leyes orgánicas”<sup>161</sup>.*

La Ley de Protección a la Competencia Económica se tratará de un cuerpo normativo que regulará el derecho fundamental de la libertad de empresa, con sujeción a la ley, principio establecido en el artículo 23 numeral 16 de la Constitución Política de la República.

La importancia de esta clasificación se encuentra en que las leyes orgánicas, en cuanto regulen las garantías de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, se interpretarán en el sentido que más favorezca su efectiva vigencia, al tenor de lo que dispone el artículo 18 inciso segundo de la norma fundamental, lo cual permite una interpretación progresiva y finalista, no obstante que se trate de leyes de derecho público, en que la interpretación es restrictiva por el principio de legalidad.

## **5.6 Contenido y análisis de la Ley Orgánica Regulatoria de la Actividad y Competencia Económica**

El proyecto analizado a continuación es el que fue presentado por el Presidente de la Comisión de Defensa al Consumidor del Congreso en el período 2002- 2006, el Dr. Alfredo Castro, el mismo que está listo para segundo debate.

*Art. 1: Objeto de la ley: Proteger, asegurar e incrementar la eficiencia de las actividades económicas, a través de normas que regulen, prohíban y sancionen las conductas ilícitas de los agentes económicos, públicos y privados, en el marco de una economía social de mercado.*

---

<sup>161</sup> TROYA, José Vicente y GRIJALVA, Agustín. “Elementos para un Derecho de la Competencia en el Ecuador”. Op. Cit. Pág 53

El artículo transcrito no tiene un campo amplio de aplicación, el objetivo es restrictivo dejando sin regular ciertas acciones que se pudiesen cometer con el ánimo de atentar contra la libre competencia.

Lo correcto sería que la ley tenga como objetivos el proteger, asegurar e incrementar la eficiencia económica mediante normas que controlen o eliminen los convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, las fusiones, adquisiciones o el abuso de una posición dominante en el mercado, que limiten el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional o internacional o el desarrollo económico, la promoción y la protección de la competencia a fin de impulsar la eficiencia y el desarrollo sustentable en el marco de la economía social de mercado, para de esta manera asegurar a los consumidores, que son los destinatarios finales de todo el proceso productivo, las mejores condiciones posibles de precio, calidad y acceso a bienes y servicios, pero adicionalmente se ha colaborar con los grandes objetivos nacionales creando oportunidades de participación equitativa en la economía, en particular de la pequeña y mediana empresa.

Estos objetivos se pueden lograr a través de:

1. El desarrollo de una cultura de la competencia;
2. El control y la eliminación de los convenios y acuerdos restrictivos entre los agentes económicos, de las concentraciones que permitan la formación de monopolios u oligopolios, y de las prácticas abusivas de quienes ocupan una posición de dominio en un mercado relevante, que limiten el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional o internacional o el desarrollo económico y social;

3. El control de las empresas que presten servicios públicos o que desarrollen actividades de interés económico general para evitar que se adopten o mantengan medidas que constituyan prácticas contrarias a la libre competencia, para procurar la introducción de la competencia en la prestación de servicios públicos y el mayor beneficio a los consumidores, o sea que tales servicios se presten respondiendo a los principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad, velando porque sus precios o tarifas sean equitativos.

*Art.2 **Ámbito de Aplicación:** Regular todas las acciones documentales o no de los agentes económicos, que desplieguen actividades económicas dentro o fuera del territorio nacional, con efectos nacionales.*

*Respecto a la propiedad intelectual sus derechos se ejecutarán en el marco de las leyes respectivas, pero el abuso en el ejercicio de tales derechos, en cuanto impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, se someterá a la presente ley.*

*A demás se tendrá en cuenta a lo dispuesto en las normas sobre competencia económica previstas en el Acuerdo de Cartagena y las decisiones que las desarrollan. Las normas sobre competencia económica contenida en los tratados internacionales que celebre la República del Ecuador, tendrá el efecto que se prevea en dichos instrumentos.*

La ley únicamente puede tener ámbito territorial, por lo que no se podría pretender en caso alguno aplicarse más allá de las fronteras patrias; pero en muchas ocasiones hay decisiones empresariales atentatorias a la libre competencia que se adoptan en el extranjero pero que producen efectos nocivos dentro del país. En estos casos, en primer lugar deberá consultarse lo que dispongan los tratados y convenios

internacionales en el caso de Ecuador los plasmados en el Acuerdo de Cartagena, pero si nada se ha previsto, debería aplicarse la ley exclusivamente a los efectos anticompetitivos que se produzcan dentro del país.

La propiedad intelectual goza de una protección constitucional especial, conforme consta del artículo 30 inciso tercero que dice: "Se reconocerá y garantizará la propiedad intelectual, en los términos previstos en la ley y de conformidad con los convenios y tratados vigentes"<sup>162</sup>. La ley de la materia, en su artículo 19 dispone que "el autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra en cualquier forma y de obtener por ello beneficios, salvo las limitaciones establecidas en el presente libro"<sup>163</sup>, lo cual implica un verdadero monopolio a favor del titular de esta propiedad.

En términos generales, los derechos de propiedad intelectual se han de ejercer en el marco de las normas respectivas, pero pueden producirse abusos en el ejercicio de tales derechos, conforme lo declara el artículo 155 de este cuerpo normativo que dice: "A petición de parte y previa sentencia judicial, la Dirección Nacional de Propiedad Industrial podrá otorgar licencias obligatorias cuando se presenten prácticas que hayan sido declaradas judicialmente como contrarias a la libre competencia, en particular cuando constituyan un abuso de la posición dominante en el mercado por parte del titular de la patente"<sup>164</sup>; pero esta norma mira únicamente el interés de la parte solicitante del otorgamiento de la licencia obligatoria, por lo que a la corrección de los efectos generales anticompetitivos debería aplicarse la ley de promoción y defensa de la competencia.

*Art. 3 Definiciones: Para la aplicación de los preceptos de esta Ley se consideraran las siguientes definiciones:*

---

<sup>162</sup> Constitución Política del Ecuador

<sup>163</sup> Ley de Propiedad Intelectual

<sup>164</sup> Ley de Propiedad Intelectual

*Acuerdo: Resolución tomada por una o varias personas, arreglo expreso o tácito, formal o informal, escrito o verbal de cualquier modo expresado, entre agentes económicos, tendiente a obtener beneficios mutuos, recíprocos o de cualquier forma entre ellos convenidos.*

*Agente Económico: Toda persona natural o cualquier organización, agrupación, asociación de derecho o de hecho, nacional o extranjera, dotada o no de personería jurídica, inclusive el patrimonio autónomo, sea del sector público o privado, tenga finalidad de lucro o no, que actúe habitualmente en la producción, el suministro, la provisión o comercialización de bienes o servicios en el mercado nacional.*

*Decisiones Colectivas o Resoluciones: Medidas o recomendaciones adoptadas por asociaciones de productores, proveedores, cámaras de la producción, colegios profesionales o cualquier órgano colegiado, siempre que sea en materia de competencia.*

*Denegación de Admisión a una Asociación: Oposición a la admisión, o exclusión, injustificada y discriminatoria, contra ciertos agentes económicos por parte de una asociación profesional o comercial, o cualquier otro órgano colegiado, cuando estos sean indispensables para el ejercicio de tal actividad.*

*Discriminación de precios, condiciones o modalidades: La aplicación de precios, condiciones o modalidades desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a una o varios agentes económicos en situación de desventaja competitiva frente a otros, en las transacciones de bienes o servicios.*

*Dólar o Dólares: Dólares de Estados Unidos de Norteamérica (USD\$)*

*Mercado: Ámbito en cual compradores o adquirientes y vendedores, proveedores o suministradores realizan transacciones comerciales para el*

*intercambio de bienes y servicios, y donde los precios de estos bienes y servicios fueren el resultado del ejercicio de la competencia. Los mercados pueden ser locales, regionales, nacionales o internacionales, según su ámbito, y no se comuniquen directamente el uno con el otro.*

*Mercado Relevante: Mercado específico, sea en términos de productos o servicios, o bien de áreas geográficas, o períodos determinados.*

*Negativa a Tratar o Negocias: Cuando de un agente económico en aplicación de la cual se niega, injustificadamente, a comprar, vender o, en general, de cualquier forma de negociar con otro, con la finalidad de distorsionar la competencia.*

*Órganos Sectoriales de Control: Autoridades u organismos a los que las leyes referentes específicamente a determinada actividad económica, hubieren conferido competencia administrativa o atribuciones para regular las actividades del sector, para conocer y reprimir las infracciones a dichas leyes o ejercer, conjunta o separadamente, tales actividades.*

*Posición Dominante: Situación en la que un agente económico o es el único oferente o demandante de determinado producto o servicio, o aún sin ser el único, no está sujeto a una competencia efectiva.*

*Prácticas Concertadas: Aquellas actuaciones que, aun cuando no constaren o se deriven de un acuerdo formal o expreso, impliquen un paralelismo de conducta concerniente entre agentes económicos, normalmente competidores, y que supusieren cualquier tipo de cooperación y coordinación entre ellos, con el fin de impedir, afectar o restringir la competencia.*

*Prácticas o Actuación Colusoria: Entendimiento fraudulento entre proveedores o entre estos funcionarios, que participan en licitaciones, ofertas públicas,*

*subastas de bienes o servicios, encaminado a alcanzar una contratación o asignación, con el propósito de engañar o perjudicar a un tercero.*

*Precios Predatorios: Estrategia o conducta en aplicación de la cual un agente económico en el mercado, disminuye transitoriamente sus precios por debajo del nivel de sus costos marginales de producción, como medio para expulsar a sus competidores del mercado, desalentarlos, o impedir su ingreso a él.*

*Reparto del Mercado: Es el resultado de la acción de los agentes económicos que, hallándose en posición de competir, en lugar de hacerlo, se dividiera el mercado, por territorios, por volúmenes de compra o de venta, por el tipo de bienes o servicios vendidos, por clientes o proveedores, o cualquier otro mecanismo que tenga alcances o consecuencias similares.*

*Ventas Condicionadas Atadas o Vinculadas: Consisten en subordinar la celebración de transacciones a la aceptación, por las partes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación con el objeto de dicha transacciones.*

*Las explicaciones que no hubieren sido expresamente definidos en esta Ley tendrá la significación que les atribuyan las leyes orgánicas y ordinarias pertinentes.*

Por ser materia nueva y de contenido técnico, es necesario que conste un glosario de las definiciones fundamentales.

Esta técnica de legislar en materias nuevas se ha aplicado en nuestra patria en varias normas, como en la Ley de Propiedad Intelectual, en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, los mismos que ha demostrado ser muy útiles ya que facilita la comprensión y aplicación de la ley.

Se critica el empleo de esta técnica por considerarla que ha sido tomada innecesariamente del sistema norteamericano, que es extraña a nuestra tradición legislativa y que en el sistema legal romanista, al que pertenecemos, si el legislador considera indispensable incorporar una definición a la ley, debe hacerlo en el momento en que lo estime necesario. Esta objeción es respetable, pero en nuevas materias se puede considerar tradición la técnica de incorporar definiciones al texto legal. En el Código Civil en el título preliminar consta la definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes. Naturalmente que si se incorpora un glosario, deberá cuidarse a fin de que las definiciones sean lo más claras, precisas y completas, para que realmente sirvan para la total comprensión de la ley y su aplicación uniforme.

*Art.4 Ayudas Estatales en Actividad o Relaciones Económicas.- Se prohíbe la creación injusta de barreras al mercado, a través de cualquier forma de ayuda que realice el Estado Ecuatoriano a empresas públicas o privadas que generen competencia desleal frente a las empresas que no tienen ayuda estatal.*

Juan Antonio Riviere Martí señala:

*"Por lo general las autoridades de competencia en América Latina tienen que hacer frente al desafío de aplicar la legislación de competencia, con medios administrativos y financieros limitados. Por añadidura, la economía consta de sectores con un alto grado de concentración y habituados al intervencionismo estatal o a la concentración empresarial."*<sup>165</sup>

---

<sup>165</sup> **RIVIERE MARTÍ**, Juan Antonio. "La Política de Competencia en América Latina: una nueva área de interés para la Unión Europea, en Temas de Derecho Industrial y de la Competencia". Argentina. 2 Edición. 2000. Pág 130

El fomento de una cultura de competencia empieza en la propia administración del Estado, mediante la formación de sus funcionarios y la adecuación de los planes de estudio para no perjudicar a empresas que no tienen apoyo gubernamental.

A fin de concientizar a la sociedad es necesario explicar a las empresas y a los profesionales el objetivo de la economía de libre mercado y la utilidad de legislar en defensa de la competencia. Resulta más complicado aplicar las reglas de la legislación de Defensa de la Competencia en América Latina que en economías de alto grado de desarrollo industrial, como las existentes en la Unión Europea.

*Art. 5 Promoción de la Competencia.- Para originar el desarrollo de actividades y mercados competitivos, el Estado impulsará la competencia, en forma consiente, sistemática y progresiva.*

*Fomentará una cultura de lealtad y eficiente competencia entre agentes económicos y coordinará la ejecución de planes para la difusión de tal cultura.*

*Adoptará medidas y regulaciones tendientes a favorecer un marco competitivo eficiente y remover los obstáculos que puedan impedir la libre competencia.*

A nivel internacional se sugiere el interés y la importancia de construir una cultura de competencia como medio para complementar y recalcar los efectos positivos de la aplicación de las leyes y políticas de competencia, para esto es necesario un proceso de educación del público para facilitar la aceptación de los principios de la competencia como elemento central de una política económica nacional, tanto a nivel Estatal como en la comunidad empresarial.

La formación de esta cultura de la competencia debe ser una de las políticas de Estado, que se mantenga en forma continua y uniforme; así lo dispone el artículo 244

numeral tercero de la Constitución Política de la República cuando dispone que al Estado le corresponde promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que lo impidan y distorsionen. Corresponde a la ley de promoción y defensa de la competencia desarrollar este mandato adoptando previsiones que impulsen la libre competencia.

*Art. 6 Garantía para la Competencia.- Es deber del Estado garantizar y respetar el derecho a la libre empresa de los agentes económicos siempre que sus actuaciones no se contraria a la competencia económica leal.*

*No serán aplicables las disposiciones de esta Ley a las actividades ejercidas por el Estado para la provisión de servicios públicos básicos.*

*No se considerara restricción competitiva a la negativa de ingreso de nuevos agentes económicos en el servicio de transporte terrestre, que a criterio de la autoridad no son necesarios conforme al análisis del mercado relevante.*

*En defensa y seguridad de los usuarios, y el medio ambiente, podrá un agente económico que ofrezca unidades de transporte en condiciones que determina la Ley de Transito y Transporte Terrestre, desplazar a sus competidores. Siempre y cuando el actual agente económico no renueve los vehículos en plazo de 6 meses de notificado el agente económico.*

*Los entes de la Administración Pública Nacional, Provincial o Local velarán para que en el cumplimiento de sus funciones no se establezcan trabas o interferencias indebidas a los actores económicos capaces de obstaculizar su derecho a la libertad económica y a la competencia.*

Como señala el numeral primero del artículo 244 de la Constitución Política de la República, corresponde al Estado garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones gubernamentales que la promuevan, vigilando que las actividades económicas cumplan con la ley, regulándolas y controlándolas en defensa del bien común.

La idea de incorporar expresamente en la “Ley Orgánica Regulatoria de la Actividad y Competencia Económica”, consideraciones particulares sobre sectores como el transporte u otros sectores específicos, constituiría una clara evidencia de confusión entre la regulación económica y la regulación de competencia.

*Art. 7.- Se considera distorsiones en la actividad económica*

*Las prácticas ilícitas.- se consideran como tales los acuerdos, decisiones colectivas o resoluciones y prácticas concertadas entre dos o más actores económicos, públicos o privados, con lo cual impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia económica, entre las que están:*

*Prácticas unilaterales.- Acuerdos, decisiones, resoluciones o convenios entre empresas competidoras o potencialmente competidoras que falseen, impidan o restrinjan la competencia.*

*Prácticas restrictivas horizontales.- Las realizadas entre empresas que operen o realizan su actividad económica en un mismo mercado, hallándose en posibilidad de competir entre ellas, con el fin de limitar, restringir o falsear la competencia. Se dan entre agentes que se encuentran en el mismo nivel del canal de distribución y consiste en prácticas, tales como:*

- a) *Fijar, directa o indirectamente los precios, tarifas, descuentos, tasas de compra o cualquier forma de adquisición o de venta o enajenación de bienes o servicios u otras condiciones de transacción.*
- b) *Acuerdo para manejar el mercado, materia prima, o fuentes de abastecimiento;*
- c) *Negarse, limitar, o paralizar, la producción de bienes o servicios;*
- d) *Oponerse al desarrollo o crecimiento tecnológico o a las inversiones;*
- e) *Participación o actuación colusoria en un proceso contractual público o privado abierto al público;*
- f) *Discriminación de precios, características, condiciones a la hora de negociar un bien o servicios;*
- g) *Ventas condicionadas, vinculadas o atadas;*
- h) *Negativa para admitir a nuevos agentes económicos u asociación dentro de la actividad económica.*

*Prácticas restrictivas verticales.- Son aquellas prácticas anticompetitivas adoptadas en distintos niveles en la producción de un mismo bien o servicio, por las empresas*

- a) *Fijación discriminatoria de precios, modalidades o condiciones para el suministro o la compra de bienes o servicios.*
- b) *Contratos de exclusividad.*
- c) *Condicionar la compra o venta de bienes o servicios a la contratación de otros bienes/ ventas vinculadas.*
- d) *Imposición de precios de reventa, dentro de la cadena de comercialización.*

*Conductas Unilaterales.- Se prohíbe conductas unilaterales que generen injustificadamente barreras en el mercado, con el objeto de:*

- a) Limitar la producción en el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores.*
- b) Discriminar precios o condiciones.*
- c) Negarse a atender las demandas de compra de productos o de prestación de servicios, cuando el stock lo permita.*

El proyecto de Ley Orgánica Regulatoria de la Actividad y Competencia Económica, da una conceptualización básica de las distorsiones en la actividad económica y de la concentración económica.

Lo que no ha definido con claridad es el problema que radica en establecer cuándo son considerados actos que restringen la competencia y cuándo no, ya que muchas de las prácticas y de los acuerdos pueden ser legítimos siempre y cuando no entrañen una desviación de su objetivo natural y su empleo para suprimir o distorsionar la competencia abusando del derecho.

La ley deberá distinguir con toda claridad cuando un acto, acción, omisión o intención restringen o afectan la competencia. para ello deberá utilizar dos enfoques diferentes:

- El primero, denominado afección o restricción a la competencia per se, cuando se establece que ciertas prácticas o acuerdos son siempre ilegales porque constituyen por sí mismos ataques contra la competencia, o contra los principios fundamentales de la economía o de derecho, sin que sea necesario probar su impacto negativo sobre la libre y eficaz competencia o sobre el bienestar de los consumidores, siendo suficiente

probar que el acto se ha producido para sancionarlo, el mismo que estará expresamente señalado en la ley.

- El segundo enfoque, denominado de razonamiento, constituye una forma de evaluación que se refiere a que se analizará los actos, acciones, acuerdos y los resultados de estos, para considerar si existió una desviación de su fin natural con el fin de vulnerar la economía y tuvo efectos negativos sobre la competencia.

Bajo este enfoque la autoridad de control debe sopesar, caso por caso, los efectos a favor y en contra de la competencia y la eficiencia, así como evaluar su impacto sobre los consumidores. No siempre será fácil determinar lo competitivo de lo que no es.

*Art. 8 Mercado Dominante- Actuación unilateral.- Un agente económico es el resultado de la eficacia económica o no de una o varias empresas que tienen poder sustancial en un mercado relevante y se constituye como la posibilidad de actuar unilateralmente en el mercado, siendo el único oferente o demandante de un producto, o sin serlo, no tiene una competencia efectiva frente al mismo producto.*

Lo que se considera como mercado relevante es identificar a los competidores de las empresas; estos competidores pueden limitar el comportamiento de las compañías o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resultaría de una competencia efectiva. Cuando un agente económico ya sea resultado de su eficiencia o del poder de mercado tiene el poder de actuar de tal manera que afecte al mercado, está violando las normas de competencia económica.

*Art. 9.- La posición de dependencia en el mercado sola no atenta contra la competencia; el abuso de esa posición de dependencia que afecte a la colectividad, a la competencia legal en el mercado, constituye una infracción a la presente Ley. Esta se da entre empresas, cuando la empresa cliente o proveedora carezca de alternativa equivalente.*

Este artículo se refiere a la concentración de empresas, hace relación al hecho de que la oferta de un mercado se halla en una o en pocas manos, de manera que tienen un porcentaje significativo del mismo, y ocupan una posición de dominio. La concentración corporativa de poder económico se realiza porque una empresa crece internamente apoderándose de un mayor sector del mercado, o porque dos o más empresas decidan unirse, sumando así las porciones de mercado que cada una posee.

Las concentraciones de empresas no son negativas en sí mismas y por lo tanto no existe razón para que sean prohibidas per se, sino que ha de analizarse los efectos, bajo enfoque de razonabilidad.

*Art. 10.- El abuso de la posición de dominio o de dependencia económica puede darse por:*

- a) La imposición de forma directa e indirecta de precios u otras condiciones de transacción no equitativas, incluyendo precios predatorios,*
- b) La limitación de la producción en perjuicio de los consumidores,*
- c) La discriminación de precios, condiciones o modalidades,*
- d) Ventas condicionadas vinculadas, o atadas; y,*
- e) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestaciones de servicios.*

El artículo es restrictivo, no señala todas las formas de manifestación de abuso de posición dominante.

Para que sea considerado acto que restrinja la competencia debe tener los requisitos:

- Impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios,
- Generar una distorsión en el mercado que genere perjuicio relevante al interés general.

*Art. 11.- Se establece el abuso, comprobando que el presunto agente económico tiene poder sustancial sobre el mercado relevante de bienes o servicios que afecten la competencia de un determinado producto según los criterios e instrumentos analíticos que establezca el reglamento de esta Ley.*

*Las empresas, agentes tienen poder sustancial sobre el mercado cuando pueda fijar su línea de actuación sin tomar en cuenta la respuesta de sus competidores y de los consumidores.*

El punto básico de esta ley debe ser, que los agentes económicos tienen libertad para concertar acuerdos o adoptar prácticas conducentes a la mayor eficiencia o competitividad.

Las compañías pueden ser consideradas dominantes cuando venden un alto porcentaje de determinado producto y conservarán tal condición si mantienen un precio competitivo y la eficiencia en comparación con otros oferentes. Se observa con frecuencia que uno o más agentes económicos que ocupan una posición de dominio en

un mercado relevante se aprovechan de ella para, mediante acuerdos o prácticas unilaterales, llevar a cabo prácticas que impiden o distorsionan la libre competencia y la actividad económica.

Lo que el legislador ha pretendido es proteger el interés general, que se ve perjudicado cuando se distorsiona la competencia por la actitud abusiva valiéndose de la posición que ostenta dentro del mercado, porque la misma constituye el mecanismo para la asignación de recursos y la fijación de precios.

*Art. 12.- **Concentración Económica.**- Las acciones o coordinación económica que pretendan tener el control económico, mediante fusiones, absorciones, establecimiento o funcionamiento de empresas conjuntas, como consecuencia de la actuación de directivos comunes, compra de activos u otros modos de adquisición de control, sin considerar si los actores económicos involucrados compiten o no entre si.*

*Si las operaciones de concentración económica, efectuadas por un determinado agente económico o propuesta crea una posición de control en el mercado nacional o en parte del mismo, susceptible de impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, el Centro Nacional de Competencia Económica CNCE, prohibirá la operación de concentración, y ordenará las medidas de desconcentración o el cese del control por un agente.*

*Los agentes económicos con anterioridad a la notificación podrán consultar a la CNCE, la forma y contenido de estas consultas. Cuando la consulta haya sido realizada con carácter previo a una notificación del CNCE resolverá sobre dicha consulta en el término de treinta días.*

*El CNCE podrá aprobar; autorizar con condiciones o denegar la operación de concentración en la medida en que ésta afecte a la competencia en Ecuador. Dentro del término de treinta días, a partir de la fecha de solicitud.*

*Prácticas autorizadas en la presente Ley.- El Centro Nacional de Competencia Económica, en forma directa y absolutamente fundamentada autorizará, acuerdos, decisiones colectivas, resoluciones o prácticas concertadas de los agentes económicos nacionales, siempre que no violente la armonía de la presente Ley u sirva para hacer frente al mercado internacional, generen o produzcan beneficio significativo.*

Está bien concebido el concepto de prevención que un grupo de empresas que asocien o agrupen con la intención de afectar o distorsionar la competencia. Sin embargo el Centro Nacional de Competencia Económica no podrá determinar esta intención o finalidad hasta que comience a actuar el producto de esa fusión o asociación.

Para proteger y promover la competencia económica el CNCE debería tener la potestad de revisar todo lo actuado por ese grupo de empresas por un período de tiempo considerable en el cual se pueda constatar la verdadera intención de asociación empresarial.

*Art. 13 **Mercado Relevante.**- Para efectos de aplicar la Ley, el Centro Nacional de Competencia Económica CNCE determinará para el efecto, el mercado relevante, de acuerdo a las siguientes características:*

- a) La facilidad de sustituir un bien o servicio determinado por otros, de origen tanto nacional como extranjero;*

- b) *Los costos de distribución, transporte, u otros de transacción o de comercialización de un bien, o de sus materias primas, directas o indirectas;*
- c) *El acceso a otros mercados.*

Un paso previo a cualquier actuación del Derecho de la Competencia encaminada a valorar el carácter competitivo o anticompetitivo de una determinada conducta es la definición del mercado relevante, tanto geográfico como de producto. En efecto, en áreas como el abuso de posición de dominio o el control de concentraciones, la definición del mercado constituye, la clave de la legalidad de la práctica en cuestión. La definición de mercado no un fin en si mismo, sino provee del marco analítico necesario para determinar la existencia de poder de mercado, que a su vez es esencial en la determinación de si dicha conducta u operación tiene o no capacidad de falsear la competencia o perjudicar a los consumidores.

Sin embargo el artículo antes transcrito no da los referentes necesarios de lo que se considera mercado relevante, no tiene una redacción clara.

*Art. 14 Organismo de Promoción y Defensa de la Competencia Económica.-  
Para la ejecución, promoción, defensa y control de la competencia económica,  
se crea el Centro Nacional de Competencia Económica.*

Es necesario tener un organismo para que vigile, promocioe y controle la Competencia, su campo de acción debe estar descrito dentro de la presente ley para que no sea un ente meramente burocrático y sin poder de aplicar las políticas en pro de la libre competencia económica.

*Art. 15.- El Centro Nacional de Competencia Económica CNCE, funcionará adscrito a la Superintendencia de Compañías, estará dirigido, por un Director Nacional nombrado por el Superintendente de Compañías, de una terna remitida por el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad MICIP, en consenso con la Cámaras de la Producción y expedirá las regulaciones, reglamentos, resoluciones que sean necesarias para el cumplimiento de su función.*

*Los fondos para atender a los gastos del Centro Nacional de Competencia Económica se obtendrá durante el primer año de funcionamiento de una asignación mensual que realizará el Superintendente de Compañías de los ingresos obtenidos de las contribuciones establecidas a las compañías sujetas a su vigilancia. A partir del segundo año constituirá fondos del Centro de valores cobrados en concepto de multas a los infractores de esta Ley.*

Respecto de la fijación de políticas, lo realizará por un órgano dependiente de la función ejecutiva, lo cual implicaría un excesivo sometimiento a las decisiones políticas del gobierno de turno, lo que estaría en contradicción con la necesidad de que exista una verdadera política de Estado, como se reclama y se necesita crear una cultura de la competencia, lo aconsejable hubiese sido establecer un organismo autónomo, del más alto nivel.

En un inicio formará parte de la Superintendencia de Compañías, la misma que se encargará de las tareas, con lo cual se lograría una optimización en el empleo de los recursos humanos y físicos, así como el mayor aprovechamiento de los cuadros administrativos capacitados; claro está que esto sería por un tiempo determinado para evitar la desviación de sus fines propios, o el que la actividad de promoción y defensa

de la competencia no sea la prioritaria. Con el tiempo se convertiría el Centro Nacional de Competencia Económica en una entidad dotada de autonomía económica, administrativa y financiera, o sea una superintendencia, como los casos colombiano y venezolano. Según la Constitución Política de la República, artículo 222, son las encargadas de controlar instituciones públicas y privadas, a fin de que las actividades económicas y los servicios que presten, se sujeten a la ley y atiendan al interés general.

*Art. 16.- Funciones del Centro Nacional de Competencia Económica:*

*Participar en la negociación de trabajos, acuerdos o convenios internacionales sobre políticas de competencia económica, previa consenso con los grupos de defensa de los consumidores finales.*

*Promover la cooperación y el intercambio de información, de conformidad con los convenios y compromisos internacionales sobre la materia;*

*Coordinar la aplicación y ejecución de las políticas nacionales de competencia económica.*

*Dirigir, organizar y controlar la gestión de las unidades técnicas y administrativas encargadas de la materia de competencia económica, incluyendo la designación o remoción del personal y el establecimiento de la escala de remuneraciones del personal de la institución;*

*Velar por el cumplimiento de las normas de esta Ley y de los compromisos internacionales del país en materia de competencia económica;*

*Evaluar periódicamente estudios sobre la situación y desarrollo de competencia económica en el Ecuador;*

*Participar como órgano consultivo, en los niveles directivos de los organismos públicos que planifiquen, ejecuten o controlen políticas o adopten normas relativas a la competencia económica;*

*Coordinar con las organizaciones de proveedores y consumidores la ejecución de planes de difusión de una cultura de la competencia económica;*

*Las demás contempladas en leyes y reglamentos.*

Hay tres campos diferentes para el control y defensa de la competencia: la fijación de políticas, la ejecución de las mismas y el control de las prácticas, incluido el registro o la autorización de las concentraciones según el sistema y la sanción de las violaciones a la ley.

La fijación de políticas debe ser parte de un plan de Estado, los mismos que tengan una continuidad y permanencia en el tiempo para lograr un objetivo y más que nada una cultura de competencia. Respecto de la ejecución de las políticas, así como del control de las prácticas anticompetitivas, el organismo que se cree debe ser debidamente desconcentrado, a fin de dar cumplimiento a lo que dispone el artículo 124 de la Constitución Política de la República.

El artículo transcrito claramente demuestra que el CNCE no es un organismo que revise, observe o sancione a los infractores de la libre competencia, simplemente se circunscribe a promocionar proyectos, evaluar estudios y ser un órgano consultivo; sin ser un órgano de control que es lo que se necesita.

*Art. 17 Además de las prohibiciones aplicables a los servidores públicos, no podrán ser miembros del Centro Nacional de Competencia Económica CNCE quienes tuvieren con el Presidente de la República, el Vicepresidente de la*

*República, el Presidente del Congreso Nacional, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Ministro y Subsecretarios de Estado, o con algún miembro del CNCE, parentesco hasta cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*

*Quienes fueren o llegaren a ser titulares de acciones o participaciones en el capital de sociedades que sean objeto de análisis por parte del CNCE.*

Quienes van a formar parte del CNCE deberían ser personas capacitadas que no tenga relación con el Gobierno de turno, debiendo rendir pruebas de suficiencia y estar en constante capacitación. En este punto se hace referencia al nepotismo, situación que tantas veces ha existido dentro del sector público. Evitando que personas que puedan tener algún interés personal o presiones por parte del gobierno formen parte del CNCE se podrá garantizar su independencia.

*Art. 18 Del Comité de Asesoría.- Para la adopción de políticas en materia de competencia, el CNCE contará con un comité de asesoría, integrado por representantes de: Federación Nacional de Cámaras de Industrias, Federación Nacional de Cámaras de Comercio, Federación Nacional de Cámaras de Agricultura, Federación Nacional de Cámaras de la Pequeña Industria, Junta Nacional de Defensa, Cámara Nacional de Pesca y Acuicultura, Federación Nacional de Consumidores y organizaciones nacionales de suministradores de servicios públicos.*

El Comité de Asesoría para el mejor funcionamiento que se integre de representantes de las tres funciones del Estado, de las Universidades, por su capacidad

científica, de los productores, consumidores y representantes de las cámaras por su interés directo, así como de quien sea la cabeza del organismo que se encargue de llevar a ejecución tales políticas; representantes que deberían ser técnicos realmente capacitados y de solvencia probada.

*Art. 19.- El Director Nacional del Centro Nacional de Competencia Económica designará a los Directores Provinciales de Competencia Económica; quienes tendrán jurisdicción provincial y tendrán las siguientes funciones:*

*Administrar dentro de su jurisdicción de acuerdo a las directrices que al efecto dicte el Centro Nacional de Competencia Económica.*

*Iniciar las investigaciones preliminares en los casos de posibles violaciones a las prescripciones de esta Ley, en materia de competencia; dentro de su jurisdicción.*

*Informar periódicamente de todo acto contrario a la libre competencia dentro de su jurisdicción al Centro Nacional de Competencia Económica.*

*Recibir, investigar y dar trámite a las denuncias presentadas ya sean de oficio o presentación particular, el mismo que será emitido por el Centro Nacional de Competencia Económica.*

*Exigir a todos los agentes económicos, que desarrolle su actividad dentro del territorio nacional, la exhibición de toda clase de documentos contables y otros que considere necesario.*

*Notificar e interrogar a través de sus representados a nivel nacional, a fin de contar con el suficiente criterio técnico, para lo cual podrá hacer uso de todo aparato técnico que sea necesario.*

*Preparar proyectos de educación, promoción, capacitación de la presente Ley.*

*Las demás funciones que le asignen el Centro Nacional de Competencia Económica.*

Las Direcciones Provinciales tendrán que estar situadas en las ciudades en que exista mayor producción y comercio de bienes y servicios, principalmente con el fin de descentralizar y agilizar los trámites. Sería muy interesante el plantear que estos cargos no sean puestos políticos de libre remoción sino que sean empleados contratados por su capacidad, garantizando un correcto desempeño dentro de su campo de acción.

*Art. 20.- El Centro Nacional de Competencia Económica, elaborará el Reglamento Orgánico Funcional en el que se determinará las unidades administrativas y se señalarán las funciones que permita a este organismo cumplir adecuadamente con las labores de educación, promoción, defensa y control de la competencia económica.*

Con un reglamento efectivo y más que nada que delegue funciones a unidades administrativas provinciales, la Ley de Control de Competencia Económica sería mucho más efectiva. No sirve de nada tener una ley muy bien estructurada si el reglamento tiene falencias tan grandes que deja obsoleto el cuerpo legal.

*Art. 21.- El Director Nacional del Centro Nacional de Competencia Económica o el Director Provincial podrán requerir información a los agentes económicos ya sea del sector público o privado, en cualquier momento o cuando existan indicios de infracción a la presente ley.*

Es muy importante que tanto el Director Nacional como los Directores Provinciales puedan tener acceso a la información de empresas que se encuentre violando la competencia o que exista presunción de que están infringiendo este cuerpo legal, ya que así se podrá tener un control real de las actividades anti competencia en las que determinada empresa incurra, pero estas solicitudes de información deberían ser fundamentadas, caso contrario se podría prestar para que entes ajenos a la actividad de la empresa interfieran en su libre funcionamiento, interviniendo así con el principio de libertad de empresa.

*Art. 22.- Los informes o documentos requeridos por las autoridades del Centro Nacional de Competencia Económica deberán ser suministrados dentro de cinco días posteriores a la solicitud, los funcionarios referidos podrán obtener copias o realizar extractos de ellos.*

Los documentos requeridos por el CNCE serán considerados como una base fundamental para juzgar si las actividades realizadas por determinada empresa son atentatorias a la ley, pero no será ésta la única prueba con la que se pueda contar, ya que se podrá utilizar todos los medios probatorios permitidos por la ley para determinar si se está infringiendo este cuerpo legal.

*Art.- 23.- No es obligación de los órganos de defensa y promoción de la competencia económica atenerse contra su convicción, al contenido de esos informes. Ningún procedimiento administrativo podrá suspenderse por falta de ellos.*

Como ya se indicó anteriormente, los informes entregados por las empresas serán una base fundamental para poder comprobar las prácticas de la empresa, pero de ninguna manera se las considerara como único elemento de prueba y no a pretexto de falta de éstos se podrá detener ningún procedimiento. Se debería considerar a la falta de entrega de estos informes como una presunción de mala fe por parte de la empresa.

*Art. 24.- El Director del Centro Nacional de Competencia Económica o sus representantes provinciales y los funcionarios expresamente delegados para ello podrán, asimismo, realizar inspecciones, indagaciones sobre aspectos específicos, en los locales y dependencias de los actores económicos, la notificación para la diligencia se la hará con una hora de anticipación.*

Otro medio probatorio serán las inspecciones realizadas por los representantes del CNCE, que podrán notificar tan solo con una hora de anticipación con lo cual se logra tener una visión real de lo que ocurre en la empresa, sin dar tiempo para que se cambien documentos o se intente engañar de alguna manera a los funcionarios públicos.

*Art. 25.- Para el cumplimiento de esta Ley, el Presidente del Centro Nacional de Competencia Económica, podrán solicitar la presencia de autoridades, funcionarios o servidores del sector público, incluidos los del Régimen Seccional Autónomo, así como requerir del auxilio de la Fuerza Pública.*

En este artículo habla del Presidente del Centro Nacional de Competencia Económica, en artículos anteriores se dice que la máxima autoridad del CNCE es el

Director; el cuerpo legal debe tener una coherencia sobre quien va a ser el principal funcionario en materia de competencia económica.

El presidente o director y representantes del CNCE, contarán con la ayuda de funcionarios del sector público, y de la fuerza pública para asegurar el cumplimiento de sus funciones, así estarán respaldados en todo momento

*Art. 26.- Las denuncias ante el Centro Nacional de Competencia Económica CNCE, podrán hacerse mediante oficio, por el afectado, solicitud de otro órgano administrativo, o por cualquier persona natural o jurídica.*

Al igual que en cualquier rama legal, quien considere que sus derechos están siendo afectados podrán presentar la denuncia ante la autoridad competente, los órganos estatales siguiendo una política de Estado y en defensa del bien común está en la obligación, si tiene indicios de que una persona ya sea natural o jurídica se encuentra violentando la libre competencia, de presentar la acusación.

*Art. 27.- En caso de iniciarse de oficio por el Director Provincial de Competencia, se lo elevará al Centro Nacional de Competencia Económica, con el fin de determinar el grado de culpabilidad o no.*

*La denuncia ya sea de oficio o de la persona afectada, deberá contener todos los elementos que configuran las prácticas prohibidas y los daños ocasionados como producto de este acto ilícito.*

Este punto puede ser de subjetiva aplicación ya que como se explicó con anterioridad hay actos anticompetitivos per se, es decir que tiene una actuación

inequívoca de ser anticompetitivo; sin embargo existen actos anticompetitivos de razonamiento, los mismos que deben estudiarse el resultado y constatar que ha existido una desviación voluntaria para afectar la competencia.

*Art. 28.- Todo reclamo deberá contener:*

- a) Los nombres y apellidos, número de cédula de identidad o de pasaporte, en el caso de extranjero no residente.*
- b) Dirección, número de calle, teléfonos, etc.*
- c) La identificación clara y exacta de la o las personas o los agentes económicos contra quien o quienes se presente el reclamo y la dirección exacta del domicilio o, en su defecto, la del lugar en donde se encuentren sus oficinas o instalaciones.*
- d) Fundamentos de hecho y de derecho que posibilitan el reclamo.*
- e) Firma del demandante y representante legal.*

*En la denuncia se adjuntarán las pruebas, o la mención precisa de las que se presentarán o solicitarán dentro del término respectivo.*

Son los mismos requisitos que los establecidos en el Art. 67 del Código de Procedimiento Civil, si falta uno el Director Provincial de Competencia Económica pedirá que se complete la demanda o en caso de que no esté claramente señalado las personas o actividad que atenten a la competencia pedirá que explique con mayor lucidez.

**Art. 29 Procedimiento.-**

1.- *Receptado el reclamo ante el Director Provincial de Competencia Económica y una vez que se verifique el cumplimiento de todos los requisitos establecidos, se notificará al presunto responsable con la copia del reclamo, dentro de los tres días posteriores a la presentación, dándole 15 días para remitir información de descargo.*

2.- *Con la contestación a la notificación, con la copia del reclamo, o sin ella, el Director Provincial elaborará y remitirá al Centro Nacional de Competencia Económica un informe sobre lo denunciado y sobre la respuesta del presunto infractor.*

3.- *El Centro Nacional de Competencia Económica, órgano competente, abrirá u término de 10 días, para evaluar la documentación presentada por las partes, tiempo que puede ser prorrogado previo pedido justificado, por igual período.*

4.- *De acuerdo a los resultados de los expedientes, el Centro Nacional de Competencia Económica, dictaminará, librando de toda responsabilidad al denunciado o sancionándolo.*

5.- *El Director Nacional de Competencia Económica remitirá el expediente al Ministerio Público cuando encontrare indicios de responsabilidad penal.*

6.- *La acción de indemnización de daños y perjuicios prescribirá en cuatro años, contados desde la fecha en la que la resolución administrativa quedo en firme, su trámite será en la vía verbal sumaria, ante el juez de lo civil.*

7.- *La actuación del Centro Nacional de Competencia Económica; respecto del primer dictamen sobre un caso no podrán exceder de los sesenta días, caso*

*contrario, se considerará omisión y se sujetará a las autoridades judiciales competentes.*

*8.- El Centro Nacional de Competencia Económica, podrá cuando el interés público lo justificare, ordenar la publicación, a costa del sancionado, de un extracto de esas resoluciones en uno de los diarios de mayor circulación a nivel nacional.*

Con los puntos detallados se aplica el precepto constitucional del debido proceso en el cual establece que el sistema procesal será un medio para la realización de la justicia, velando por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia.

Los plazos señalados no deberían ser tan extensos, procurando la simplificación, uniformidad, eficacia y agilidad de los trámites.

El mismo organismo de control, Centro Nacional de Competencia Económica, se encargará de la investigación, denuncia y sanción administrativa, cuando personas naturales o jurídicas, de derecho público del régimen nacional, seccional o especial; o de derecho privado, contravengan alguna disposición de la Ley de Defensa a la Competencia Económica

***Art. 30 Sanciones Administrativas.-***

*Si se determina la existencia de prácticas anticompetitivas, abuso de posiciones de dominio u operaciones de concentración económica restrictivas de la competencia, el CNCE podría imponer las siguientes sanciones:*

*Ordenar el cese de las prácticas anticompetitivas y la eliminación o reparación de sus efectos.*

*Imponer al agente económico condiciones u obligaciones específicas orientadas a rectificar la práctica prohibida.*

*Si un agente económico nacional o extranjero inobserva las normas de calidad determinadas por el Instituto Ecuatoriano de Normalización, se le retirará la licencia o permiso de comercialización.*

*Aplicar multas.*

*Divulgar la resolución en firme.*

*Aplicar medidas preventivas en caso de reincidencia.*

La finalidad de imponer una sanción administrativa a un agente económico es eliminar la conducta anticompetitiva, mas no destruir a la empresa que cometió el acto imputable ya que se estaría violentando el principio de libre empresa señalado en la constitución, afectando directamente a la economía.

*Art. 31 **Multas.**- Según los actos desleales producidos por los agentes económicos de productos perecibles, frente a las disposiciones de la presente Ley, en contra de los competidores, tendrá una sanción de hasta la suma equivalente al valor invertido en el bien materia del conflicto, más los daños o perjuicios ocasionados.*

*Cuando se trate de bienes no perecibles, la sanción será equivalente al valor de la rentabilidad tomando como referencia los resultados con los que cerró ese producto el año inmediato anterior más los daños y perjuicios ocasionados.*

*En caso de reincidencia se duplicará la sanción impuesta, y de repetirse se quitará la licencia de comercialización.*

Se tiene que buscar una proporcionalidad entre el efecto causado y la multa impuesta, situación equitativa y que permita en caso de una empresa continuar con sus actividades una vez solucionada la situación. No se puede cometer el error de establecer un valor fijo pero tampoco dejar a la libre consideración del juzgador, sería necesario establecer lineamientos para establecer el valor de la multa económica.

*Art. 32.- El incumplimiento de las medidas emitidas por el órgano competente será sancionado con un valor equivalente al 5% del valor de la multa por día y por cada día siguiente de duplicará el valor.*

De esta manera se garantiza el cumplimiento de la multa y el resarcimiento de la actuación que infringe la Ley de Defensa de la Competencia Económica.

*Art. 33.- **Responsable solidarios por el pago de multas.**- En el caso de que las multas previstas en este Capítulo se hubieren impuesto a compañías, sociedades, cooperativas u otras personas jurídicas, serán solidariamente responsables por su pago los ejecutivos, representantes legales o administradores de ellas que hubieren decidido o aplicado las prácticas o actuaciones prohibidas por esta Ley.*

Los Directores, Gerentes, Representantes legales, Administradores son personas en puestos de confianza, en ellos está la decisión de aplicar o no ciertas políticas que llevan a que su representada cometa actos contrarios a la competencia, sin embargo es difícil establecer hasta que grado es solidario el funcionario en cuestión.

*Art. 34.- Se destinará a la educación, promoción, difusión de la Competencia Económica a nivel nacional a través del manejo adecuado de las diferentes Cámaras en las Capitales Provinciales, el 5% de los ingresos en concepto de multas.*

Por tratarse de una materia nueva y de poco conocimiento es necesario la promoción y difusión de la misma, no podrá excusarse por falta de conocimiento persona alguna que cometa una infracción a la competencia.

El objetivo principal de esta ley es fomentar una cultura de lealtad y eficiente competencia entre agentes económicos.

*Art. 35 **Caducidad de la denuncia.**- Las acciones desprendidas por la presente Ley, prescribirá en el transcurso de 2 años.*

Pueden prescribir las acciones ya que no van en contra de la Administración Pública, son situaciones que afecta a los agentes económicos principalmente privados.

*Art. 36 **Recursos.**- A las resoluciones emanadas del Director Nacional del Centro Nacional de Competencia Económica, se podrá presentar impugnación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, dentro de los tres días posteriores a la fecha de notificación con la misma.*

*Art. 37.- Se podrá interponer recurso de Reposición ante el Director Provincial de Competencia Económica dentro de los 3 siguientes días de notificada la Resolución.*

*Art. 38.- Improcedencia del Recurso de Revisión.- No procede el recurso de revisión cuando desde la fecha en que se dictó la resolución hubieren transcurrido tres años.*

Hay que recordar que, en todo caso, los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley , en artículo 196 de la Constitución Política de la República, lo cual implica que de las resoluciones de la autoridad administrativa podrán ser impugnadas en sede jurisdiccional, a más de que se podrán proponer acciones de amparo constitucional, con la consiguiente demora que es tan perjudicial en materias como ésta en que se necesita de la celeridad tanto como del acierto.

## CONCLUSIONES

El Derecho de Defensa a la Competencia Económica se lo podría considerar una nueva rama legal, en algunos países como Ecuador, no cuentan con una ley que regule las acciones, pretensiones u omisiones de los productores o comerciantes de bienes y servicios, dejando a su criterio las políticas externas de comercialización, generando monopolios, abuso de posición de dominio y otras prácticas que atentan a la competitividad.

Los monopolios han existido a través de la historia de la humanidad, eran pocos los productores y fabricantes de bienes y servicios por lo que llevaba a que se concentre el poder en pocas manos. El Derecho de Competencia se erige como una garantía jurídica que otorga equilibrio al mercado, protegiendo los intereses de todos los involucrados en su adecuado desarrollo, Estado, consumidores y productores.

Los monopolios pueden tener matices sociales, como sucede cuando el interés público está involucrado en un monopolio estatal para lograr fines gubernamentales que benefician a los consumidores y al sistema económico.

El Derecho de Competencia al igual que cualquier rama científica, jurídica o política, nacen por fruto de una necesidad, por presiones sociales o simplemente por el avance del mundo.

Un análisis aislado de las normas jurídicas que integran el Derecho de Competencia no tendría la misma connotación, si no se tiene en cuenta que dicha normativa tiene sus bases fundamentales en conceptos económicos generales, que no dependen de un modelo económico específico o de una realidad jurídica o social.

Un sistema económico indiferente a problemas como la distribución desigual de la riqueza o la concentración de los medios de producción perjudica la seguridad

jurídica, resulta necesaria la intervención estatal para corregir las desigualdades y las imperfecciones que conllevan el desarrollo de las libertades económicas.

La intervención estatal debe ser moderada y proporcional, con el objeto de no entorpecer el ejercicio de la iniciativa privada y desconocer el papel de la empresa como unidad productiva dispuesta a mejorar las condiciones generales de vida.

Lo que se pretende difundir y aplicar es un sistema jurídico menos arbitrario, teniendo una percepción real de las necesidades del hombre colectivo bajo principios como la prevalencia del bien común sobre los intereses individuales y la primacía del interés general.

El interés del Estado es proteger el mercado, evitando la desmedida acumulación de poder dentro del sistema económico.

La intervención del Estado procura eliminar los comportamientos que atenten el interés general y el bienestar social, debe ajustarse con el no entorpecimiento de la actividad privada, con el objeto de no interferir con la competitividad y la productividad. Por ello surge el concepto de orden público económico como mecanismo jurídico propio para garantizar el interés general involucrado en la actividad económica de los mercados.

El concepto de intercambio económico, constituye en el punto de partida para la creación del mercado. Hoy en día, el citado término va más allá del criterio del espacio geográfico para adentrarse en los campos de la transmisión electrónica de datos y en el comercio electrónico, lo cual representa un desafío para el Derecho de Competencia.

Se ha analizado el Derecho de Competencia en la protección del mercado como institución, su existencia es básica y primordial para el desarrollo de las relaciones económica- sociales que pretende regular. Sin embargo, no se puede desconocer que

existen nociones complementarias al concepto de mercado que sirven para el adecuado entendimiento de la problemática.

El Derecho de Defensa de la Competencia en cuanto a su contenido, objetivos y finalidades, dependen del poder de intervención del Estado, reflejando la prevalencia del interés general relacionado en la actividad económica. El bien jurídico perseguido es el orden público económico.

La principal finalidad del Derecho de Competencia es la de garantizar las libertades económicas individuales y corregir los excesos en el ejercicio de la libertad económica con una competencia libre, acorde a las sanas costumbres mercantiles, en el uso honesto del material industrial o comercial.

El Derecho, en general, y por tanto el de defensa de la competencia, siempre está condicionado en su aplicación por los hechos o por la política, en este caso, es la política económica de competencia que, junto a otras políticas como la de ayuda a las pequeñas y medianas empresas frente a los grandes empresarios, o la de protección del empleo actúan como motores de la legislación.

El Derecho de Competencia se puede definir como el conjunto de principios, valores, reglas y normas jurídicas de contenido social, político y primordialmente económico, cuyo objetivo es la protección del derecho constitucional a la libre empresa y a la libre competencia económica, determinando, clasificando, investigando y sancionando todas aquellas prácticas, hechos, actos u omisiones que constituyen obstrucciones a su ejercicio o desarrollo, que configuran conductas desleales o injustas, las mismas que vulneran el interés colectivo involucrado en un sano desarrollo de la economía.

El sujeto pasivo de las normas de competencia es cualquier agente económico de mercado. Sin embargo los destinatarios naturales de sus preceptos son aquellas

empresas que, solas o en unión de otras, sean capaces de afectar con su conducta en el mercado, el mínimo de competencia mediante comportamientos restrictivos de ésta.

La valoración de las conductas anticompetitivas se pueden realizar a través de la regla *per se* en la que se señala claramente los actos o conductas que se han de considerar anticompetitivas, o por la valoración de los efectos producidos por actuación u omisión de ciertos agentes económicos.

Existen varios tipos de actos anticompetitivos pero el principal es el abuso de la posición dominante, que es el fruto de la teoría del abuso del derecho y pretende impedir que cualquier agente económico fuera capaz de determinar las condiciones de mercado se extralimiten en el uso de su posición o debiliten los niveles de competencia existentes.

La economía ecuatoriana se fundamenta en la libre competencia económica, manifestada en el respeto al empresario que garantiza el poder de suministrar libremente bienes y servicios al mercado y en cuanto a los consumidores otorga la posibilidad de elección libre de productos. Prerrogativas que no existen en un modelo de economía dirigida.

Con la tendencia mundial de apertura de mercados, los agentes económicos deben estar protegidos por una legislación nacional e internacional, por desgracia Ecuador se encuentra retrasado con la creación de una ley que en materia de economía de mercado regule las relaciones comerciales.

No puede desconocerse que la legislación de Defensa de la Competencia constituye una de las ramas que con mayor facilidad han caído en desuso en los países industrializados que han pretendido imponerla. El transplante de las normas antimonopólicas vigentes en Estados Unidos y Europa, sin modificarlas sobre la base

de las particulares condiciones en que se desenvuelven las economías de los países subdesarrollados, han fracasado repetidamente.

Preparando al país para los desafíos que presenta la globalización se ha presentado en el Congreso Nacional un proyecto de ley calificado como política prioritaria de Estado, no obstante no ha podido ser presentada en segundo debate para su promulgación.

El proyecto de Ley Orgánica Regulatoria de la Actividad y Competencia Económica analizada en este trabajo tiene grandes falencias y obstáculos impuestos por le mismo legislador, como que el Centro Nacional de Competencia Económica sea un ente subsidiado por la Superintendencia de Compañías, entre otros errores, pero es importante el paso que esta dando el Ecuador al proteger el interés común de agentes económicos.

Ecuador debe reconocer de la importancia de la ley, de sus labores y el correspondiente rango, otorgándole la potestad sancionadora de las infracciones a la ley con penas económicas en montos significativos y la posibilidad de imponer acciones como medios reparadores de los efectos perjudiciales de sus conductas.

Únicamente cuando se tome conciencia de la importancia trascendental que tiene para la seguridad jurídica y la vida en democracia, el que exista una función judicial robusta para demandar por la civil el pago de indemnización de daños y perjuicio; y penalmente las actuaciones anticompetitivas dolosas, y se le dote de los medios materiales para el efecto, se podrá pensar en que ella asuma los nuevos retos que impone la modernización del Estado, uno de los cuales es, precisamente, el del control de la competencia.

## **BIBLIOGRAFIA**

**ANDERSEN**, Arthur. “Diccionario Espasa Economía y Negocios”. Editorial Espasa Calpe S.A. Segunda Edición. España. 1998. Pág127

**ANDRADE UBIDIA, Santiago**. Artículo “Hace falta una ley que promocióne y proteja la Competencia Económica”. Revista IURIS DICTO No. 3. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Ecuador. 2002.

**ARANEDA Hugo**. “Curso de Economía Política”. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 3 Edición 1967.

**ARTANA, Daniel**. “Defensa de la Competencia”. Documento de Trabajo No. 44, Biblioteca Virtual Indecopi. Chile. 1995.

**BAQUERO CRUZ, Julio**. “Entre Competencia y Libre Circulación. El Derecho Constitucional Europeo de la Comunidad Europea”. Editorial Civitas. España. 2002.

**BOFFIL, Álvaro**. “El abuso de la posición dominante: visión del Derecho comparado y nacional. Proposición de un nuevo texto legal para Chile. Universidad Católica de Valparaíso. 2 Edición. Chile. 1991.

**BORJA, Rodrigo**. “Enciclopedia de la Política”. Fondo de Cultura Económica. 1 Edición. México. 1998.

**BORK Robert H.** “The Antitrust Paradox: A Policy at war with itself”. Editorial Free Press. 3 Edición. EEUU. 1983.

**CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo**. “Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia”. Editorial Heliasta. 2 Edición. Argentina. 2005.

**CABANELLAS Y ARANOVICH**. “La legislación antimonopólica y las leyes de abastecimiento como técnicas alternativas de regulación de los mercados”. Editorial Heliasta. 2 Edición. Argentina. 2003.

**CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA.** “Política y Derecho de la competencia en la CEE: una aproximación”. Editorial Ariel. 2 Edición. 1993.

**CHARME, Eduardo.** “Apuntes sobre el Derecho de la Competencia” Pontificia Universidad Católica de Chile. Valparaíso- Chile. 2005.

### **Código Civil**

### **Constitución Política de la República del Ecuador**

**DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.** Real Academia de la Lengua. Vigésima Segunda Edición. España. 2001.

**DIEZ-CANSECO NÚÑEZ, Luis José.** "Competencia e Integración en América Latina: su importancia y los temas que deberían ser considerados en Temas de Derecho Industrial y de la Competencia". Argentina. 2 Edición. 2000.

**DIEZ ESTELLA, Fernando.** “Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU”. Anuario de Competencia 2001. Universidad de Nebrija. España. 2001.

**DROMI, Roberto.** “Competencia y Monopolio, Argentina, Mercosur y OMC”. Editorial Helista. Argentina. 2 Edición. 1999.

**ELGUETA, Eduardo.** “El abuso de posición dominante y practicas verticales”. Compañía Editorial México.1 Edición. México. 1999

**FIKENTSCHER, Wolfgang.** “Las tres funciones del control de la economía (Derecho Antimonopolio)”. Revista de Derecho Mercantil nº 172-173. Colombia. 1999.

**GALBRAITH, J.K;** “Historia de la Economía”. Editorial Ariel. 6ª Edición. Barcelona. 1992.

**GARCÍA PALENCIA, Rafael** “Reglas de Competencia en la Práctica: La Comunidad Europea y el Espacio Económico Europeo, en Temas de Derecho Industrial y de la Competencia”. Editorial Helista. 2 edición. 2000. Pág 38

**GUERRERO José Luis.** “Acerca del concepto constitucional y legal de competencia”. Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso No. XVI. Chile. 1995.

**GUERRERO, José Luis y BOFILL, Álvaro.** “Acerca del concepto constitucional y legal de competencia”. Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso No. XXXIV. Chile. 1998.

**GUTIÉRREZ FALLA, Laureano.** “Derecho Mercantil”. Editorial Astrea. 1 Edición. Argentina 1985.

**GUZMAN, Marco Antonio.** “Derecho Económico Ecuatoriano I”. Corporación Editora Nacional. 1ra. Edición. Ecuador. 1996. Pág. 30

**HERRERA, Washington.** “Inflación y Libertades Económicas”. Artículo Publicado en el Diario El Comercio el 15 de mayo del 2001

**IMMENGA, Ullrich.** “El Derecho del Mercado”. Editorial RDM. 1 edición. México. 2000.

**KAPLOW, Louis. y SHAVELL, Steven.** “Fairness versus Welfare”, Harvard University Memory, EEUU. Febrero 2001.

**KOONTZ, Harold y GAMBLE, Richard;** “La intervención política en la empresa”. Editorial Bosch. 1 Edición. España. 1999.

**KOTLER Philip.** “Dirección de Mercadotecnia”. Editorial Prentice-Hall. 8va edición. México 1996.

**LANGLOIS MARGOZZINI, J. Ignacio.** “Integración Vertical en el mercado de las Telecomunicaciones”. Chile. 1 Edición 1993.

**LARROULET, Mochón.** “Economía”. Ed. Mc Graw Hill, 2ª edición, España 1995.

## **Ley de Propiedad Intelectual**

**LLERAS RESTREPO, Carlos.** “Influjo de la legislación comercial en la economía”.

El navegante editores. 2da. Edición. Colombia. 1997.

**MANCERO, Alfredo.** "El régimen económico del Estado Ecuatoriano". Gobierno del Ecuador-BID. Ecuador. 1 Edición. 1997.

**MASTROMANOLIS, E.P.** “Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform”. Editorial Legiscorp. España. 1998.

**MATURANA, Pía.** “Apuntes de Derecho de Competencia”. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso- Chile. 2003.

**MILLER, Roger.** “Microeconomía”. Editorial Mc Graw Hill. 3ª Edición. México 1990.

**MIRANDA LONDOÑO, Alfonso.** “Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”. Revista de Derecho Privado No. 11. Universidad de los Andes. Colombia. 1992.

**MIRANDA LONDOÑO, Alfonso.** “El Derecho de la Competencia en Colombia. Editorial Legis. Colombia”. 1 Edición. 1998.

**PESQUEIRA BANDERAS, Manuel.** “El Derecho frente a la Libre Competencia: Una Visión Retrospectiva”. Revista “Temas de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral. Chile. 2003. Pág. 123-126

**PORTER, Michael.** “Estrategia Competitiva”. Compañía Editorial Continental México. 2 Edición. México. 1992.

**POSNER, Richard A.** “Antitrust Law, An Economic Perspective”, The University of Chicago Press, EEUU. 1976.

**RIVIERE MARTÍ**, Juan Antonio. “La Política de Competencia en América Latina: una nueva área de interés para la Unión Europea, en Temas de Derecho Industrial y de la Competencia”. Argentina. 2 Edición. 2000.

**SAMUELSON Y NORDHAUS**, “Economía”. Editorial McGraw Hill. 16 edición. España. 1999.

**SAPELLI, Claudio**. “Regulación o Competencia”. Revista Administración y Economía. Universidad de Valparaíso. Chile. 1999.

**SORIANO GARCÍA, Ernesto**. “Derecho Público de la Competencia”. AGIP Argentina S.A.1 Edición. 1988.

**TROYA, José Vicente y GRIJALVA, Agustín**. “Elementos para un Derecho de la Competencia en el Ecuador”. Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador. 2000.

**VICIANO PASTOR Javier**. “Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía”. Tirant lo Blanch. 3 Edición. España. 1995.

**WELBROECK, Michel**. “Price Discrimination and Rebate Policies under EU Competition Law”. Editorial Barry Hawk. 1996. EEUU.

### **Sitios Web**

[ww.biblioteca.ucv.cl](http://ww.biblioteca.ucv.cl)

[www.care.org.ec](http://www.care.org.ec)

[www.eumed.net](http://www.eumed.net)

[www.europa.eu](http://www.europa.eu)

[www.fce.unl.edu.ar](http://www.fce.unl.edu.ar)

[www.gestiopolis.com](http://www.gestiopolis.com)

[www.lablaa.org](http://www.lablaa.org)

[www.mecon.gov.ar](http://www.mecon.gov.ar)

[www.mercadeo.com](http://www.mercadeo.com)

[www.nebrija.com](http://www.nebrija.com)

[www.ponce.inter.edu](http://www.ponce.inter.edu)

[www.riie.com.pe](http://www.riie.com.pe)

[www.sice.es](http://www.sice.es)

[www.sice.oas.org](http://www.sice.oas.org)

[www.unctad.org](http://www.unctad.org)

[www.usia.gov](http://www.usia.gov)

[www.usinfo.state.gov](http://www.usinfo.state.gov)

[www.un.org.spanish](http://www.un.org/spanish)

[www.wikipedia.com](http://www.wikipedia.com)

## **ANEXO**

### ***Inventario de Leyes y Normas Nacionales Referidas a la Políticas***

#### ***Sobre Competencia en el Hemisferio Occidental***

*Presentado al Grupo de Trabajo del ALCA Sobre Políticas de Competencia*

#### ***Órganos y leyes de Aplicación que regulan la Competencia***

##### ***“Argentina***

*El artículo 6 de la ley de la Secretaría de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales Argentina, crea la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.*

##### ***Bolivia***

- 1. Los tribunales comunes en el caso de las regulaciones constitucionales y sobre inversiones extranjeras y*
- 2. La Superintendencia General del Sistema de Regulación Sectorial para la ley del Sistema de Regulación Sectorial.*

##### ***Brasil***

*Los órganos de aplicación de la Ley 8.884/94 son los siguientes:*

- 1. CADE, órgano colegiado dotado de la función de juzgar y jurisdicción en todo el territorio nacional, creado por la Ley el 10 de septiembre 1962 y que se transformó en soberanía federal.*

2. *La Secretaría de Derecho Económico (SDE), órgano de preparación, instrucción y fiscalización integrante de la estructura del Ministerio de Justicia y la Secretaría de Monitoreo Económico (SEAE) del Ministerio de Hacienda.*

### **Canadá**

*Son varias las instituciones a cargo de velar por el cumplimiento de la ley de competencia del Canadá:*

- 1.- El Director de Pesquisas e Investigaciones, quien dirige la Oficina de Competencia;*
- 2.- El Ministerio de Industria;*
- 3.-El Fiscal General del Canadá;*
- 4.- Las Cortes;*
- 5.- El Tribunal de Competencia.*

### **Colombia**

*La Superintendencia de Industria y Comercio es un organismo de carácter técnico adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, que goza de autonomía administrativa, financiera y presupuestal. Como autoridad de vigilancia y control tiene la función de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Este Decreto creó la Delegatura para la Promoción de la Competencia que vigila y controla la actividad de los agentes económicos en cuanto tienda a restringir la competencia.*

## **Costa Rica**

*La Ley crea la Comisión para Promover la Competencia, como órgano de máxima desconcentración, adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Comercio. Esta Comisión debe conocer, de oficio o por denuncia y sancionar, cuando proceda, todas las prácticas que constituyan impedimentos o dificultades para la libre competencia y entorpezcan innecesariamente la fluidez del mercado.*

## **Chile**

*Para la prevención, investigación, corrección y represión de los atentados a la libre competencia o de los abusos en que incurra quien ocupe una situación monopólica, habrá los siguientes organismos y servicios:*

- 1.- Las Comisiones Preventivas Regionales;*
- 2.- La Comisión Preventiva Central;*
- 3.- La Comisión Resolutiva;*
- 4.- La Fiscalía Nacional Económica.*

*Todas las referencias que normas legales o reglamentarias hagan de las Comisiones Preventivas Provinciales, a la Fiscalía de la Defensa de la Libre Competencia y al Fiscal, se entenderán hechas a las Comisiones Preventivas Regionales; a la Fiscalía Nacional Económica y al Fiscal Nacional, respectivamente.*

### ***Estados Unidos***

*Los dos organismos federales responsables de velar por la observancia de las leyes antimonopolio son el Departamento de Justicia, a través de su División Antimonopolio, y la Comisión Federal de Comercio (FTC).*

*La FTC está conformada por cinco comisionados designados por períodos de siete años por el Presidente, no forma parte del poder ejecutivo. Los dos organismos llevan a cabo un procedimiento de revisión para asegurarse de que no investigan simultáneamente a las mismas partes o las mismas conductas.*

*Los gobiernos estatales puede demandar judicialmente para que se apliquen las leyes antimonopólicas federales cuando la violación de alguna de las leyes cause daños al estado mismo o a sus ciudadanos.*

### ***Guatemala***

*Cuando se dan las conductas prohibidas por el Código de Comercio, serán los Tribunales del Orden Civil, a solicitud de parte, los encargados de sancionarlas. Si fuere el caso de que se dieran actos monopólicos, corresponderá a los Tribunales del Ramo Penal los que conocerán y sancionarán, en este caso existe la participación de la Fiscalía General de la Nación, a quien corresponde de conformidad con la legislación interna de nuestro país, el inicio de las acciones correspondientes. .*

### ***Jamaica***

*La legislación establece que la entidad conocida como la Comisión de Comercio Equitativo (FTC) tiene la facultad de ejecutar las disposiciones de esta Ley.*

## **México**

*La Comisión Federal de Competencia, es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, contará con autonomía técnica y operativa y tendrá a su cargo prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones, en los términos de esta ley, y gozará de autonomía para dictar sus resoluciones.*

## **Panamá**

*El organismo especial denominado Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, llamada en la presente Ley la Comisión, como una entidad pública descentralizada del Estado, con personería jurídica propia, autonomía en su régimen interno, independencia en el ejercicio de sus funciones, y adscrita al Ministerio de Comercio e Industrias. La Comisión estará sujeta a la fiscalización de la Contraloría General de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes.*

## **Perú**

*La Comisión de Libre Competencia es un organismo con autonomía técnica y administrativa, que tendrá por objeto velar por el cumplimiento de la ley contra prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.*

*La Comisión de Libre Competencia cuenta con una Secretaría Técnica que le sirve de órgano de enlace con la estructura administrativa del INDECOPI (Artículo 44 de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI).*

*La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI, conoce en segunda y última instancia administrativa los procedimientos por infracción al Decreto 701.*

### ***República Dominicana***

*Las disposiciones del Código Penal son aplicadas por los Tribunales.*

*La Ley No. 13 es aplicada por la Dirección General de Control de Precios, la Secretaría de Estado de Industria y Comercio, la Secretaría de Trabajo y la Dirección General de Rentas Internas.*

### ***Venezuela***

*Se crea la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia con autonomía funcional en las materias de su competencia, adscrita administrativamente al Ministerio de [Industria y Comercio] Fomento”<sup>166</sup>.*

---

<sup>166</sup> [www.sice.oas.org](http://www.sice.oas.org)