

LINEAMIENTOS PARA UN RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COMPETENCIA EN EL ECUADOR

Dr. Santiago Andrade Ubidia

INTRODUCCIÓN:

El ordenamiento legal ecuatoriano se caracteriza por la abundancia de normas, muchas de ellas anticuadas o contradictorias, lo que justifica que el jurista Luis Hidalgo López, tomando prestado de Mario Vargas Llosa, lo haya calificado de "telaraña legal"¹, pero al mismo tiempo adolece de una lamentable carencia de disposiciones aplicables a campos de enorme trascendencia y actualidad, precisamente aquellos en que el derecho contemporáneo ha alcanzado un gran desarrollo; uno de ellos es el relativo a la competencia económica, no obstante que es una prioridad contar con una ley que la fomente y proteja, por constituir un requisito sine qua non para la recuperación económica, el desarrollo social del país y su inserción en la economía mundial.

El imperativo de la modernización del Estado ha impuesto que la Constitución Económica sea una síntesis de dos principios organizadores de la actividad económica: el mercado y la autoridad. Alfredo Mancero² 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". Como resultado, las instituciones económicas del país se deben ir

¹ HIDALGO López, Luis. LA TELARAÑA LEGAL, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 1999

MANCERO S, Alfredo: "El régimen económico del Estado Ecuatoriano", en "Los grandes temas de la reforma constitucional" Programa de apoyo al sistema de gobernabilidad democrática, Gobierno del Ecuador-BID, Quito, 1997, p. 43

adecuando a las nuevas características de la integración internacional (producirse su apertura), fomentar la competencia entre los agentes económicos (alcanzarse la liberalización), promover la ampliación de la capacidad social de la nación (lograrse la capitalización de los recursos) y garantizar la vigencia plena de los derechos de las personas (garantizarse la equidad distributiva).

Respecto de la liberalización económica, Mancero señala que "del mismo modo que ya no es defendible el papel «empresarial» del Estado, excepto en casos muy sensibles para la estabilidad económica y política de los países pequeños, tampoco es consistente el argumento de los mercados «libres y desregulados», pues todas las evidencias confirman una tendencia inevitable 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: 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."³

Roberto Dromi señala, con notable claridad y concisión, que "el mercad() es una institución compleja, que surge como resultado de la interacción de los individuos. En otras palabras, el mercado, más que un resultado automático del juego de variables económicas, es una construcción social. Lo dicho trae aparejada la dificultad de *crear* un mercado por ley; la solución consiste en *construir* un mercado actuando sobre las instituciones colectivas y permitiendo la participación efectiva de la mayoría de los sujetos. Y es en este marco en el que la regulación del régimen de defensa de la competencia adquiere importancia. La iniciativa de construir el mercado modifica la relación entre el Estado y la economía y requiere una administración pública con 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. Lo dicho reafirma las nuevas misiones del Estado relocalizado luego de los procesos de reforma esta tal y constitucional. El Estado contemporáneo debe ser

Ibidem

orientador en el sentido de ejercer la conducción política de la sociedad para lograr el bien común, fiscalizador para compatibilizar y armonizar los derechos en pro de la convivencia social, protector para amparar y defender los derechos e intereses de la comunidad, y regulador ajustando el desenvolvimiento de los grupos sociales a principios y reglas ordenadas."

Desde que se abandonó la tesis de la intervención directa y sistemática del Estado en la actividad económica, por haberse comprobado su fracaso, es la empresa privada la que adquiere un rol protagónico en el desarrollo económico, y el Estado limita su intervención a la orientación, fiscalización y protección, actuando directamente como agente económico sólo, y de modo excepcional, en situaciones muy específicas. Pero la empresa, para poder desarrollarse y cumplir adecuadamente su papel en la economía, precisa de tres grandes 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.

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 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 proporcione 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. Pero todo

⁴

DROMI, Roberto: Competencia y Monopolio, Argentina, Mercosur y OMC, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, pp. 1-12

esto sólo es posible si existe competencia en el mercado, y si esta competencia es leal, es decir, si todos los operadores del mercado buscando su propio interés y empleando todo su esfuerzo en ello desencadenan el juego del mercado, consiguiendo un resultado que es positivo tanto para los operadores del mercado como para los consumidores." ⁵ Pero, el autor citado advierte: "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." El ordenamiento legal debe prevenir los abusos y las distorsiones a fin de que realmente exista una legal y transparente competencia y que las empresas puedan ingresar libremente al mercado, se mantengan en él porque sean eficientes y no porque sean artificialmente sostenidas; y finalmente que su salida se deba a su ineficiencia y no a la acción de terceros que las expulsen del mercado mediante maniobras contrarias a la buena fe y a la lealtad.

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 o se desarrollaron las existentes: a más del reconocimiento de las libertades de empresa (artículo 23 N . 16) y de contratación (artículo 23 N . 18) ambas con sujeción a la ley, así como el derecho de propiedad, en los términos que señala la ley (artículo 23 N . 23) y a la propiedad intelectual, en los términos previstos en la ley y de conformidad con los convenios y tratados vigentes (artículo 30 inciso tercero), se reconoce el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación (artículo 23 N . 6) así

GARCIA 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, N 4, pp. 64-65

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 N . 20) y el 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 N . 7). Se proclama al Ecuador como un Estado social y democrático de derecho (artículo 1) y 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, entre otras cosas el 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 N . 3); igualmente se desarrolla extensamente lo relativo al medio ambiente (artículos 86 a 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 tanto para caracterizar la actuación del Estado mismo, cuanto la de sus habitantes. En definitiva, se adoptó un modelo económico determinado. Entrena Cuesta', siguiendo a García Echavarría' señala que las características fundamentales que configuran un orden o sistema de economía social de mercado, son:

constituye el mercado, por lo que debe asegurarse el funcionamiento del mismo.

2¹. Debe garantizarse la libertad de acceso al mercado eliminando los obstáculos que puedan existir.

⁶ ENTRENA. Cuesta: El principio de libertad de empresa, en "El modelo económico en la constitución española" dirigido por Fernando Garrido Falla, t. I, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, pp. 112-113

GARCÍA Echavarría: FI orden económico en la Constitución, N 8, septiembre-octubre de 1978, de Libre Empresa, pp. 28 y ss.

- 3^a. Debe asegurarse la estabilidad monetaria.
- 4^a. 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.
i
producción, responsabilizando a la propiedad en función de sus oportunidades de rendimiento y asegurando que los resultados correspondan a las aportaciones reales al mercado.
- 6^a. Libertad de actuaciones contractuales"

Entrena Cuesta señala que "la efectividad de este orden de economía social de mercado exige una serie de actuaciones del Estado:

1. 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.
2. El Estado debe actuar en el proceso de distribución para corregir los resultados del mecanismo del mercado mediante una política de rentas y patrimonios.
3. El Estado debe actuar en el campo coyuntural con el fin de dar constancia a los procesos económicos.
4. 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.
5. 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.

Ahora bien, todas estas intervenciones estatales, en un sistema de economía social de mercado, han de ser "conformes al mercado", de modo que las medidas estatales se integren el mecanismo del mercado y no lo sustituyan por un sistema burocrático".⁸

Para que se haga efectiva la libertad de empresa, que se desarrollará "con sujeción a la ley" (artículo 23 N 16 de la Constitución Política de la República) y cumplir con el mandato constitucional contenido en el

Ibidem

artículo 244 N . 3 *ibidem*, es necesario que se dicte una ley general, que se inspire en el concepto de libertad y que establezca los resguardos mínimos indispensables para que esa libertad pueda realmente tener vigencia, recordando siempre que el sistema ecuatoriano es de economía social de mercado, por lo que el Estado está en la obligación de realizar el adecuado controla 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.

Existen diversas concepciones sobre la competencia: una, que se la denomina "clásica", atiende exclusivamente a la estructura de mercado, en la búsqueda de un mercado perfecto; según ella toda limitación de la competencia es perjudicial, y el Estado debe limitarse a prohibir monopolios y oligopolios o fusiones conducentes a ellos, los cuales minan estructuralmente la competencia. Una segunda concepción, denominada "funcional" atiende a la estructura del mercado, al comportamiento de los agentes y a los resultados del mercado; ciertas intervenciones estatales y restricciones a la competencia son aceptables cuando cumplen objetivos de descentralización, desconcentración, mejor distribución de ingresos, *etc.*; estas intervenciones deben ser distinguidas de otras limitaciones inaceptables que distorsionan negativamente o suprimen la competencia. Finalmente, una tercera concepción, denominada "**neoliberal**" considera que la internacionalización de los mercados hace que incluso las empresas más fuertes se vean sometidas a presiones competitivas cuando no hay intervención estatal que distorsione la competencia; el Estado debe desregular el mercado para disminuir costos de acceso así como limitarse a impedir la formación de carteles; la concentración en sí misma no es negativa pues puede resultar de las políticas de empresas eficientes.¹

Del examen del texto constitucional se concluye que se ha recogido la concepción funcional del mercado y de la competencia, para la cual,

OESTTERDIEKHOFF, Peter: Política de Competencia, en: Varios, Economía Social de Mercado: su dimensión social, Caracas, Editorial Nueva Sociedad, 1998, pp. 16-22, tomado de: Iose Vicente Trova y Agustín Grijalva: Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador, informe de investigación, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2000, pp. 13-14.

según señalan Troya y Grijalva,¹⁰ "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."

Los autores antes citados añaden que "En la concepción funcional de la competencia, a diferencia de la neoliberal, la eficiencia y el supuesto beneficio macroeconómico a los consumidores no son el único fin de la misma. Junto a ello pueden plantearse otros objetivos incluso formalmente consagrados en la ley, tales como la redistribución del ingreso, la protección de la mediana y pequeña industria y la descentralización del poder económico." ¹¹

PANORAMA LEGISLATIVO:

Dentro del proceso de adecuación de las instituciones a las nuevas realidades, en nuestra patria se han dictado leyes de gran importancia, como la de propiedad intelectual, de medio ambiente, orgánica de defensa del consumidor, pero falta poner en vigencia un cuerpo normativo que sienta el marco idóneo para que se desarrolle la libre competencia. En la Comunidad Andina, tanto Colombia, como Venezuela y Perú cuentan con leyes sobre la competencia, únicamente Bolivia y Ecuador carecen de este cuerpo normativo.

En el Ecuador, tan sólo existen normas legales y reglamentarias especiales, que se aplican a determinados sectores, que no tienen un tratamiento general: así, encontramos 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.

¹⁰ TROYA, José Vicente y GRIJALVA, Agustín: Elementos para un derecho de la competencia en *el Ecuador*, Informe de investigación, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2000, p. 14

¹¹ *ibidem*

La Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena (Comunidad Andina) 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.

INICIATIVAS EN PRO DE UNA LEY DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA:

En los actuales momentos, existe una clara conciencia de la necesidad de esta ley. Los más distinguidos editorialistas de la prensa nacional vienen tratando del tema desde diversos ángulos. Se tiene conciencia de que "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 redundaría 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",² (Washington Herrera). Añadiremos que 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.

A nivel mundial se ha debatido acerca de la necesidad de la promulgación de una ley sobre la materia. En un documento de la OMC" se dice: "A parte de los argumentos a favor de la pertinencia fundamental de una política de competencia como pieza esencial del desarrollo, algunas delegaciones pusieron en duda la necesidad de una ley general de competencia como medio para llevar a la práctica la política de competencia. Al respecto, se alegó además que, de hecho, la política de competencia comprendía la gama completa de medidas oficiales con repercusiones en la estructura y el comportamiento del mercado, incluidas las medidas oficiales con repercusiones en la estructura y el comportamiento del mercado, incluidas las medidas de liberalización del

ii
15.05.2001

¹³ Organización Mundial de Comercio, Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, WT/WGTCP/W/80 de 18 de septiembre de 1998, pp.18-19

comercio. Por consiguiente, la adhesión a una política de competencia **no** implicaba necesariamente la adopción de una legislación de corte tradicional sobre la competencia... Respondiendo a esta argumentación, otras delegaciones opinaron que, si bien era perfectamente posible que un país aplicara una política de competencia sin adoptar una legislación en la materia, la existencia de una tal legislación aportaba importantes beneficios. Entre ellos, cabía mencionar que proporcionaba a la política fuerza de ley, obligatoriedad y estabilidad, ampliaba la capacidad de adaptación de nuevas técnicas de análisis aplicables a todos los sectores y reducía el peligro de «sumisión» institucional de la autoridad central encargada de la competencia, en comparación con la situación de los órganos de regulación especializados en determinados sectores de la economía", argumentos muy valederos que convencen acerca de la necesidad de dictar una ley de la materia, a más del mandato constitucional en el caso ecuatoriano.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo ha desplegado desde hace algunos años una prolífica labor en orden a alentar el que se dicte una ley como la reclamada, 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."

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, intitulado "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 simultá-

Publicación de Naciones Unidas, Ginebra, 2000

neamente para fomentar al máximo el desarrollo económico en virtud de un crecimiento equitativo y eficiente y para aumentar el bienestar del consumidor"15.

Este documento nos presenta los efectos negativos de la no aplicación de una política de competencia al inicio del proceso de apertura y privatización. En efecto, dice: "En una comunicación de Corea al Grupo de Trabajo figura un ejemplo ilustrativo de la manera en que, de no aplicarse la política de competencia en una fase suficientemente temprana del proceso de desarrollo, puede que haga falta emprender más adelante una costosa reestructuración industrial. En la comunicación se llega a la conclusión de que "...de haberse introducido antes una política de competencia, el desarrollo económico de Corea habría resultado más sólido y equilibrado. En las primeras etapas de desarrollo se prestó muy poca atención a los efectos estructurales negativos de la concentración económica y a las distorsiones de la estructura de mercado. De ahí que Corea haya de acometer ahora la muy difícil tarea de reestructurar su industria, que podría haberse evitado si se hubiera introducido una política de competencia antes de que llegara a distorsionarse la estructura del mercado."

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 intitulado "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?" y responde: "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

¹⁵ WT/WGTCTI/W/140, p. 2

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 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 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."

En nuestra patria, en la Comisión de Defensa del Consumidor, del Usuario, del Productor y del Contribuyente del Congreso Nacional se ha elaborado un proyecto de ley, que ha tenido como punto de partida los que fueron presentados por el diputado Rafael Dávila para la protección de la libertad económica, por el diputado Julio Noboa intitulada "Ley Antimonopolio y de la Libre Competencia", el presentada por un numeroso grupo de legisladores encabezados por la diputada Susana González, intituloado "Ley de Protección de las Libertades Económicas", así como el elaborado por el Ministerio de Comercio Exterior y está

siendo analizado en múltiples mesas de trabajo y foros de discusión, antes de ser presentado a primer debate en el Congreso Nacional. Es oportuno que este proyecto alcance la mayor difusión posible a fin de que todos los sectores de la sociedad ecuatoriana involucrados en el tema hagan llegar sus observaciones para que la ley que se llegue a expedir recoja, en forma democrática, los criterios de dichos sectores.

PRINCIPIOS QUE HAN DE INSPIRAR UNA LEY SOBRE LA COMPETENCIA:

En las líneas siguientes, se procurará hacer una aproximación a lo que la ley que se promulgue sobre esta materia deberá contener.

La filosofía que ha de inspirar una ley que promueva y proteja la libre competencia económica ha de ser 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 irrestricto, porque ha de insertarse dentro de lo que, desde la perspectiva de la Constitución Económica de la República 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."

Es necesario recuperar el enfoque positivo en el tratamiento del tema, lo que ha de manifestarse inclusive en la terminología. Hernán Pérez Loose,¹⁸ con acierto dice: "Por ello es que 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»."

¹⁷ Luis José Díez-Canseco Núñez: "Competencia e Integración en América Latina: su importancia y los temas que deberían ser considerados" en "Temas de Derecho Industrial y de la Competencia" 4, julio-diciembre 1999, Derecho de la Competencia, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 50.

PÉREZ Loose, Hernán. "Legislación antimonopolio", El Universo, Guayaquil, de 19.09.2000

Pero el cambio de enfoque es mucho más que semántico, es sobre todo revalorizador de la libertad de actuación de los agentes económicos. Ello lleva a que no se tenga como eje de la regulación el control de una estructura "monopólica" de 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 ha de respetar las leyes del mercado, obviamente regulado por el Estado, el cual no puede asumir otro papel que el que le fija la Constitución.

La ley no ha de alentar el intervencionismo del Estado en la economía asumiendo el papel de empresario, excepto en los casos específicos señalados por la *ley* fundamental, pero aún en ellos no debe perderse de vista que ha de garantizar que los servicios públicos prestados bajo su control y regulación, respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad velando porque sus precios o tarifas sean equitativos (artículo 249 de la Constitución Política).

La *ley* no puede concebirse como un ordenamiento de naturaleza penal, fundamentalmente ha de buscar persuadir a los agentes económicos a que "construyan" el mercado, por ello se deben adoptar ciertos mecanismos como sería, por ejemplo, la posibilidad de que a quien se imputa prácticas ilegales ofrezca un compromiso de cesar en ellas.

Hay realidades cuya modificación no se logrará de inmediato porque obedecen a condicionantes económicos, sociales, políticos y culturales que, mientras no cambien, obstaculizarán la transformación. Así, la concentración del capital en pocas manos es un hecho cierto que cada vez se va agudizando más; el tamaño del mercado dificulta seriamente la presencia de muchos agentes; igualmente, la informalidad es un factor cultural que pesa enormemente, etc. Son ejemplificativos los siguientes datos relativos a la concentración industrial en el país, que nos trae el economista Patricio Ruiz. De un total de 57 ramas industriales, la concentración:

Es muy alta:	en 30 ramas
Es alta:	en 20 ramas
Es media:	en 7 ramas
Son competitivas:	0 ramas

Es decir, de las cincuenta y siete ramas de industrias examinadas, ninguna es competitiva. En algunas ramas, la concentración en 4 o menos establecimientos llega al ciento por ciento de la producción'.

Hay que procurar manejar estas situaciones con realismo, aplicando la llamada "regla de la razón" (rule of reason), lo que implica un análisis caso por caso para determinar si la práctica debe impedirse o sancionarse. "Tal análisis debe ser lo suficientemente amplio para medir todos los efectos, positivos y negativos, que puede tener la práctica sobre la economía, tanto en el corto como en el mediano y largo plazo"²⁰ ya que ciertas prácticas podrán ser contrarias a la libre competencia pero en determinados supuestos habrá que permitir las si es que el beneficio social es mayor, salvo naturalmente cuando se trate de conductas dolosas, que bordeen o se hallen de lleno en el campo penal, como serían los acuerdos colusorios, que de ninguna manera pueden tolerarse siquiera, peor admitirlos.

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. Por ello, si bien la ley no ha de ser represiva, sin embargo la autoridad ha de estar dotada de los medios idóneos para que logre que sus decisiones sean efectivas y que desaliente la adopción de conductas anticompetitivas. Se halla todavía fresco el recuerdo del episodio de principios del año 2001, en que frente a una infracción muy grave (espionaje telefónico) en primer momento se sancionó a ANDINATEL con una suspensión del servicio, que en definitiva constituía sanción a los usuarios del mismo y una flagrante violación de sus derechos fundamentales; y posteriormente, ante el reclamo del conglomerado social se sustituyó por una multa irrisoria, en nada disuasiva de una conducta anticompetitiva.

¹⁹ RUIZ, Patricio: conferencia "Indicadores de Productividad y Competitividad de la Industria Manufacturera en 1996", 2'. l'arte

QUIROGA, María del Rosario y RODRIGUEZ, Miguel: LA Concentración de Empresas y la Libre Competencia", Lima, Fundación M. J. Bustamante De la Fuente, 1997, p. 48

II

CONTENIDO DE UNA LEY DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA:

A continuación se expondrá lo que se estima debe ser el contenido de la ley:

CONVENIENCIA DE UN GLOSARIO

Por ser materia nueva, la Ley Tipo de la UNCTAD ha considerado conveniente y recomienda que, de forma introductoria, conste un glosario con las definiciones fundamentales.

Esta técnica de legislar en materias nuevas y altamente técnicas ha demostrado ser muy útil porque facilita enormemente la comprensión y aplicación uniforme de la ley.

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 cabal comprensión de la ley y su aplicación uniforme.

OBJETIVOS O PROPÓSITOS DE LA LEY

La ley tipo de UNCTAD sugiere como posibles objetivos o propósitos de la ley *el* "controlar o eliminar los convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, las fusiones o 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."

Sin lugar a dudas que, desde un punto de vista estrictamente económico, los objetivos antes señalados son correctos, pero son insuficientes, ya que nuestra Constitución Política (artículo 244 N . 3) ha dispuesto que además se promueva el desarrollo de actividades y mercados competitivos e impulse la libre competencia, a más de sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan o distorsionen, todo ello dentro del marco de la economía social de mercado.

Por lo tanto, la ley debe tener como objetivos o propósitos, 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.

SUJETOS A LOS QUE SE APLICA LA LEY

La ley tipo de UNCTAD estima que este cuerpo normativo debe aplicarse a:

- a) toda empresa, con respecto a todos sus convenios, actos o transacciones relativos a bienes, servicios o propiedad intelectual;
- b) toda persona natural que, obrando en su capacidad privada como propietario, gestor o empleado de una empresa, autoriza la realización de prácticas restrictivas prohibidas por la ley o participa o colabora en ellas;

c) en cambio no se aplica a los actos soberanos del Estado o de las administraciones locales, ni a los actos de las empresas o personas naturales impuestos por el Estado o las administraciones locales o por departamentos de la Administración que actúen dentro del ámbito de sus facultades delegadas, o realizadas bajo su supervisión.

El concepto de empresa es económico y no jurídico; es toda organización que se dedica habitualmente dentro del giro ordinario de sus actividades, a la provisión de bienes y servicios al público en general. Estas organizaciones de los factores de la producción (elemento dinámico) cuentan con un patrimonio o hacienda (elemento estático) y pertenecen a un empresario (elemento humano). Pero ni la empresa, como elemento dinámico, ni la hacienda, como elemento estático, constituyen centros de imputación jurídica, es decir, no son titulares de derechos ni sujetos de obligaciones. Son los empresarios, es decir, los titulares de la dominalidad de las empresas, quienes constituyen centros de imputación jurídica.

Estas empresas pueden pertenecer a una o más personas naturales o jurídicas, de derecho público del régimen nacional, seccional o especial; o de derecho privado, entre estas últimas se comprenden las sociedades o compañías de personas, de capital o mixtas, las cooperativas, las asociaciones y cualquier forma asociativa no comprendida en la enumeración anterior, aunque no goce de personalidad jurídica; bien puede ocurrir, además, que la titularidad de la empresa se ejerza a nombre propio o por intermedio de sucursales, filiales, sociedades participadas u otras entidades directa o indirectamente controladas por el titular.

En la ley que se dicte deberá decidirse si se personaliza a la empresa convirtiendo a la organización en centro de imputación jurídica, o si se somete a las disposiciones de la ley a los titulares de tales empresas. Parece más conforme con nuestra tradición jurídica que sean los propietarios de las empresas, es decir, quienes se constituyan en "agentes económicos" los que se sometan a la ley.

Pero como la titularidad de las empresas muchas veces se ejerce indirectamente, sería necesario que también se aplique la ley a las personas naturales o jurídicas que ejerzan la dirección o la representación de las empresas en cuanto tales personas participen en la toma de decisiones de actos y prácticas prohibidas por la misma.

La ley también debe aplicarse a las actividades que el Estado se haya reservado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 118 N. 5 y 6 de la Constitución Política del Estado y 2 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, con las peculiaridades que contemplen las leyes sectoriales.

La ley únicamente puede tener ámbito territorial, por lo que no se podría pretender en caso alguno aplicarse más allá de las fronteras patrias²¹; pero en muchas ocasiones hay decisiones empresariales atentatorias contra 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, 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 3. 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". 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", 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

²¹ Estas situaciones son frecuentes y obligan a los estados a adoptar medidas para impedirlos. Un caso muy interesante es el del llamado "cartel de la lisina": el 7 de junio del 2000, la Comisión Europea impuso multas por importe total de 110 millones de euros a cinco empresas (Archer Daniels Midland Co. de los Estados Unidos, Ajinomoto Co. y Kyowa Akko de Japón, Cheil Jedan y Sewon de Corea) por cuanto la investigación *de la* Comisión demostró que tales empresas fijaban los precios de todo el mundo, incluido el espacio económico europeo, y con el objeto de mantener los precios fijados, las cinco empresas fijaban también cuotas de venta e intercambiaban información confidencial al menos desde julio de 1990 hasta junio de 1995: ver: La política de competencia en la comunidad europea, 2000, Comisión Europea, Dirección General de Competencia, Bélgica, 2001, p. 26

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"; 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.

CAMPO DE ACCIÓN DE LA LEY

Como se ha señalado antes, la ley debe:

- a) promover una "cultura de la competencia";
- b) controlar y eliminar las actividades anticompetitivas de los agentes económicos; y,
- c) controlar que las empresas que presten servicios públicos o que desarrollen actividades de interés económico general adopten o mantengan medidas que constituyan prácticas acordes con la libre competencia.

Un asunto de gran interés es el relativo a las prioridades para la aplicación de las leyes y las políticas de competencia en las economías en desarrollo y en transición. Indudablemente que la ley que se promulgue deberá contener el tratamiento de todas las materias señaladas, pero hay consenso a nivel internacional que las prioridades para la aplicación de elementos específicos de las leyes y políticas de competencia en los países en desarrollo y en transición deberán tener en cuenta las circunstancias y la dotación institucional de esos países, se ha puesto de relieve la ventaja que representa para los países el comenzar por los aspectos más básicos de la legislación y la política en materia de competencia (por ejemplo, las disposiciones relativas a los cárteles horizontales y al abuso de posición dominante) además de las tareas de promoción, para luego avanzar hacia aspectos más complejos, como el tratamiento de las limitaciones verticales del mercado²²

²² OMC, WT/WCTCP/W /SO cit., p. 20

PROMOCIÓN DE LA "CULTURA DE LA COMPETENCIA"

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. De ahí que se requiere un esfuerzo para crear la «cultura» de la competencia. El fomento de la competencia empieza en la propia administración del Estado, mediante la formación de sus funcionarios y la adecuación de los planes de estudio académicos de las universidades. A fin de concientizar a la sociedad es preciso explicar a las empresas y a los profesionales liberales el objetivo de la economía de libre mercado y la utilidad de legislar en defensa de la competencia. Resulta sin duda más arduo aplicar las reglas de defensa de la competencia en América Latina que en economías de alto grado de desarrollo industrial, como las existentes en la Unión Europea."

Es importante recalcar que, a nivel internacional, se advierte el interés y se subraya la importancia de construir una "cultura de competencia como medio para complementar y acentuar los efectos positivos de la aplicación de las leyes y políticas de competencia", pero "Esto implica un proceso de educación del público para facilitar la aceptación de los principios de la política de competencia como elemento central de una política económica nacional, tanto a nivel político como en el seno de la comunidad empresarial de la ^{pl}is".²⁴

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 N. 3 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

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 4, citado, pp. 186-187

²⁴ OMC: WT/WGTC/P/W /80 cit., p. 21

impulsen la libre competencia. Para ello, se debe crear una agencia que participe mediante delegados y como órgano consultivo en los organismos públicos que planifiquen, ejecuten o controlen políticas o promulguen normas jurídicas relativas a las actividades económicas relacionadas con la competencia, y que coordine con las organizaciones de proveedores y consumidores la ejecución de planes de difusión de esta cultura. Es, sin lugar a dudas, una de las grandes tareas que debe asumir el Gobierno Nacional, en sus esfuerzos por lograr la modernización del Estado y que la sociedad ecuatoriana encuentre el rumbo de su progreso y de la vigencia plena de la democracia y la justicia social.

CONTROL Y LA ELIMINACIÓN DE LAS ACTIVIDADES ANTICOMPETITIVAS DE LOS AGENTES ECONÓMICOS

El punto de partida de la ley debe ser, como se ha señalado insistentemente, que los agentes económicos tienen libertad para concertar acuerdos o adoptar prácticas conducentes a la mayor eficiencia o competitividad.

Pero 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.

Se entiende por **posición dominante en el mercado** "la situación en que una empresa, por sí o conjuntamente con algunas otras empresas, está en condición de controlar el mercado pertinente para un determinado bien o servicio o un determinado grupo de bienes o servicios" (Ley tipo de UNCTAD).

Dromi señala: "Se ha definido a la posición dominante como la situación *de* una empresa que *le* permite sustraerse de una competencia efectiva, de modo tal de posibilitarle actuar en el mercado sin necesidad de tener en cuenta las reacciones de sus competidores, clientes o consumidores, mientras que estos deben en cuenta las suyas. Esta situación puede darse por su grado de participación en el mercado, la disponibilidad de conocimientos técnicos, materias primas o capitales, que le permite determinar los precios o controlar la producción o la distribución de una parte significativa de los productos en cuestión. No neces-

riamente debe **eliminar** toda voluntad de parte de sus competidores, sino que basta con que sea lo **suficientemente fuerte en conjunto**, como para asegurar a estas empresas una independencia global."

Por mercado relevante (o pertinente) "se entiende la línea de comercio en la que se ha restringido la competencia y la zona geográfica correspondiente, en cuya definición quedan incluidos todos los productos o servicios razonablemente sustituibles, y todos los competidores cercanos, a los que el consumidor podría acudir a corto plazo si la restricción o el abuso diera lugar a un incremento no insignificante de los precios" (Ley tipo de UNCTAD). Dromi señala que "el mercado relevante hace referencia a un mercado «determinado». Es un mercado concreto y no un concepto abstracto. Para delimitar el mercado relevante se toman en cuenta entonces un conjunto de variables, en el que se integran los productos o servicios que interesan, el espacio geográfico, un período de tiempo determinado, los consumidores y los competidores, reales y potenciales. Todo este conjunto va a encuadrar en concreto la situación en la cual se verifica la competencia y la transparencia en que se desarrollan las transacciones."²⁶

Debe advertirse que, como anota el mismo Dromi, "no toda posición dominante constituye una infracción al régimen de libre competencia. El ilícito se plantea sólo en el caso de que exista una **explotación abusiva** de la misma. Es decir que la figura se tipifica con el **abuso**, cuando se exceden los razonables límites de ejercicio de las potencialidades favorables, provocando algún tipo de afectación a la competencia (actual o potencial). La conducta abusiva también ha sido descripta como la «explotación desleal» de una posición dominante, implicando una violación del deber general de buena fe en las relaciones negocialas. Desde el momento en que una posición dominante por sí misma no está prohibida, no debería haber restricción alguna en la conducta normal y razonable de una empresa en tal situación, por ejemplo incrementando la producción, innovación, reducción de los costes, organización eficiente, etc." Pero el mismo autor señala que "sin embargo, frecuentemente es difícil distinguir la conducta permitida a una empresa que se halla en posición dominante y la prohibida por abusiva. Ello supone que será una cuestión de hecho y de grado en la que se deberán tener en cuenta

Op. cit., pp. 104-105

²⁶ Op. cit., p. 246

** Op. cit., p. 105

aspectos como: 1) si el tipo de conducta es claramente restrictiva de la competencia o poco leal; 2) si la conducta de que se trata es una práctica normal en la industria; 3) si ya se domina el mercado; 4) si la conducta de que se trata produce algún tipo de efecto, directo o indirecto, en los competidores y clientes; 5) si la intención de la empresa en posición dominante es la de excluir a terceros, o se trata de una respuesta legítima a la competencia; 6) si existe proporcionalidad de la conducta en relación a la amenaza percibida, si es que la hubiere; 7) el aspecto temporal, puesto que la posesión de una cuota de mercado elevada no coloca a la empresa que la ostenta en una situación de fuerza, si la misma no tiene un carácter duradero; 8) la integración vertical, como es el caso de las empresas que producen, manufacturan y venden, en la medida que la integración reduzca la posibilidad de los terceros de acceder a las actividades en cuestión; 9) la capacidad financiera, en la medida que otorga poder a la empresa, que incida en su posición competitiva en el mercado". Finalmente, se debe anotar que "la posición dominante admite diversos grados de intensidad, de acuerdo a las características del mercado en el que se desarrolla su existencia. Puede consistir en una influencia que no sea demasiado representativa, creciendo hasta su máxima expresión, constituida por el grado extremo de control del mercado: el monopolio, situación que implica la desaparición de la competencia."

Las prácticas anticompetitivas son definidas como "aquellas conductas emprendidas por una firma, en un mercado determinado, que por sí mismas o conjuntamente con la conducta de otros agentes asociados con ella, causan o tienen la posibilidad de causar efectos de restricción, distorsión o prevención de la competencia a nivel de producción, distribución o adquisición de bienes"²⁹

En la doctrina se distinguen diversas modalidades contrarias a la competencia porque las limitan, falsean, restringen o distorsionan: así, hay prácticas unilaterales que tienen por objeto obstaculizar la actuación de la competencia en el mercado, o impedir el acceso a éste de otros posibles concurrentes, y hay prácticas colusorias cuando las acciones

Ibidem, p. 107

²⁹ CARPIO, Miguel R.: Análisis Económico de la Legislación de Competencia, Superintendencia para la Promoción y la Protección de la Libre Competencia, Caracas, 2001, p. 4

típicas de limitar, falsear, restringir o distorsionar el juego de la libre competencia se producen a través de un comportamiento concertado, un acuerdo o una decisión de una asociación de empresas que tienen por objeto o producen o pueden producir este efecto. "La colusión consiste en un acuerdo entre competidores (agentes que se encuentran en el mismo nivel del canal de distribución), que tiene por objeto causar perjuicio a otros competidores o a los consumidores."

Igualmente, se diferencia entre:

- a) prácticas horizontales, que son las realizadas entre empresas que operan en un mismo mercado relevante, hallándose en posición de competir entre ellas, con la finalidad de limitar, falsear, restringir o distorsionar el juego de la libre competencia. Carpio señala que "Cuando un grupo de empresas practica formalmente la colusión, se dice que están estableciendo un cártel y el mismo entra en la categoría de acuerdos horizontales. La cartelización consiste en un acuerdo entre un grupo de competidores que tiene por fin limitar la competencia entre ellos, lo que los convertiría en un monopolio. Una vez que se da un cártel, todos aquellos beneficios derivados de la competencia se pierden, debido a que los mecanismos de la competencia, cuya esencia es la rivalidad, son suprimidos. Simplemente cuando un grupo de competidores se carteliza, se convierte en un monopolio y actúa como tal, es decir tiene plena capacidad para alterar las condiciones de mercado"³¹;
- b) prácticas verticales, que son las realizadas entre empresas que operan en distintos niveles o en fases sucesivas de la producción o la distribución de un mismo producto o servicio, así mismo con la finalidad de limitar, falsear, restringir o distorsionar el juego de la libre competencia; y,
- c) operaciones de concentración económica, o sea las fusiones, absorciones, establecimiento de empresas conjuntas, vinculación por medio de directores comunes, compras de acciones o participaciones societarias y otros medios de adquisición de control, sean verticales, horizontales o de conglomerados, que busquen obtener una posición dominante o monopólica que podría derivar en abusos, o crear o consolidar una estructura de mercado oligopólica o incrementar las

Ibidem

³¹ Op. cit., p. 4

facilidades para efectuar una coordinación de comportamientos con la finalidad de limitar, falsear, restringir o distorsionar la libre competencia.

Pero, como se ha visto antes, muchas de las prácticas y de los acuerdos pueden ser legítimos. El problema radica en establecer cuándo son tales y cuándo no. Debe distinguirse los casos en que las prácticas y acuerdos son ilegítimos, porque entrañan desviación de su objetivo natural y su empleo para suprimir o distorsionar la competencia abusando del derecho, de aquellos en que son ilegales porque el ordenamiento jurídico no puede admitirlos de modo alguno y los ha prohibido porque, entrañan conductas abiertamente contrarias a derecho.

La ley deberá distinguir con toda claridad entre unos y otros: para ello, deberá realizar dos enfoques diferentes:

El primero, denominado "per se", establece que ciertas prácticas o acuerdos son siempre ilegales porque constituyen por sí mismos ataques inaceptables a la competencia, a la organización económica y social del Estado o a los principios fundamentales del derecho, sin que sea necesario evaluar o probar su impacto negativo sobre la competencia, la eficiencia o el bienestar de los consumidores, siendo suficiente probar que el acto se ha producido para sancionarlo: se estaría frente a prácticas o acuerdos ilegales.

El segundo enfoque, conocido como "regla **de la razón**" (rule of reason), según el cual para impedir o no una determinada práctica o acuerdo que pueda producir efectos anticompetitivos, parte de la evaluación de los resultados, de manera que sería legítimo realizarlos salvo que se demuestre que hubo una desviación de su fin natural y se cometió un abuso del derecho (casos de ilicitud), o que los efectos negativos sobre la competencia y la eficiencia o el impacto perjudicial sobre los consumidores sean mayores que los beneficios que se podrían alcanzar (casos de inconveniencia). "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 es fácil determinar lo razonable de una específica excepción a la competencia, tanto para las empresas directamente involucradas como para el bienestar público".³²

Troya y Grijalva: op. cit. p. 18

ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Insistentemente se ha señalado que, salvo los casos de acuerdos colusorios o de competencia ilícita en que las conductas están tipificadas como contrarias al ordenamiento legal, en general no existe razón para prohibir la posición de dominio en un mercado relevante, sino el abuso de esta posición. Velilla nos trae lo expresado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, interpretando el artículo 86 del Tratado de Roma: "Declarar que una empresa tiene posición dominante no es por sí mismo un reproche sino que simplemente significa que, sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina".³³

Suelen señalarse como típicas conductas que implican abuso de posición dominante la fijación abusiva de precios, los precios predatorios, la negativa injustificada a contratar, entre otras ³⁴

La Constitución Política de la República, en su artículo 244 N . 3 dispone que se impulse la libre competencia y se sancione, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen: estas prácticas son, precisamente los abusos de posición dominante.

CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS HORIZONTALES

Por regla general, las empresas competidoras o potencialmente competidoras entre sí pueden concertar acuerdos o, en general, adoptar prácticas conducentes a alcanzar la mayor eficacia o competitividad; sin embargo, están prohibidas de llevar a cabo aquellas que limiten, falseen, restrinjan o distorsionen la competencia, tales como:

- a) la fijación concertada de precios u otras condiciones de venta: "La fijación de precios figura entre las formas más corrientes de prácticas comerciales restrictivas y, tanto si afecta a bienes como a servicios, se

³³ VELILLA; Marco: Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante, en Derecho de la Competencia, Belisario Betancourt et. al. : Santa Fe de Bogotá, El Navegante Editores, 1998

³⁴ BULLARD, Alfredo C.: Los procesos de integración y el abuso de posición de dominio en el mercado: dilema de la competitividad, en Temas de Derecho Industrial y de la Competencia, 4, cit., pp. 33-36

considera en muchos países ilícita per se. La fijación de precios puede producirse en cualquier escalón del proceso de producción y distribución. Puede consistir en convenios sobre precios de los productos primarios, los insumos intermedios o los productos acabados. También puede consistir en convenios relativos a formas específicas de cálculo de los precios, incluidos la concesión de descuentos y rebajas, la elaboración de listas de precios y sus variaciones y el intercambio de información sobre los precios."³⁵

- b) las licitaciones colusorias: "Las licitaciones colusorias son intrínsecamente anticompetitivas, pues se oponen a la finalidad misma de la convocatoria de licitación, que es la adquisición de bienes o servicios a los precios y a las condiciones más favorables. La licitación colusoria puede adoptar diferentes formas: pactos para presentar ofertas idénticas, pactos para determinar quién presentará la oferta más baja, pactos para presentar ofertas ficticias (ofertas deliberadamente infladas), pactos para no pujar uno contra otro, pactos sobre normas comunes para calcular los precios o condiciones en las ofertas, pactos para "dejar fuera" a los licitantes independientes, pactos para designar de antemano a los rematantes por rotación o con arreglo a criterios geográficos o de clientela. Tales pactos pueden prever un sistema de compensación de los licitantes a los que no se haya adjudicado el contrato basado en determinado porcentaje de los beneficios de los adjudicatarios con el fin de repartirlo después de cierto plazo entre los licitantes a quienes no se haya adjudicado el contrato."³⁶
- c) el reparto de mercados o de la clientela: "Los acuerdos entre empresas de repartición de mercados y de la clientela implican la asignación a determinadas empresas de determinados clientes o mercados para los productos o servicios de que se trata. Tales acuerdos tienen por objeto, en especial, consolidar o mantener determinada estructura del comercio mediante la renuncia a la competencia por parte de las empresas competidoras respecto de su clientela o sus mercados respectivos. Tales acuerdos pueden ser restrictivos con respecto a una determinada línea de productos o con respecto a un determinado tipo de clientes."³⁷

UNCTAD: Ley tipo, cit., comentarios, p. 28

³⁶ Ibidem

³⁷ UNCTAD, op. cit., p. 29

- d) la restricción de producción o ventas, en particular por medio de cuotas; "Los acuerdos de repartición de mercados también pueden concebirse en forma de asignaciones cuantitativas en vez de estar basados en una distribución de territorios o de clientela. Tales restricciones se aplican a menudo a los sectores donde hay una capacidad excedente o donde el objetivo es el alza de precios. Con arreglo a esos sistemas, las empresas suelen convenir en limitar los suministros a una proporción de sus ventas anteriores y, con objeto de velar por el cumplimiento **de ese** pacto, muchas **veces se** crea un fondo común y se exige a las empresas cuyas ventas son superiores a su cuota a que hagan pagos al fondo con objeto de compensar a las empresas cuyas ventas son inferiores a su cuota." 38
- e) las negativas concertadas a tratar o negociar, que pueden incluir negativas a adquirir o a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. "Las negativas concertadas a adquirir o a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios, o la amenaza de tal negativa, son uno de los medios más corrientes empleados para obligar a los que son miembros de un grupo a seguir la línea de conducta prescrita. Los boicoteos se consideran ilegales en varios países, especialmente cuando tienen por objeto asegurar la observancia de otros acuerdos como los de imposición colectiva de precios de reventa y los de exclusividad."³⁹ Mediante el boicot se puede limitar la competencia sea aislando y creando barreras de entrada a la empresa afectada, o precipitando la salida a las que ya están en el mercado. Sin embargo, "hay que distinguir esta negativa colectiva a negociar y la legítima facultad que tiene una empresa de negarse a contratar individualmente. Esta negativa individual puede deberse a razones empresariales y se halla dentro del ejercicio de la libertad de empresa." 40 Lo que se prohíbe es el abuso en *el* ejercicio de esta libertad, con el objetivo de impedir el acceso de nuevos competidores al mercado o expulsar de él a los que ya están.
- f) La denegación colectiva injustificada de participación en un acuerdo, o de admisión en una asociación, que sea decisiva para la competencia. "En la esfera de la producción y venta de bienes y

•• Ibidem

³⁹ UNCTAD, Ley tipo, comentarios, p. 31

⁴⁰ Troya y Crijalva: op. cit., p. 24

servicios es corriente ser miembro de asociaciones profesionales y comerciales. Tales asociaciones suelen contar con ciertas normas de admisión y, en circunstancias normales, se permite el ingreso de los que reúnen tales requisitos. No obstante, las normas de admisión pueden redactarse de modo que excluyan a ciertos posibles competidores, bien estableciendo una discriminación en perjuicio de ellos, o bien creando un "coto cerrado". Sin embargo, conforme a la resolución dictada en los Estados Unidos, intereses profesionales válidos pueden justificar la exclusión de las asociaciones profesionales de determinados individuos. La denegación colectiva de participación en un acuerdo también puede consistir en la negativa de admisión a un servicio necesario para competir eficazmente en el mercado."⁴¹

CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS VERTICALES:

Al igual que lo dicho en el número anterior, por regla general las empresas pueden concertar acuerdos o, en general, adoptar prácticas respecto de quienes se hallan en distintos niveles o fases sucesivas en la producción o distribución de un mismo producto o servicio, conducentes a alcanzar la mayor eficacia o competitividad; sin embargo, están prohibidas de llevar a cabo aquellas que limiten, falseen, restrinjan o distorsionen la competencia, aunque no siempre son perjudiciales tales restricciones sino que, en realidad pueden ser beneficiosas en determinadas circunstancias o estructuras del mercado, correspondiendo a la autoridad de control examinar y determinar lo perjudicial y beneficioso, aplicando la "regla de la razón".

Suelen citarse como prácticas restrictivas verticales las siguientes:

- a) Fijación de precios predatorios, o sea por debajo del costo para eliminar a los competidores, a fin de mantener o consolidar una posición de dominio, equivale al "dumping" en el comercio internacional. Debe anotarse que muchas veces una venta por debajo de los costos es plenamente justificable, por ejemplo para liquidar las existencias, por lo que se deberá analizar la conducta del agente a fin

^{**} UNCTAD, Ley tipo, comentarios, p. 31
¹² UNCTAD, ibidem, p. 41

de establecer si se busca o no "aplastar al competidor", caso en el cual se estaría ante una práctica desleal que debe ser impedida.

- b) La fijación discriminatoria, o sea injustificadamente diferenciada, de los precios o de las modalidades o condiciones para el suministro o la compra de bienes o servicios; en este grupo se incluyen aquellas discriminaciones que se llevan a cabo "mediante políticas de fijación de precios en las transacciones entre empresas participadas que sobrefacturen o subfacturen los bienes o servicios comprados o suministrados en comparación con los precios fijados para las transacciones similares o comparables que no se realicen entre las empresas participadas";
- c) La imposición de precios de reventa de los productos. "Al imponer precios de reventa se limita la independencia económica del distribuidor y por tanto su capacidad para competir, pues los efectos en los precios de los distribuidores de un mismo producto y marca vienen a ser iguales a los de un cártel o acuerdo horizontal de fijación de precios entre estos distribuidores", pero "desde otro punto de vista se argumenta que la fijación de precios de reventa puede ser pro-competitivo en cuanto al tener los distintos distribuidores de un mismo producto de la misma marca el mismo precio se ven obligados, para atraer clientes, a ofrecer servicios adicionales al consumidor...la fijación vertical de precios puede evitar el abuso de los minoristas y permitir al productor mantener la calidad"⁴⁴, estos y otros argumentos abonan a favor de la fijación de precios de reventa, pero con frecuencia "lo que está ...por detrás de la fijación vertical de los precios es la presión de los comerciantes para que los productores les aseguren un determinado margen de ganancias. También los fabricantes pueden aumentar ganancias mediante el incremento y fijación de precios a sus distribuidores. En ambos casos los perjudicados son los consumidores."⁴⁵ Por lo tanto, el comportamiento del agente económico debe ser examinado a profundidad para establecer las metas reales que pretende alcanzar y los efectos que se den en la realidad. Se puede "recomendar" o "sugerir" un precio de reventa, pero no podrá acompañarse de ninguna forma de presión directa o indirecta para lograr su observancia. Muchas veces se utiliza como

UNCTAI), ibidem, p. 42

⁴⁴ Troya y Grijalva, op. cit., p. 27

" Ibidem

técnica de publicidad engañosa cuando se recomienda precios indudablemente altos para llamar la atención sobre reducciones de precios aparentemente importantes;

- d) Los acuerdos de exclusividad se define como "la práctica comercial en virtud de la cual una empresa recibe los derechos exclusivos, en muchos casos dentro de un territorio determinado, para la compra, la venta o la reventa de bienes o servicios. Como condición para la concesión de tales derechos exclusivos el vendedor con frecuencia exige al comprador que no distribuya ni fabrique productos competidores"⁴⁶ Con frecuencia estos acuerdos implican la asignación de un territorio determinado (repartición de áreas territoriales) o de un tipo determinado de clientela (reparto de clientes), "es decir, un territorio en el cual y una clientela con la cual el distribuidor puede comerciar. Cabe, por ejemplo, que el distribuidor deba limitarse a vender al por mayor el producto de que se trata a los mayoristas o sólo venderlo directamente a los minoristas. La finalidad de estas restricciones suele ser minimizar la competencia interna de la una marca impidiendo el comercio paralelo de terceros. Los efectos de tales restricciones se manifiestan en los precios y las condiciones de venta, especialmente a falta de una fuerte competencia entre marcas en el mercado. Sin embargo, las restricciones a la competencia entre marcas pueden ser positivas o favorables a la competencia cuando exista en el mercado una considerable competencia entre marcas." Estos acuerdos pueden ser procompetitivos ya que, al asegurar a los productores puntos de distribución y a los distribuidores un proveedor confiable, disminuyen los costos de transacción y esto pueden traducirse en menores precios para los consumidores, a parte de que el productor frecuentemente disminuye los precios que cobra al distribuidor como un incentivo o compensación por el hecho de que este no venda productos de otros fabricantes,⁴⁸ pero también "tales restricciones pueden estar dirigidas a privar de suministros a minoristas independientes o que ofrezcan descuentos a fin de imponer precios de reventa y limitar los lugares de venta y servicio... permiten a los proveedores, cuando gozan de una posición de dominio respecto de la oferta del producto de que se trate, aislar

Ley tipo, comentarios, p. 47

⁴⁶ Ibidem

Troya y Grijalva: op. cit., p. 28

determinados mercados entre sí y de este modo practicar la fijación de diferencial de precios según el nivel que admita cada mercado. Además, los sistemas de distribución selectiva tienen muchas veces a impedir la reventa mediante la exportación fuera del territorio asignado por temor a la competencia de precios en zonas en las que éstos se fijan a nivel más alto."⁴⁹ Debe señalarse no obstante que aunque el distribuidor sea "el representante exclusivo del fabricante en una determinada área o territorio, o cuando el fabricante ha regulado el número de distribuidores en esta área, puede existir sin embargo competencia con productos similares de otras marcas. Es decir, el tipo de competencia que se ha eliminado o restringido es solamente el que debería ocurrir entre distribuidores del mismo producto de la misma marca... en un mismo territorio o atendiendo a una misma clientela. Sin embargo se mantiene la competencia con similares productos de otras marcas... lo cual siembra dudas sobre si el distribuidor exclusivo ejerce realmente un poder monopólico... lo realmente perjudicial para los consumidores es restringir la competencia entre productos similares de distintas marcas."⁵⁰ Por ello, estas prácticas deben ser analizadas bajo el enfoque de razonabilidad;

- e) Ventas condicionadas o vinculadas: consiste en la subordinación del suministro de determinados bienes o de la prestación de determinados servicios a la compra de otros bienes o servicios del proveedor o de la persona designada por éste. "El producto «vinculado» puede ser de un género totalmente diferente del producto objeto de pedido o de un producto de una línea de productos similar. Los acuerdos de venta condicionadas se imponen normalmente para la promoción de los productos más difíciles de vender y, en particular, de los que están sujetos a una competencia más intensa de productos sustitutos. El proveedor, a causa de su posición de dominio con respecto al producto solicitado, puede imponer como condición de su venta la aceptación de otros productos."⁵¹ Hay aspectos positivos y negativos en estas prácticas: las ventas vinculadas pueden ser eficientes, reducir costos de producción y distribución y asegurar la venta conjunta de productos de igual calidad; pero desde otro ángulo, esta restricción puede disminuir o eliminar las oportunidades de venta de otros

⁴⁹ UNCTAD, Ley tipo, comentarios, p. 48
Troya y Grijalva, op. cit., p. 29

⁵¹ UNCTAD, Ley tipo, comentarios, p. 48

oferentes de los productos o servicios que han sido vinculados, transfiriendo así el poder monopólico del oferente del producto vinculante al mercado del producto vinculado y, cuando lo que se impone es una línea completa de productos, puede incluso constituirse en barrera de entrada a quienes no están en capacidad de ofrecerla;⁵² por lo tanto, se impone analizar estas conductas bajo el enfoque de ra zonabilidad.

OPERACIONES ANTICOMPETITIVAS DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

Como señalan Quiroga y Rodríguez, "una vez consolidado el régimen económico liberal, se hace evidente la necesidad de evitar algunas prácticas, especialmente las consideradas desleales... En este período se consideraba que tanto los intereses del público como los de los consumidores se encontraban protegidos de una manera indirecta como reflejo de una protección de la empresa. De ahí que las leyes de libre competencia fuera elaboradas e interpretadas de modo que —como objetivo último— se protegiera a las empresas y, de modo especial, a las pequeñas. Se pensó que la mejor forma de impedir las prácticas restrictivas y promover la competencia era protegiendo a las pequeñas industrias de las grandes, evitando el crecimiento de estas últimas. En tal sentido, gran parte de la legislación y a jurisprudencia da cuenta de acciones llevadas a cabo contra grandes grupos económicos. Incluso la denominación de "antimonopólica" para la legislación que regulaba la competencia constituye un claro indicio de la tendencia a destruir el monopolio que existió durante décadas en la doctrina, jurisprudencia y legislación sobre la materia. Probablemente aquellas medidas cuyo objetivo fue impedir la formación y consolidación de grandes grupos económicos lograron promover efectivamente la formación de nuevas empresas y contar con mayores competidores en el mercado, pero eso no significa que el grado de competencia se haya visto incrementado. El grado de competencia de un mercado no depende del número de competidores que éste tenga; mucho menos aún tendrá alguna influencia en la eficiencia de tal mercado. Un mercado puede ser altamente competitivo si tiene a tres grandes empresas compitiendo fuertemente en él. Lo importante es que efectivamente luchen por ganar el mercado —es decir, que compitan—.

Troya y Grijalva, op. cit., p. 31

De otro lado, el tamaño de las empresas es, muchas veces, expresión de una mayor eficiencia económica —expresada en mejores productos a menores costos, con el consiguiente ahorro de recursos y beneficio para los consumidores y la sociedad en general—; por lo tanto, destruir el tamaño, o evitar que una empresa crezca, incluso podría perjudicar la eficiencia": lo anterior lleva a la siguiente conclusión, que es necesario poner de relieve "el objetivo de la libre competencia no debe ser, como fue concebido en un principio, destruir a las grandes empresas para proteger a las pequeñas."⁵⁴ Como señala Aurelio Menéndez⁵⁵ "En relación al objeto de protección se observa el paso de una concepción centrada en la tutela de los intereses individuales de los competidores a una concepción fundada en la protección del orden económico del mercado en función *del* interés privado de los competidores, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado... La deslealtad deja de ser primariamente entendida como un juicio de incorrección profesional... para convertirse en un juicio de inadecuación de los principios del ordenamiento económico (libre competencia, tutela del competidor, etc.)" Como consecuencia de esta reorientación de la disciplina de la competencia los objetivos de la legislación cambian, ya no se trata de proteger a las empresas; "El nuevo protagonista es el consumidor y la nueva meta es maximizar su bienestar como consecuencia de una mayor eficiencia productiva"⁵⁶.

Hay que diferenciar entre concentración económica y concentración de empresas. La primera dice relación al hecho de que la oferta (producción) de un mercado se halla en una o en pocas manos, de manera que tengan un porcentaje significativo del mismo, o sea, que ocupen una posición de dominio. La concentración 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. "La concentración del poder económico se realiza, en particular, mediante fusiones, absorciones, empresas conjuntas y otros modos de adquisición de control, como la vinculación por medio de consejeros comunes... Como

QUIROGA, María del Rosario y RODRIGUEZ; Miguel: La concentración de empresas y la libre competencia, Fundación J.M. Bustamante de la Fuente, Lima, 1997, pp. 39-40
Ibidem.

Citado por Quiroga y Rodríguez, op. cit., p. 41

Quiroga y Rodríguez, op. cit., p. 42

regla general, el control de las fusiones tiene por objeto impedir la creación, por medio de adquisiciones u otras combinaciones estructurales, de empresas que se vean inducidas a ejercer un poder de mercado y tengan capacidad para ello. Se estima que las fusiones en mercados extraordinariamente poco competitivos, o que crean empresas con cuotas de mercado excepcionalmente elevadas, tienen mayores probabilidades de afectar la competencia."⁵⁷ 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 la "regla de la razón". En la Ley tipo se señala que el análisis del control de las fusiones comprende los siguientes aspectos:

- a) Definición del mercado pertinente en función de la línea de productos o el ámbito geográfico,
- b) Identificación de los productos real o potencialmente competidores;
- c) Empresas que pueden competir;
- d) Cuotas e importancia estratégica respectiva de esas empresas con respecto a los mercados del producto; y,
- e) Probabilidad de nueva entrada y existencia de barreras efectivas a la nueva entrada.'s

Se suele distinguir entre uniones temporales y uniones permanentes. "En efecto, las empresas pueden unirse temporalmente para lograr un fin determinado, mediante un cártel o una concentración de comportamientos; o pueden unir de modo permanente -o a largo plazo, de modo estable- sus estructuras, mediante diversos actos o contratos, tales como el contrato de fusión, la adquisición por parte de una empresa de la mayor parte de las acciones de otra, o la compra de activos... Esta distinción resulta de especial importancia, debido a que las consecuencias que pueden generar sobre el mercado una concentración de empresas estable, de largo plazo, pueden ser muy distintas de las que se derivan de una unión temporal de empresas para alcanzar un fin determinado... la unión permanente de dos empresas podría generar un mayor nivel de eficiencia en ambas, beneficiando a los consumidores y promoviendo la competencia, en lugar de restringirla. Las coordinaciones de comportamientos, en cambio, son consideradas como prácticas restrictivas de la, libre competencia porque suelen conllevar algún perjuicio para

⁵⁷ UNCTAD, Ley tipo, comentarios, pp. 49-50
 se Ley tipo, comentarios, p. 51

competencia. En tal sentido, las coordinaciones de comportamientos generalmente son sancionadas **per se**, sin necesidad de hacer un análisis de las razones o las consecuencias que representan, mientras que las uniones estables merecen un tratamiento bastante menos drástico⁵⁹ porque se les aplica la "regla de la razón".

Generalmente, cuando se habla de concentración de empresas, se alude más bien a las uniones permanentes, ya que las uniones transitorias se las trata preferentemente como acuerdos restrictivos horizontales.

Las concentraciones de empresas pueden darse en tres campos:

- 1.- Concentraciones horizontales: cuando se unen dos o más empresas que han estado vendiendo el mismo producto o servicio en una zona geográfica determinada; o sea, se trata de empresas que competían en el mismo mercado relevante antes de producirse la concentración. Se señala que las concentraciones horizontales producen efectos positivos porque permite a la empresa concentrada operar con costos unitarios más bajos, sea por lograr economías del tamaño de planta (economías de escala), o economías multiplanta, o economías de distribución, o ahorros en gastos administrativos y de investigación; pero igualmente se anotan los efectos perjudiciales: la empresa concentrada tiene una posición dominante o monopólica, la misma que podría derivar en abusos; se crea o consolida una estructura de mercado oligopólica, lo que por sí mismo sería inconveniente; la estructura oligopólica incrementaría las facilidades para efectuar una coordinación de comportamientos.⁶⁰

Concentraciones verticales: se producen cuando se unen dos empresas que desarrollan distintas etapas del mismo proceso productivo; se trata, pues, *de la* unión de dos empresas que no han estado compitiendo en el mismo mercado, sino que una de ellas cumplía el papel de proveedor de algún insumo de la otra. "Por lo general, la concentración vertical es beneficiosa sólo para las grandes empresas debido a que este tipo de integración a menudo está sujeta a economías de escala

Quiroga y Rodríguez, op.cit., pp. 88-89
 Quiroga y Rodríguez, op. cit., pp.101-111
 Ibidem, p. 112

Al igual que en el caso anterior, se señalan las ventajas: reducción de los costos de producción o de los costos de transacción, o reducir costos y obtener mejoras en la distribución, o evitar costos no competitivos provenientes de mercados monopolizados o cartelizados, y finalmente obtener ahorros administrativos y de investigación. Pero, también presenta efectos perjudiciales para la competencia: se puede propiciar la discriminación de precios, establecer barreras de entrada al mercado, son la vía para evitar las regulaciones en los mercados que tienen precios o tarifas reguladas 6

- 3.- Conglomerados: existen cuando se unen dos o más empresas que actúan en mercados distintos, o sea que producen bienes o servicios que no están relacionados, por lo que entre ellas no existe ningún vínculo de competencia o de abastecedor-abastecido.

Estas concentraciones empresariales, también producen beneficios al alcanzarse ahorros y economías, como en caso de que se produzcan bienes complementarios, o bienes que utilizan una tecnología similar en su proceso productivo o que pueden complementarse, o el traslado del beneficio de una marca de prestigio con los consiguientes ahorros en publicidad, etc., pero puede tener efectos anticompetitivos como serían: facilitar la reciprocidad obligada, imponer las ventas atadas, coadyuvar a las prácticas de precios predatorios.⁶³

¿AUTORIZACIÓN O REGISTRO?

Un tema de singular importancia, y que está provocando un hondo debate es el relativo a la manera de actuar del organismo de control, frente a las concentraciones.

Hay dos posiciones:

- a) El sistema europeo propugna la necesidad de que previamente a la realización de ciertas prácticas que puedan tener efectos anticompetitivos, así como para las operaciones de concentración que se encuadren en determinados parámetros, se solicite una autorización previa (**ex ante**), de manera que no podrían realizarse tales activi-

Quiroga Rodríguez, op. cit., pp. 111-118
Ibidem, pp. 118-124

dades legítimamente si es que no se ha alcanzado la respectiva autorización.

- b) El sistema norteamericano que fundamentalmente permite la intervención frente a los efectos anticompetitivos de las prácticas, y lo que se exige es únicamente una notificación previa o un registro, para dar oportunidad al órgano de control para realizar el estudio.

Indudablemente que el primer sistema implica un grado de intervención del Estado mucho mayor que el segundo, lo cual ha sido objetado por implicar una seria limitación a la libertad y exigir que el organismo de control alcance un tamaño importante para que pueda atender oportuna y acertadamente todas las solicitudes de autorización, pero en cambio tiene la ventaja de que proporciona mayor seguridad jurídica. El segundo sistema implica un riesgo para la empresa, esto es, el que cuando ya ha realizado sus acciones, podrían ser declaradas ilegales y sancionadas, lo cual indudablemente provoca inseguridad jurídica.

Este tema debe ser cuidadosamente analizado, en todas sus implicaciones, ya que un mal manejo de la figura puede traer consecuencias muy perjudiciales para la economía nacional. Como señalan Quiroga y Rodríguez⁶⁴ "son pocos los casos en los cuales una concentración causaría daños importantes que sobrepasaran los beneficios en eficiencia que también generan. Ello depende de una serie de elementos cuyo análisis es esencial para determinar los efectos finales de la concentración sobre el mercado. Por lo tanto, una regulación sobre concentraciones tendría que ser lo bastante flexible como para permitir un análisis de todos los factores involucrados en *cada* caso, para luego realizar un balance de todos los posibles beneficios y perjuicios que ocasionaría y, finalmente, determinar la conveniencia de permitir o prohibir cada concentración en particular. En cualquier caso, la decisión que se adopte tendrá como base sólo una opinión informada, es decir que se derivará del análisis por anticipado que se haga de las consecuencias que la fusión o la adquisición podría ocasionar, lo que implica que dicho análisis conlleva un importante margen de error." Esta es, posiblemente, la principal objeción al sistema de autorización previa.

Op. cit., p. 125

EL CONTROL DE LAS EMPRESAS QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS

Los servicios públicos y las actividades de interés económico general igualmente deben someterse a la ley de promoción y defensa de la competencia; se ha de velar porque adopten y mantengan medidas que constituyan prácticas acordes con la libre competencia y, se ha de buscar el mayor beneficio a los consumidores, sea para la introducción de la competencia como para el establecimiento de excepciones y regulaciones, teniendo presente lo que dispone el artículo 249 de la Constitución Política.

La norma constitucional antes citada, en su inciso segundo, establece una responsabilidad a cargo del Estado: el garantizar que los servicios públicos prestados bajo su control y regulación, esto es, directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley, respondan a los principios de: a) eficiencia, b) responsabilidad, c) universalidad, d) accesibilidad, e) continuidad, y O calidad; pero no solamente esto, sino que además velará para que sus precios o tarifas sean equitativos. No puede quedar en letra muerta *el* mandato constitucional.

En ningún caso se puede aceptar que los monopolios, sean públicos o privados, aunque tengan como objeto de su actividad los servicios públicos o las actividades de interés económico general, queden librados a su suerte y que puedan repetirse los abusos y las distorsiones a la economía que históricamente acompañaron a los monopolios públicos.

Actualmente existen las llamadas "leyes sectoriales", en las que se contienen parcialmente disposiciones sobre la libre competencia; es posible que, *de* momento, no convenga derogar esa normatividad especializada para que rija una sola ley sobre la materia, pero en todo caso los principios que se consagren en la ley general deben regir supletoriamente en lo que no hayan previsto esas leyes especiales.

LA CONVENIENCIA DE QUE ESTA LEY INCORPORE UNA NORMA GENERAL RELATIVA A LA COMPETENCIA DESLEAL

La Ley de Propiedad Intelectual, en su libro IV contiene una amplia normatividad relativa a la competencia desleal, a más de las disposiciones legales existente en el Código Penal y otros cuerpos normativos.

El artículo 284 señala: "Se considera competencia desleal a todo hecho, acto o práctica contraria a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas."

La expresión actividades económicas, se entenderá en sentido amplio, que abarque incluso actividades de profesionales tales como abogados, médicos, ingenieros y otros campos en el ejercicio de cualquier profesión, arte u oficio.

Para la definición de usos honestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional."

Por su parte, el inciso primero del artículo 285 de la Ley de Propiedad Intelectual dice que "se consideran actos de competencia desleal, entre otros, aquellos capaces de crear confusión, independientemente del medio utilizado, respecto del establecimiento, de los productos, los servicios o la actividad comercial o industrial de un competidor, las aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o los servicios, o la actividad comercial o industrial de un competidor, así como cualquier otro acto susceptible de dañar o diluir el activo intangible o la reputación de la empresa, las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo en el ejercicio del comercio pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la calidad de los productos o la prestación de los servicios; o la divulgación, adquisición o uso de información secreta sin el consentimiento de quien las controle." Esta norma añade en el siguiente inciso: "estos actos pueden referirse, entre otros, a marcas, sean o no registradas, nombres comerciales, identificadores comerciales, apariencias de productos o establecimientos; presentaciones de productos o servicios; celebridades o

personajes ficticios notoriamente conocidos; procesos de fabricación de productos; conveniencias de productos o servicios para fines específicos; calidades, cantidades u otras características de productos o servicios; origen geográfico de productos o servicios; condiciones en que se ofrezcan o se suministren productos o servicios; publicidad que imite, irrespete o denigre al competidor o a sus productos o servicios, o de una celebridad o un personaje ficticio notoriamente conocido."

Concluye el artículo diciendo en su inciso final: "Se entenderá por dilución del activo intangible el desvanecimiento del carácter distintivo o del valor publicitario de una marca, de un nombre u otro identificador comercial, de la apariencia de un producto o de la presentación de productos o servicios, o de una celebridad o un personaje ficticio notoriamente conocido."

Pero lo anterior no es todo. El artículo 286 dice: "Se considera también acto de competencia desleal, independientemente de las acciones que procedan por violación de información no divulgada, todo acto o práctica que tenga lugar en el ejercicio de actividades económicas que consista o tenga por resultado:

- a) El uso comercial desleal de datos de pruebas no divulgadas u otros datos secretos cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable y que hayan sido presentados a la autoridad competente a los efectos de obtener la aprobación de la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos, agrícolas o industriales;
- b) La divulgación de dichos datos, excepto cuando sea necesario para proteger al público y se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal; y,
- c) La extracción no autorizada de datos cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable para su uso comercial en forma desleal."

Respecto de la naturaleza del derecho protegido, Joaquín Rodríguez pregunta: "¿Por qué es ilícita esa competencia? ¿qué derecho es el violado? Decir que las buenas costumbres son las infringidas cuando se habla de competencia desleal, es insuficiente, porque las buenas costumbres lo que hacen es proteger algo y ese algo es el derecho cuya protección constituye la médula del sistema de la competencia desleal. Parece que ese derecho no es otra cosa que el aviamiento. No se comprendería la competencia desleal si no se piensa en la armonía de los diversos

elementos que han sido coordinados para el cumplimiento de un fin; la competencia desleal lo es, porque infringe el derecho de propiedad al aviamiento. "La protección contra los actos de competencia protegen el interés del titular de la hacienda a lo que puede llamarse su cohesión o compacidad" (Carnelutti) En este sentido, puede decirse que la competencia desleal supone necesariamente un acto desviatorio de la clientela, pues es en el público que acude a obtener mercancías o servicios de una empresa en donde claramente se exterioriza el aviamiento." 65

Del análisis de la Ley de Propiedad Intelectual se concluye que ha considerado dentro de los derechos protegidos por ella al aviamiento, o sea, como dice Ascarelli, "la aptitud de la hacienda como instrumento de una empresa, para producir beneficios, el plus valor de la hacienda como instrumento de una empresa respecto de la suma de los valores de los distintos bienes que la componen, aisladamente considerados⁶⁶. Gutiérrez Falla señala: "Es innegable que en la empresa en movimiento, económicamente hablando, existe un valor no representado por la suma total de los bienes que la integran, el hecho resalta a la vista si se tiene en cuenta que en la venta de cualquier empresa mercantil próspera el precio que ha de pedir el vendedor es mayor a la suma de los distintos elementos que componen sus activos menos su pasivo justamente porque el conjunto coordinado de elementos que la componen, adquieren un valor plus por la posibilidad de que su uso produzca una renta mayor que la del uso de cada uno de los elementos considerados aisladamente. Este valor plus, que suele llamarse "good will" o aviamiento, resultado directo de la coordinación, utilización y selección de los factores de la producción, es uno de los fenómenos económicos más típicos e importantes de la empresa mercantil."

Desde esta óptica, parecería innecesario que se incluya el tema de la competencia desleal dentro de una ley de promoción y protección de la competencia. Sin embargo, posiblemente no todo está dicho, ya que la Ley *de* Propiedad Intelectual no alcanza a los actos desviatorios de la competencia que se realizan en perjuicio de la organización económica y de la libre competencia en cuanto tal.

⁶⁵ Joaquín Rodríguez: Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México, 1980, t. 1, p 443
Citado por Laureano Gutiérrez Falla: Derecho Mercantil, La Empresa 1, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 43
Gutiérrez Falla, op. cit., pp. 43-44

EL CONTROL

Se discute la forma del control. Hay que distinguir tres campos diferentes: 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 que se escoja) y la sanción de las violaciones a la ley.

Respecto de la fijación de políticas, podría ser realizada 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 señaló en el apartado 5 relativo a la promoción de una "cultura de la competencia", o establecer un organismo autónomo, del más alto nivel, un Consejo que se integre de representantes de las tres funciones del Estado, de las Universidades (por su capacidad científica) y de los productores y consumidores (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.

Para atender lo que tiene que ver con la ejecución de las políticas, así como del control de las prácticas anticompetitivas, que incluiría la concesión de las autorizaciones para concentraciones, si es que se opta por este sistema, o en caso contrario la recepción de las notificaciones que harían las empresas que pretendan concluir una concentración así como el registro de las mismas, es necesaria la creación de un organismo que tenga a su cargo estas tareas. Podría escogerse entre:

- a) Una fiscalía económica, como el caso chileno, aunque en este supuesto habría que examinar detenidamente las relaciones que este organismo tendría con el Ministerio Público;
- b) Un instituto, a semejanza del IEPI, dependiente de la Función Ejecutiva, lo cual resulta inconveniente porque con frecuencia existirían conflictos por contraposición de posiciones, y aún de intereses, entre esta función del Estado, las empresas y los consumidores, por lo que es necesario que el organismo tenga la mayor autonomía posible.
- c) 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, las superintendencias son los organismos encargados 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.

- d) Que una de las Superintendencias existentes se encargue de estas 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; pero ello podría implicar la desviación de sus fines propios, o el que la actividad de promoción y defensa de la competencia no les sea prioritaria.

En todo caso, deberá cuidarse que el organismo que se cree se halle debidamente desconcentrado, a fin de dar cumplimiento a lo que dispone el artículo 124 de la Constitución Política de la República.

Respecto del conocimiento y resolución de los casos de prácticas violatorias a la ley, a su vez existen dos posibilidades:

1.- Que esta actividad se halle a cargo de la Función Judicial, debiendo la autoridad de control remitir los casos en que se haya establecido administrativamente la infracción de la ley, para su conocimiento y resolución; este sistema es el aplicado en nuestro medio por la Ley Orgánica de Defensas del Consumidor.

Indudablemente que el control judicial es el mejor, porque garantizaría celeridad, transparencia e imparcialidad, pero hay que examinar detenidamente si puede o no operar en nuestra patria, en que la Función Judicial afronta tantos y tan complejos problemas.

El caso chileno es muy interesante; Guillermina Tajan, al comentar acerca de la efectiva aplicación de la ley de defensa de la competencia argentina, analiza el modelo utilizado en Chile y señala que. para reprimir los atentados a la libre competencia, se ha establecido la Comisión Resolutiva que "es el Tribunal de la Competencia de Chile y el órgano máximo del sistema y un verdadero organismo jurisdiccional. Sus atribuciones son amplias, incluso puede requerir el uso de la fuerza pública y dentro de las medidas que puede adoptar se encuentran las siguientes: dejar sin efecto cualquier acto, contrato, sistema, convenio o

acuerdo que estime contrario a la libre competencia; cancelar la personalidad jurídica de cualquier Corporación u ordenar la disolución de cualquier persona jurídica; imponer multas; ordenar el ejercicio de la acción penal, para que la justicia ordinaria sancione el delito penal de "atentado contra la libre competencia".⁶⁸ Teniendo en cuenta el principio constitucional de la unidad jurisdiccional, un organismo de esta naturaleza en nuestra patria debería formar parte de la Función Judicial.

Estas tareas bien podrían estar a cargo de los jueces y tribunales distritales de la propiedad intelectual, por ser materias muy conexas y que requieren de similares conocimientos técnicos, pero no puede repetirse el error actual, es decir, el encargo a otras judicaturas hasta que se produzca la creación de esta jurisdicción especializada (disposición transitoria décima de la Ley de Propiedad Intelectual) ya que se convierten en encargos definitivos; en efecto, han pasado más de tres años desde la expedición de la ley antes citada y no se visualiza que en un futuro próximo se lleguen a establecer los juzgados y tribunales distritales de la propiedad intelectual, por las serias limitaciones económicas y materiales de que adolece la Función Judicial.

2.- Que el mismo organismo de control se encargue de la sanción administrativa, pero 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" (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.

La ley debe dotar al organismo de control de los medios idóneos para que pueda cumplir a cabalidad sus funciones, lo cual implica el reconocimiento de la importancia de sus labores y el correspondiente rango de su personal, la provisión de recursos económicos y materiales,

⁶⁸ TAJAN, Guillermina: Comentarios acerca de la efectiva aplicación de la ley de defensa de la competencia argentina, en *Boletín Latinoamericano de Competencia*, N 13, noviembre 2001, p. 21

que incluya la posibilidad de contratar especialistas en cada rama en que se presenten situaciones a su conocimiento. Igualmente, la potestad sancionadora de las infracciones a la ley debe establecerse con la suficiente energía, sea con penas económicas en montos significativos y la posibilidad de imponer acciones u omisiones a los infractores, como medios reparadores de los efectos perjudiciales de sus conductas.

BIBLIOGRAFIA:

BULLARD, Alfredo C., "Los procesos de integración y el abuso de posición de dominio en el mercado: dilema de la competitividad", en "Temas de Derecho Industrial y de la Competencia", 4, julio-diciembre 1999, Derecho de la Competencia, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000

CARPIO, Miguel R., "Análisis Económico de la Legislación de Competencia", Superintendencia para la Promoción y la Protección de la Libre Competencia, Caracas, 2001,

COMISIÓN EUROPEA, Dirección General de Competencia: La política de competencia en la Comunidad Europea 2000, Bélgica, 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" 4, julio-diciembre 1999, Derecho de la Competencia, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 20(X)

DROMI, Roberto, "Competencia y Monopolio, Argentina, Mercosur y OMC", Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999

ENTRENA CUESTA, "El principio de libertad de empresa", en "El modelo económico en la constitución española", dirigido por Fernando Garrido Falla, t. I, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981

GARCÍA ECHAVARRÍA, "El orden económico en la Constitución", N 8, septiembre-octubre de 1978, de Libre Empresa

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"

GUTIÉRREZ FALLA, Laureano, "Derecho Mercantil", La Empresa 1, Astrea, Buenos Aires, 1985

HERRERA, Washington, "Inflación y libertades económicas", El Comercio, Quito, 15.05.2001

MANCERO, Alfredo, "El régimen económico del Estado Ecuatoriano", en "Los grandes temas de la reforma constitucional", Programa de apoyo al sistema de gobernabilidad democrática, Gobierno del Ecuador-BID, Quito, 1997

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO, Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, WT/WGTCP/W/80, de 18 de septiembre de 1998

ORGANIZACIONES MUNDIAL DE COMERCIO, Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, WT/WGTCP/W/140, de 8 de junio del 2000

PÉREZ Loose, Hernán, "Legislación antimonopolio", El Universo, Guayaquil, 19.09.2000

PITTMAN, Russell: La razón de la política de competencia, especialmente para las economías en desarrollo: <http://www.usia.gov/journals/ites/0299/ijes/pittman.htm>

QUIROGA, María del Rosario y RODRÍGUEZ, Miguel, "La concentración de empresas y la libre competencia", Fundación J.M. Bustamante de la Fuente, Lima, 1997

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 4, julio-diciembre 1999, Derecho de la Competencia, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000

RODRÍGUEZ, Joaquín, "Derecho Mercantil", Editorial Porrúa, México, 1980

RUIZ, Patricio, Conferencia "Indicadores de Productividad y Competitividad de la Industria Manufacturera en 1996", 2⁴. Parte, Quito, U.T.E.

TAJAN, Guillermina: Comentarios acerca de la efectiva aplicación de la ley de defensa de la competencia argentina, en *Boletín Latinoamericano de Competencia*, N 13, noviembre 2001, p. 21

TROYA, José Vicente y GRIJALVA, Agustín, "Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador", informe de investigación, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2000

VELILLA, Marco, "Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante", en "Derecho de la Competencia", Belisario Betancourt et. al., Santa Fe de Bogotá, El Navegante Editores, 1998

Ley Tipo de la UNCTAD, Publicación de Naciones Unidas, Ginebra, 2000.