



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

TESIS DE GRADO PREVIA LA OBTENCIÓN  
DEL TÍTULO DE LICENCIADA EN  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

# CONDICIONES DE LA COMPETENCIA EN EL ECUADOR

MARÍA FERNANDA GUERRERO ORELLANA

DIRECTOR DE DISERTACIÓN:  
DR. DIEGO REGALADO

QUITO, ABRIL 2011



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DEL ECUADOR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

TESIS DE GRADO PREVIA A LA OBTENCIÓN  
DEL TÍTULO DE LICENCIADA EN  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**CONDICIONES DE LA COMPETENCIA  
EN EL ECUADOR**

**MARÍA FERNANDA GUERRERO ORELLANA**

DIRECTOR DE DISERTACIÓN  
DR. DIEGO REGALADO

QUITO, 2011



## **DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA**

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente.

Doctor Diego Regalado Almeida  
**DIRECTOR DE TESIS**



## **DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE**

Declaro que el presente trabajo de investigación es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes bibliográficas correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

María Fernanda Guerrero Orellana  
**AUTORA**



## **AGRADECIMIENTO**

La presente investigación previa a la obtención del título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, no hubiese sido posible sin la colaboración y ayuda permanente de personas que desinteresadamente han sido mi soporte en los momentos donde las fuerzas parecían agotarse.

Primero agradezco a Dios, por estar conmigo en cada paso que doy, por ser mis fuerzas y poner en mi camino a gente buena que ha ayudado a fortalecer mi corazón e iluminar mi mente,

Quiero agradecer a mi familia, a mis padres, Fernando y María Angélica por alentarme, día a día, a seguir adelante; por enseñarme valores que a lo largo de mi carrera como estudiante me han ayudado a no rendirme.

A mi esposo, José Antonio, y mi pequeña princesita María Paz por ser mi fuerza e inspiración para salir adelante y ser mi apoyo y alegría en los momentos más difíciles.



## RESUMEN

El presente trabajo de investigación busca analizar el Derecho de Competencia en el Ecuador, las implicaciones jurídicas que tiene en la sociedad la implantación constitucional de la economía solidaria, en lugar de una economía social de mercado. Así como analizar los incipientes avances en esta materia y la realidad de los agentes económicos en el mercado, con el fin de proponer nuevos mecanismos de actuación del Estado como eje fundamental del desarrollo jurídico económico, en relación a la supervisión, regulación y control del Mercado.

El método de investigación utilizado es el método hipotético- deductivo, esto dado que para iniciar con la investigación se han propuesto hipótesis como consecuencia de datos empíricos, principios, leyes y más generales, adquiridos en el transcurso de la carrera universitaria, la elaboración del plan de tesis, y la situación actual del país. De igual manera es importante la interpretación de la norma jurídica ecuatoriana, así como casos que han causado precedente a nivel internacional en materia de competencia; y adicionalmente es indispensable realizar un análisis razonado que nos lleve a una conclusión sobre el tema considerando que por ser objeto de diversas interpretaciones jurídicas, económicas y sociales, impone la necesidad de que se aplique el método analítico.

Las conclusiones de este tema tendrán como propósito concretar un análisis verdadero y conciente que permita generar una opción para que el Estado, basado en la realidad del mercado ecuatoriano y la situación jurídica del país, adopte medidas de regulación y control de la competencia, que no beneficie ni perjudique a los agentes económicos.

## **ABSTRACT**

The following research analyzes the Right to Compete in Ecuador, the juridical implications that the constitutional implementation of a solidarity economic system has in society, instead of a social market economy. As well as it analyzes the initial advances in the area and the reality of the economical factors in the market, with the objective of proposing new mechanisms of roles of the State as a fundamental axis of juridical economic development, in terms of supervision, regulation and control of the market.

The research methodology used is the hypothetical-deductive method, with this in mind, in order to begin the research, a hypothesis has been proposed as a consequence of empirical data, principals, laws and more general data acquired during the college career, the elaboration of the thesis plan, and the current situation of the country. Likewise, the interpretation of the juridical Ecuadorian policy, as well as the cases that have caused a precedent at a international level in the matter of competition is important; and additionally, it's indispensable to make a reasonable analysis that will lead to a conclusion on the matter considering that due to it being a subject with diverse juridical, economical and social interpretations, the need to apply the analytical methodology rises.

In conclusion, this subject has the purpose to specify a real and sensible analysis that will allow the creation of an option so that the State, based on the reality of the Ecuadorian market and the juridical situation of the country, may adopt regulatory measures and control of the competition, that wont benefit or be a detriment to the economical factors.

## INTRODUCCIÓN

A pesar de que el Derecho de Competencia, es considerado como una rama nueva dentro del Derecho, este ha sido discutido desde épocas remotas.

Así, por ejemplo, aunque antiguamente los mercaderes mantenían controlados los mercados con las autorizaciones arbitrarias del Rey y el Papa generando monopolios; en Inglaterra aproximadamente en el año de 1623 se tomó la iniciativa de crear el Estatuto de los monopolios, que hoy por hoy se vería como el origen de la ley de patentes, y que se considera como una primera iniciativa de controlar los abusos del sistema, y regular la competencia dentro del mercado.

Con este antecedente histórico y con las diferentes y cambiantes situaciones de la economía se ha dado origen a la creación de antitrust, o leyes de defensa de la competencia a nivel mundial, iniciando en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América, con el fin de combatir los abusos de un grupo de empresas distintas que bajo una misma dirección central ejercían un control de las ventas y la comercialización de los productos.

El Ecuador ha tenido un incipiente crecimiento debido al poco desarrollo del sector económico e industrial, y a pesar de esto hoy por hoy existe la necesidad de combatir prácticas restrictivas a la competencia, ya no solo entre empresas sino también con el Estado, a fin de promover una competencia justa.

En esta necesidad, nuestro país, a partir del texto constitucional de 1998 intentaba definir la economía, así establecía, a nivel del artículo 244 numeral 3, como política de Estado, la economía social de mercado, y además reconocía que el Estado, ecuatoriano está obligado a promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, impulsando la “ libre competencia” y sancio-

nando las prácticas monopólicas que la impidan y distorsionen, evitando que la dinámica de éstas atenten contra el mercado en perjuicio de los consumidores y el interés público.<sup>1</sup>

La constitución vigente del Ecuador sustituye el sistema de “Economía Social de Mercado” por un sistema de “Economía Social y Solidaria”, tal como se desprende de los artículos 283 y 304. La Ley Suprema establece como objetivo del Estado evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.<sup>2</sup>

Tan trascendental reforma se inscribe dentro de otros cambios en el orden político, económico, jurídico y social de nuestro país, y lejos de querer generar polémica, es importante intentar definir las implicaciones jurídicas y si afectan o no al desarrollo de la libre competencia en el Ecuador. De igual manera verificar si se fomenta la eliminación de monopolios y barreras, o si se intenta incluir la palabra solidaria dar preeminencia a la participación del Estado en la regulación del Mercado.

Si lo que se pretende es que el Estado, basado en la realidad del mercado y la situación jurídica del país, adopte medidas de regulación y control de la competencia, que no beneficien ni perjudiquen a los agentes económicos, considero que el análisis se debe centrar en las teorías económicas, sus objetivos, tendencias, doctrinas más importantes para definir sus semejanzas y diferencias, y compararlas con el campo jurídico ecuatoriano más la revisión de casos a nivel internacional que involucran los diversos problemas de la competencia.

---

<sup>1</sup> Constitución Política de la República del Ecuador, año 1998, publicada en el Registro Oficial No. 6 de 18 de agosto de 1998 (actualmente derogado)

<sup>2</sup> Constitución de la República del Ecuador, año 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre del 2008(vigente)

## CAPITULO I

### 1. DERECHO DE COMPETENCIA

#### 1.1 DESARROLLO HISTORICO

En un primer período histórico, la “ordenación” mercantil era tan asfixiante que causaba que no hubiera competencia. Efectivamente, durante la Edad Media (y, también, durante gran parte de la Edad Moderna) la Economía europea se caracterizó por el monopolio. El acceso al mercado no era libre y, como es sabido, para ejercer una industria era necesario obtener la inscripción en la Matrícula de las Corporaciones de Artes y Oficios, a las que el Estado otorgaba privilegios para acceder al propio mercado. Era así que el Estado y las Corporaciones eran las que regulaban la competencia, pero dicha regulación estaba encaminada al control último de ésta y no a la defensa. Los grandes mercaderes, pactaban entre si con el Rey o con el Papa para asegurarse un determinado mercado y así excluir a cualquier competidor.

La monopolización de la economía no fue, sin embargo, pacífica. Los abusos fueron minando progresivamente el poco crédito que entre el pueblo y los juristas pudieron tener los monopolios, y así en el mundo anglosajón la repulsa

hacia los monopolios se plasmó durante el reinado de Jaime I en el “Statute of Monopolies” (1623). Mientras tanto, la Economía sufría una progresiva estatificación. Luis XIV, por ejemplo, dictó ordenanzas del comercio terrestre y marítimo para controlar minuciosamente la actividad mercantil. Llegamos así al final del siglo XVIII sin demasiados problemas de competencia (lo cual es lógico dados los límites impuestos). Es decir la competencia en esta etapa histórica era casi nula.

La segunda etapa del Derecho de Competencia empieza a forjarse con la proclamación de la libertad de industria y comercio de finales del siglo XVIII, los problemas de la competencia no empiezan a aparecer sino hasta la Revolución Francesa, debido a que esta rama del derecho como tal tenía tantas restricciones que no era libre y por tanto no tenía o no podía generar mayores problemas.

Con la revolución Francesa se liberaliza la economía que caracterizaba al Antiguo Régimen, liberalización que quedó plasmada fundamentalmente, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La Revolución Industrial pedía a gritos una Revolución en el Derecho.

Efectivamente, eliminadas las elitistas condiciones de acceso al mercado, los competidores se valieron de todo tipo de armas (sobre todo las ilícitas) para su lucro propio, creándose los monopolios privados, con la consiguiente aparición de conductas restrictivas y acuerdos que eliminaban la competencia. Como dice en su obra el profesor GARRIGUES, “la lucha por el cliente se había convertido en la lucha contra el cliente... el régimen de la competencia se había devorado a sí mismo, resucitando la plaga secular de los monopolios”.

Ante esto surge una tercera fase. A finales del siglo XIX, los excesos del individualismo capitalista terminan por poner en peligro “la mano invisible” que equilibra la oferta y la demanda, aniquilando la competencia. El abuso de la libertad reclamaba una intervención del Estado. Es a esta época a la que pertenecen las leyes especiales sobre represión de las prácticas restrictivas de

la competencia. Leyes que se basan en “la limitación de la libertad para defender la libertad”.

La primera nación en comprender los peligros que el abuso de la libertad de comercio podría acarrear fue Estados Unidos, mientras que en Europa la transición desde el corporativismo a la libertad de emprender fue necesariamente más lenta, debido a que los Estados Unidos, habiendo nacido de la revolución republicana, siguió los postulados económicos desregulatorios afirmados por la Revolución francesa. Es en los Estados Unidos de América donde el derecho de competencia cobra desarrollo, ya que sus circunstancias sociales, políticas y económicas resultaban ser las propicias para el desarrollo de la economía.

Sin embargo, a finales del siglo XIX y principios del XX la concentración económica en los Estados Unidos era preocupante, existiendo cárteles que dominaban cada vez más la floreciente economía. El legislador intervino para reglamentar la libertad de pactos entre competidores, y así fue como se gestó la Sherman Act del 2 de Julio de 1890<sup>3</sup>, la que declaraba “...todo contrato, asociación en forma de cárteles o de otra índole, o conjura que restrinja el tráfico mercantil o el comercio entre varios Estados, o con naciones foráneas...”. El Tribunal Supremo Norteamericano moderó la tajante formulación de la ley aplicando “la regla de lo razonable”, lo que permitía distinguir entre pactos buenos y malos, siendo éstos últimos los que sí restringían la competencia (en los Estados Unidos, solamente son condenados como nocivos para la economía aquellos pactos que no producen ventajas o beneficios que los rediman, o los que eliminan a la competencia).

Posteriormente, aparece la Clayton Act, el 15 de Octubre de 1914, que trata de la discriminación de precios y de algunas concentraciones, viniendo, también, a desarrollar condiciones de aplicación de su predecesora, la Sherman Act. Asimismo, fue capital –independientemente de la labor de la División Antitrust del Departamento de Justicia, y de la Fiscalía General del país, en ma-

---

<sup>3</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Ley\\_Sherman\\_Antitrust\\_de\\_los\\_Estados\\_Unidos\\_de\\_América](http://es.wikipedia.org/wiki/Ley_Sherman_Antitrust_de_los_Estados_Unidos_de_América)

teria criminal– la creación de la Federal Trade Commission, creada por la Federal Trade Act en 1914, también como agencia federal independiente represora de las conductas prohibidas.

En definitiva, en la creación del derecho antitrust (EEUU), presupone la existencia de una consciencia respecto de la gravedad de las prácticas lesivas de la competencia y de las fatales consecuencias que pueden derivarse para los consumidores finales, a partir de allí se admitió que el Estado debe intervenir en la regulación y control, es así como se generaron los mecanismos llamados criminales donde cualquier persona que se considere afectada puede ejercer su derecho a solicitar que la persona que generó el daño, responda por daños y perjuicios ante los tribunales civiles (pudiendo llegar a conseguir hasta el triple de lo que el acuerdo lesivo le ha podido producir como perjuicio, según el derecho federal).

En Europa, el Derecho comunitario originario nace de los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas, que asume la condición de antecedente del derecho antitrust norteamericano, caracterizado por la prohibición de los acuerdos colusorios y de los abusos monopolísticos. Efectivamente, el primero de los Tratados en contener normas de competencia es el rubricado en París en 1951, el Tratado CECA, que creó el Mercado Común del Carbón y del Acero, en base a una serie de circunstancias históricas, pretendiendo con ello evitar una tercera guerra mundial. Posteriormente, en 1957, se firma en Roma el Tratado de la Comunidad Económica Europea, que se considera como la piedra angular del derecho comunitario de defensa de la competencia.

Y finalmente, en España, no hubo ninguna ley administrativa de la competencia hasta la del 20 de Julio de 1963 (número 110), sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, que tuvo un desarrollo prácticamente nulo, quizás por la escasa cultura sobre competencia y por los diversos factores sociales que incidían en el momento político que vivía España. Es en el año de 1989 con la ley de defensa de la competencia que se inicia el desarrollo en este país.

Ya en Ecuador la defensa de la competencia no había tenido mucho desarrollo hasta el presente siglo donde se toma conciencia de la forma de afectación al consumidor, por los abusos de las empresas, especialmente y en los primeros años de las empresas de telefonía celular que ingresaron al mercado a sabiendas de que ni el conglomerado y ni siquiera el mismo Estado tenía conocimiento cierto de las condiciones en las que estos actores ingresaban a la economía del país.

Así se expidió la Ley de Defensa del Consumidor, aprobada por el Congreso Nacional en el año 2001 y también se creó la Defensoría del Pueblo, con una división denominada Tribunales de Defensa del Consumidor, a pesar de esto y los esfuerzos del Estado en que de una u otra forma el consumidor no se vea afectado por prácticas restrictivas de la competencia, el ciudadano común aún no tiene la cultura de acudir a demandar sus derechos. Aunque si señalan al menos condiciones mínimas de servicio que deben cumplir las empresas que compiten en el mercado.

Adicionalmente existió un proyecto de ley de defensa de la competencia en nuestro país que desafortunadamente no prosperó pero que sirve de base para muchos estudiosos en ir desarrollando mecanismos de protección a la competencia.

## **1.2 ANTECEDENTES Y CONTEXTO INTERNACIONAL**

El Derecho de Competencia como ya se mencionó en el punto anterior tiene su antecedente en épocas remotas, pero que sin embargo tal y como se aplica hoy en día, como una rama del derecho, encargada de regular actividades económicas, para evitar que se distorsione el mercado en perjuicio del comercio, tiene como antecedente la gran crisis que sufrió el capitalismo en el siglo XIX, debido a que estaba poniéndose en duda su efectividad como sistema económico de la sociedad.

A partir de aquí se generaron tendencias marcadas, la primera debido a que los enormes conglomerados o empresas fusionadas, holdings<sup>4</sup> o relacionadas entre sí, lo que hoy llamamos *trusts de comercio*, o sea aquellas que incluyen empresas competidoras, que se cree, pueden fijar y elevar conjuntamente el precio de sus productos a través de acuerdos lo que también generaba descontento y quejas de consumidores y agricultores. Expresaban también descontento, las pequeñas empresas que no podían competir con los bajos precios derivados de la producción a gran escala o precios predatorios (precios por debajo de los costes), situación crítica que originó inestabilidad y creación de barreras de entrada en el mercado, reduciendo así las posibilidades de competir.

Por esto a nivel mundial se intentó adoptar normas específicas que condenen la obstaculización del libre comercio, así en 1947 el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), condenaba el denominado “*dumping empresarial*”<sup>5</sup> y el otorgamiento, de “*subsidios*”<sup>6</sup> a las exportaciones efectuadas por sus nacionales.

De igual manera en el año 1890 se estableció en los Estados Unidos de América la Sherman Anti-Trust Act<sup>7</sup> que hasta la actualidad de mantiene vigente, y a generado jurisprudencia, como es el caso *US vs Trans-Missouri Freight Association (1897)* y *US vs Standard Oil (1911)*, referentes a acuerdos de precios entre competidores donde se aplicó el Art. 2 de la Ley Sherman, referente a sanciones, sobre conductas unilaterales exclusorias.

---

4 Compañía que controla las actividades de otras mediante la propiedad de todas o de una parte significativa de sus acciones. El principal de los beneficios económicos de este tipo de estructura empresarial es el de la eficiencia fiscal: la carga tributaria sobre la cuenta de resultados consolidada puede ser menor que la suma de las cargas sobre cada una de las empresas del grupo consideradas individualmente.

5 “...es una discriminación de precios internacionales que se presenta cuando un monopolista cobra un menor precio a los compradores extranjeros que a los compradores domésticos por un bien igual. Este para ser condenable debe causar un daño relevante a una rama de la producción nacional existente...” Chacholiades, MILTIADES, Montes Negret, Economía Internacional, México, McGraw- Hill, 1984

6 “...cualquier contribución financiera, o forma de subvención o premio establecido por un gobierno, o cualquier forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios, mediante los cuales se otorgue una ventaja a determinadas empresas o ramas de la producción adicional a las existentes para otras empresas...” Roldan Xopa, J. Y Mena Labarthe, C.; Competencia Económica, Estudios de Derecho, Economía y Política” Editorial Porrúa, México 2007

7 “..(en nombre de John Sherman, senador estadounidense que propuso la ley) esta ley se se considera el nacimiento del Antitrust. La ley original ha sido modificada por el Congreso en repetidas ocasiones lo que ha generado que estas se vayan desarrollando al añadir situaciones que hoy por hoy conforman el actual Antitrust Law...”

Posteriormente se promulgó la ley Clayton y la Ley de creación de la Comisión Federal de Comercio, FTC Act. que sirvió para extender las conductas sancionables y la creación de una agencia especializada en combatir casos de violación a la defensa de la competencia.

El caso europeo es muy distinto al estadounidense. Algunos autores sostienen que el modelo europeo de *Antitrust* se articuló por primera vez en Austria a finales del siglo XIX y nació como rechazo al modelo estadounidense. En cualquier caso, los países europeos empezaron a interesarse verdaderamente por el *Antitrust* más tarde que en EEUU, puesto que las empresas europeas eran de menor tamaño y por lo tanto el riesgo o abuso era mucho menor. No fue hasta bien entrado el siglo XX que los distintos países empezaron a desarrollar sus propias leyes antitrust.

Con el Tratado de Roma en 1957 y la creación de la Comunidad Económica Europea, se inicia la integración económica en el viejo continente, y con esto también un proceso de liberalización y privatización de las empresas que aún hoy sigue vigente, se han impulsado fusiones entre empresas (nacionales o europeas) y por tanto, la aparición de empresas más grandes y con esto el interés por desarrollar el Derecho de Competencia. En la actualidad, el ejercicio de la política de competencia en la Unión Europea está normada por la *Regulación 1/2003*, (que entró en vigor en 2004). Esta establece, en primer lugar, en qué casos corresponde actuar a las autoridades europeas o nacionales. En general, son competencia de las autoridades nacionales los casos que afectan al comercio del Estado Miembro. En segundo lugar, permite que cada Estado miembro mantenga sus propias leyes, siempre y cuando éstas no sean contrarias al Derecho Comunitario Europeo.

Ya en América los países han desarrollado legislación especializada en defensa de competencia, utilizando distintas denominaciones como Ley de defensa de la competencia, en Argentina, Ley de protección de la competencia en Panamá o Ley antimonopolios en Chile.

En lo referente a tratados internacionales, organismos internacionales como la ONU (Organización de las Naciones Unidas), tiene como parte de su organización a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo (UNCTAD), que ofrece a las autoridades que se ocupan de la competencia, un foro intergubernamental donde se traten cuestiones prácticas, relativas al derecho y la política de la competencia.

### 1.3. CONCEPTO

Competencia, según Germán Coloma en su libro *Defensa de la Competencia*<sup>8</sup>, puede definirse como una clase de regulación indirecta, cuyo objetivo es controlar el ejercicio del poder de mercado en situaciones en las que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí.

Según el diccionario Wikipedia<sup>9</sup>

*...El Derecho de competencia tiene su origen en los Estados Unidos de América, con el fin de combatir los trust o restricciones al libre comercio, es la rama del Derecho que se encarga de regular el comercio mediante la prohibición de restricciones ilegales, la fijación de precios y los monopolios. Busca promover la competencia entre las empresas existentes en un mercado y el fomento de la calidad de bienes y servicios al menor precio posible, garantizando una estructura de mercado eficiente....*

Con estas primeras definiciones ya podemos avistar lo que se intenta analizar, ¿qué es y cómo se está aplicando en el Ecuador el derecho de competencia?, esto tomando en cuenta que precisamente las leyes antitrust se crearon como una forma de combatir los trust<sup>10</sup>, o acuerdos colusorios entre empresas sin distinción entre si dichas empresas son públicas o privadas; ya que lo que se intentaba controlar era el perjuicio para los consumidores.

---

<sup>8</sup> Defensa de la Competencia, Coloma Germán, Capítulo I pág 13.

<sup>9</sup> [www.wikipedia.com](http://www.wikipedia.com)

<sup>10</sup> Unión de empresas distintas con la finalidad de ejercer un control de las ventas y la comercialización de los productos.

De igual manera es necesario tomar en cuenta que el objetivo del Derecho de Competencia, valga la redundancia, es promover la “competencia justa” entre las empresas, con el fin de tener un efecto importante en las prácticas empresariales y la reestructuración del sector industrial para cumplir con la premisa de que el comercio libre beneficia tanto a consumidores como a las empresas y a la economía global.

Desde un punto de vista general, estas restricciones pueden ser de cuatro tipos:

- a) acuerdos horizontales entre competidores;
- b) acuerdos verticales entre compradores y vendedores;
- c) abuso de una posición dominante; y,
- d) las fusiones.

De igual manera me parece importante tomar en cuenta lo que Rodrigo Borja Cevallos señala en su *Enciclopedia Jurídica*, acerca de lo que significa la palabra Competencia, recalando que por su amplitud el autor lo toma desde diferentes puntos de vista: el político y el administrativo, diciendo correctamente “...que este es el cúmulo de poderes y atribuciones jurídicamente delimitados que las leyes asignan al titular de un órgano estatal y en razón de los cuales los actos ejecutados por éste son imputables al Estado...” pero en lo que tiene que ver con el campo económico, el autor señala. “...esta palabra denota la concurrencia de varios agentes económicos, en libertad de movimiento, para disputar la realización de un negocio o de una transacción comercial...” El escenario de esta confrontación es el mercado, este es el sitio propicio donde los agentes económicos concurren a ofrecer sus bienes o servicios, en el caso del vendedor ya que tratan de hacerlo en las mejores condiciones de precio, cantidad y calidad para colocarlos (OFERTA) Y por otra parte concurren los compradores para sacar el mayor provecho posible a su dinero. (DEMANDA)

Ahondando dentro del punto de vista jurídico considero que es importante tomar el criterio de Richard Posner, uno de los jueces estadounidenses más

influyentes del área económica del derecho, quien señala que el objetivo último del Derecho de la Competencia es la maximización del excedente del consumidor lo que implica unos precios reducidos para que el consumidor pueda adquirir un mayor número de productos y variedades de éstos.

Así pueden detallarse algunos objetivos del Derecho de Competencia como priorizar el derecho del consumo, y la redistribución y protección de los competidores y proveedores.

Dentro de lo que se refiere a la protección del consumidor no existe un consenso en cuanto a la forma o los medios con los que se pretende conseguir este objetivo. En opinión de muchos abogados y economistas, dicho bienestar del consumidor debe de ser alcanzado mediante la protección del proceso competitivo y no mediante la protección del consumidor en sí. Un ejemplo típico es el de la jurisprudencia en materia de *precios excesivos*: durante muchos años se intentó utilizar las leyes de competencia para acusar a las empresas de fijar precios *demasiado altos*. Y el problema con la utilización del Derecho de Competencia, para asumir un control directo de los precios de las empresas, es que en muchas ocasiones, el regulador, está en una mala posición para poder determinar cuál sería el precio en un mercado competitivo. Y de hecho, al fijar un precio, el regulador puede terminar provocando mayores distorsiones que las que intenta paliar.

La protección de los competidores considera que la competencia debe aplicarse de tal forma que proteja a los competidores pequeños de los rivales más fuertes, viendo este objetivo como intrínseco a la protección del proceso competitivo. El problema de esta forma de ver la competencia es que mediante la protección del más pequeño se puede estar premiando a la empresa ineficiente y castigando a la eficiente

Hoy por hoy existen dos tendencias marcadas y estudiadas sobre el derecho de competencia, la Americana y la Europea, una de las diferencias más importantes precisamente se refiere al punto mencionado en el párrafo anterior, ya que el sistema Americano no contempla la posibilidad de que las ayudas o

restricciones al comercio por parte del Estado también constituyen un limitante para el desarrollo de la libre empresa, a diferencia del sistema Europeo, donde con el pasar de los años se han dado cuenta, de la gigantesca influencia que puede tener, tanto en defender, como en generar situaciones de conflicto entre consumidores y competidores el hecho de que el Estado intervenga en situaciones que no puede controlar.



## CAPÍTULO II

# 2. MARCO TEÓRICO

### 2.1 CONTEXTO ECONÓMICO DE LA COMPETENCIA

Si bien el concepto de competencia en materia económica, no constituye la esencia de este trabajo de investigación, para una mejor comprensión del Derecho de Competencia, considero que es importante tomar en cuenta algunos criterios y conceptos económicos básicos, que aporten al desarrollo de esta investigación.

Así, la competencia se refiere a la lucha por el mantenimiento de la superioridad comercial. En el mundo comercial, esto implica el esfuerzo por conseguir el mayor número posible de clientes. En el Reino Unido, la Competition Commission describe la competencia como “un proceso de rivalidad entre empresas con el objetivo de conseguir clientes”.

En general, cuanto mayor es la competencia, mayor es la probabilidad de que las empresas sean eficientes (y por tanto, menores sus precios) y mayores sean las variedades o tipos de productos (tanto en cantidad como en calidad).

La economía ha definido, de forma teórica, distintas situaciones o grados de competencia que pueden existir en un mercado.

Así por ejemplo, la competencia perfecta es la situación en la que el mercado es lo más competitivo posible: todos los agentes son precio-aceptantes (price takers en inglés) y por lo tanto no tienen ningún poder para influir en sus precios, obteniendo las empresas el mínimo beneficio necesario para poder mantener la producción. Si cualquier empresa obtuviera beneficios en exceso, otra empresa entraría en el mercado hasta que los precios y los beneficios vuelvan al nivel anterior.

Siendo el caso de competencia perfecta un fenómeno teórico, la mayoría de mercados están caracterizados por alguna forma de competencia imperfecta. En este caso, el número de empresas en el mercado es inferior al del caso de competencia perfecta (por ejemplo en el caso del oligopolio, con pocas empresas, o el duopolio, con sólo dos empresas). Por este motivo, las empresas en tal situación tienen algún poder sobre la fijación de precios y consiguen obtener beneficios en exceso. La competencia imperfecta se hace presente también cuando existan barreras de entrada, que impidan el incremento del número de competidores (bien sea esto debido a las características intrínsecas del mercado o a alguna intervención estatal que impida la entrada en dicho mercado, por ejemplo mediante una patente).

La situación de mercado menos competitiva es la del monopolio, en la cual solamente existe una empresa que ofrece un producto sin que los consumidores tengan alternativa (por ejemplo, una empresa que domine entre el 50%-100% del mercado). En este caso, la empresa recibe elevados beneficios puesto que puede fijar el precio con una mayor libertad, es decir, es un fijador de precios. En el caso de que existan pocas empresas en el mercado (oligopolio), existe la posibilidad de que éstas actúen como un monopolio, mediante la conformación de un cártel o mediante un comportamiento paralelo. Aun así, el hecho de que una sola empresa exista en el mercado no implica que dicha empresa goce de poder de mercado (o poder para la fijación de precios). En el mercado, una empresa solamente puede mantenerse como monopolista

si produce de la manera más eficiente posible y/o no obtiene beneficios excesivos. Si la empresa se convirtiese en ineficiente u obtuviese beneficios excesivos, otra empresa entraría en el mercado y lo dominaría.

En conclusión, el grado de competencia existente en un mercado puede variar de manera pronunciada según sus características. Sin la intención de que esta lista sea exhaustiva, se consideran “elementos desfavorecedores de la competencia” los siguientes:

- La presencia en el mercado de un número reducido de empresas competidoras.
- Cuotas elevadas para las empresas presentes en el mercado (por ejemplo si aún existiendo muchas empresas, tan sólo dos dominasen el 80% de las ventas en el mercado).
- La existencia de barreras de entrada.
- Una reducida elasticidad de la demanda (es decir, una situación en la que un incremento de precios no redujera sustancialmente las ventas de la empresa, convirtiendo dicho incremento en rentable para la empresa y por lo tanto incentivando a la empresa a subir los precios).

### **2.1.1 CONCEPTOS**

En esta parte creo que es importante también describir algunos conceptos de políticas anticompetitivas, y diversos criterios que se encuentran implícitos a lo largo de la presente investigación como son:

- **COMPETENCIA IMPERFECTA.-** La competencia imperfecta es la situación de mercado en la que, a diferencia de la situación de competencia perfecta, un solo agente de los que funcionan en el mercado o unos pocos manipulan la condición del producto y pueden afectar directamente a la formación de los precios.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/competencia\\_imperfecta](http://es.wikipedia.org/wiki/competencia_imperfecta)

- **MERCADO RELEVANTE PRODUCTO.**- A la hora de definir mercado relevante, es importante analizarlo desde el lado de la oferta y la demanda. Dentro de la demanda nos dice que la posibilidad que tienen los consumidores de sustituir un bien por el otro es lo que determina si ambos deben formar parte del mismo mercado o no. Es decir la percepción de los consumidores es importante para definir un mercado relevante con argumentos provenientes de la demanda. En el lado de la oferta esta se define como la facilidad con la que los productores de otros bienes pueden trasladar sus esfuerzos productivos hacia la producción de determinado bien.
- **DERECHOS DEL CONSUMIDOR.**- Es la denominación que se da al conjunto de normas emanadas de los poderes públicos destinada a la protección del consumidor o usuario en el mercado de bienes y servicios, otorgándole y regulando ciertos derechos y obligaciones. En general, se considera consumidor o usuario a toda persona física o jurídica que contrata a título oneroso, para su consumo final o beneficio propio, o de su grupo familiar o social, la adquisición o locación de bienes o la prestación o arrendamiento de servicios. El derecho del consumidor no es una rama autónoma del Derecho, sino una disciplina transversal, con elementos que se encuadran dentro del Derecho Mercantil, del Derecho Civil y otros.
- **MONOPOLIO.**- Un monopolio (del griego *monos* -uno-, *polein* -vender-) es una situación de privilegio legal o fallo de mercado en la cual, para una industria que posee un producto, un bien, un recurso o un servicio determinado y diferenciado, existe un productor (monopolista) oferente que posee un gran poder de mercado y es el único de la industria que lo posee. Se debe tener en cuenta que en dicho mercado no existen productos sustitutos, es decir, no existe ningún otro bien por el cual se pueda reemplazar sin ningún inconveniente y, por lo tanto, este producto es la única alternativa que tiene el consumidor para comprar. Suele definirse también como “*mercado en el que sólo hay un vendedor*”, pero dicha definición se correspondería más con el concepto de monopolio puro. El monopolista controla la cantidad de producción y el precio. Pero eso no significa que pueda cobrar lo que quiera si pretende maximizar los beneficios. Para ello el monopolista

ha de averiguar sus costes y las características de la demanda del mercado (elasticidad, preferencias, etc.).

- OLIGOPOLIO.- Un oligopolio es un mercado en el que existe un pequeño número de empresas productoras de un bien o servicio homogéneo y por medio de su posición ejercen un poder de mercado provocando que los precios sean más altos y la producción sea inferior. Estas empresas mantienen dicho poder colaborando entre ellas evitando así la competencia.
- COMPETENCIA MONOPOLISTICA.- Los mercados de competencia monopolista se sitúan entre el monopolio y la competencia perfecta y poseen algunas características de cada uno de estos dos mercados. Se parecen a la competencia perfecta en que existen muchas empresas que producen y venden en este sector y en que no existen barreras de entrada: cualquier competidor tiene la facilidad para entrar o salir del mercado. La diferencia con la competencia perfecta consiste en que los productos que se generan no son homogéneos.

Con estos conceptos básicos que nos sirven para entender la relación entre el campo jurídico y económico de la presente investigación, también es importante destacar la situación de la economía hoy en día, ya que atravesamos por grandes crisis, primero fue en los Estados Unidos con la caída del dólar y la crisis hipotecaria, y hoy en día también está sucediendo en la Unión Europea con la crisis que vive Grecia y otros de sus miembros, la caída del valor del euro, y situaciones de desempleo creciente a nivel mundial.

Todo esto ha generado que las empresas a nivel mundial se encuentren en crisis, para no irnos muy lejos en este campo, consideremos solamente el caso de las florícolas en nuestro país cuya fuente de ingresos es la exportación de flores, al encontrarse el mundo entero en período de austeridad, este es uno de los productos que al no ser de primera necesidad, va a sufrir una caída en sus ventas, por tanto en sus precios, que ocasionará una pérdida de trabajos y de divisas para nuestro país.

Dentro de este contexto económico es importante dar paso al análisis de algunas de las corrientes económicas más importantes que nos pueden dar luces sobre el modelo económico implantado en nuestro país a través de la economía solidaria, y que es básicamente lo que busca el gobierno con esto, como afecta o como favorece a las industrias, a los consumidores y estas dos a la economía en general.

## **2.1.2 RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE COMPETENCIA**

Como había señalado al iniciar el desarrollo de la presente investigación, existen prácticas restrictivas a la libertad de competencia; entre las más importantes he señalado 2: 1) los acuerdos horizontales entre competidores, que se llevan a cabo en una única etapa de la cadena de producción y comercialización del bien o servicio; 2) los acuerdos verticales entre compradores y vendedores, cuyos efectos se producen en diferentes etapas y que afectan a personas o empresas inmersas en la cadena de producción del bien o servicio, una de estas es el abuso de posición dominante, donde ciertas empresas pueden influir en la estructura de un mercado y afectar la libertad de competencia

### **2.1.2.1 ACUERDOS HORIZONTALES ENTRE COMPETIDORES**

#### **2.1.2.1.1 COLUSORIOS**

Estas prácticas conocidas como “colusivas”, son acuerdos celebrados entre empresas competidoras, dentro de un mismo mercado. Se puede entender como colusión a aquella situación en la que un grupo de empresas acuerdan no competir entre ellas, con el objetivo de incrementar sus beneficios, los instrumentos más usados para obtener esos beneficios son: acuerdos de precios; acuerdos de cantidades; repartos de mercado; que generalmente tienen atado un aumento de precios; y, una reducción en los volúmenes comercializados, respecto a los que regirían si las empresas competirían entre sí.

Es importante tomar en cuenta que hay algunos aspectos que facilitan la colusión y creación de carteles, tal como la capacidad de incrementar los precios, las bajas penalidades esperadas y los bajos costos para organizar el cártel.

Así, la capacidad para incrementar los precios tiene que ver con la elasticidad de la demanda, mientras menos elástica sea la demanda, se facilita la capacidad de incremento de precios, para entender esta situación hay que tomar en cuenta que la elasticidad se refiere al grado de sustitución que tienen los productos, es decir, a mayor posibilidad de sustituir el bien o servicio la demanda es mayor, mientras que cuando la posibilidad de sustituir el bien o servicio es menor, la elasticidad del mercado baja. De igual manera coadyuva a la capacidad para incrementar precios, la existencia de barreras de entrada al mercado, por ejemplo en un mercado con facilidad de ingreso la demanda es altamente elástica.

En lo referente a las penalidades mencionadas anteriormente, el mayor o menor grado de estas, facilitan o dificultan las prácticas “colusivas”, así los carteles se desarrollan con mayor facilidad en mercados en los que no existe legislación antitrust, o donde el Estado aplica políticas de control de precios, esto ha demostrado tener un efecto indeseado de acostumbrar a las empresas a concertar sus precios.

Los bajos costos de organizar un cártel, se refiere entre otras circunstancias, a la existencia de un número reducido de empresas que concertan una alta concentración de industria, un producto homogéneo y la presencia de asociaciones de productores o empresarios que concertan precios. En este caso por ejemplo el que el Estado adopte medidas bajo la excusa de “proteger la producción nacional” por las denuncias y solicitudes de grupos de empresarios, es una forma de facilitar la colusión, ya que solo busca evitar la competencia externa. Un claro ejemplo de esto es la promulgación del Decreto Ejecutivo 592 de 30 de agosto de 2007, con sus reformas, que fija aranceles nacionales de importación. Esto mas allá de incentivar la producción nacional, fomenta la organización de cárteles de producción nacional, lo que afecta a la competencia y al derecho de elección de los consumidores.

### **2.1.2.1.2 EXCLUSORIOS**

Estos acuerdos implican los intentos de excluir competidores e involucran a empresas que se encuentran en el mismo eslabón de la cadena de producción y distribución. Las dos principales prácticas horizontales son:

- 1) La monopolización y obstaculización de acceso al mercado de competidores y;
- 2) La depredación y ventas por debajo del costo.

En lo referente a la monopolización, se hace relación a una de las fallas del mercado que ocasiona que una empresa goce de posición dominante y pueda controlar el mercado por su condición frente al consumidor y los posibles oferentes. Por esto la legislación antitrust, no regula únicamente a los monopolios ya existentes, sino también a aquellos agentes del mercado que pretenden llegar a monopolizar.

En lo referente a la obstaculización de entrada, ésta se puede considerar como una estrategia, por la que un grupo de empresas intenta evitar el ingreso al mercado de un nuevo competidor, esto supone la existencia de una empresa por lo general monopolista, que quiera evitar el ingreso de un competidor potencial, por la posibilidad de reducción de sus beneficios especialmente en lo referente a precios, un claro ejemplo de esto y que aún no ha tenido solución podemos encontrar en el servicio de transporte de las aerolíneas específicamente en la ruta Quito–Loja–Quito, donde existe una empresa que brinda el servicio y que se la puede considerar monopolista, pues obstaculiza el ingreso de otras empresas a prestar el servicio, hecho que perjudica a los consumidores quienes asumen, por el servicio, un costo excesivo.

La depredación se refiere a la conducta de algunas empresas que intentan expulsar del mercado a uno o varios competidores. El instrumento más usual para que se de esta situación es la política de los precios predatorios o venta por debajo de los costos. Esta situación debe ser regulada bajo criterios técnicos, que reúnan algunas condiciones como por ejemplo que la diferencia de

precios no se deba a ventajas adquiridas por la eficiencia, que no se debe a excedentes en la capacidad; que se deba a la promoción de un nuevo producto, o sean producto de la obtención de economías de escala o aprendizaje.

## **2.1.2.2 ACUERDOS VERTICALES ENTRE COMPRADORES Y VENDEDORES**

### **2.1.2.2.1 ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE**

Son aquellos comportamientos susceptibles de influir en la estructura de un mercado en el que precisamente, como consecuencia de la presencia de la empresa que ostenta posición dominante, el grado de competencia está debilitado, y tienen como efecto obstaculizar el mantenimiento del grado de competencia existente en el mercado o el desarrollo de ella, por medios distintos de los que gobiernan una competencia normal de productos y servicios sobre la base de las prestaciones ofrecidas por los operadores económicos.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, de acuerdo al Art. 19 de la Ley Alemana de Competencia (GWB) en aquellas que: **a)** restringen la capacidad de competir de otras empresas; **b)** imponen precios o condiciones comerciales distintas de las que regirían si hubiera competencia efectiva en el mercado; **c)** discriminan entre compradores sin que medien justificaciones objetivas; **d)** se rehúsan a dar acceso a sus competidores, a sus redes o instalaciones cuando esto resulta indispensable para competir.

Para efectos de determinar si un agente económico ostenta o no posición de dominio dentro de un mercado, la legislación internacional sugiere el cumplimiento de algunos pasos, por parte del órgano de control:

1. Definición del mercado relevante
2. Valoración de la posición de la empresa en el mercado
3. Establecer que no es probable que rivales actuales o potenciales debiliten la posición de dominio.

La posición dominante si bien puede ser punible y perseguible por el órgano de control, esta puede admitir prueba en contrario por lo cual se debe tener presente una posible excepción, que es aquella que maneja la regla de la razón, que consiste en la premisa a considerar por la autoridad: ¿Es posible que la práctica dé lugar a una reducción considerable de la competencia? Si es así, ¿existe una justificación comercial de peso para esta práctica, que compense las consecuencias de la anti competencia? Aquí la autoridad de control debe valorar el caso concreto para resolver en base a premisas fácticas y jurídicas.

Un ejemplo de abuso de posición dominante, es la imposición en las ventas que hasta el año 2004, *Microsoft* realizaba al vender una versión de su sistema operativo Windows, incluido el programa Media Player, utilizado para la reproducción de audio y video, lo que acarreó una sanción de parte de la Comisión Europea de la competencia, en contra de Microsoft, imponiendo una multa record de 497'000.000 de euros, porque se probó que de esta forma ponían barreras al acceso a sus competidores, lo que limitaba el acceso a la competencia.

### **2.1.3 CORRIENTES DEL PENSAMIENTO ECONÓMICO**

En este punto se analizaran algunas de las teorías más importantes del pensamiento económico como son el liberalismo económico, la economía social de mercado, la economía social y solidaria, que resumen el marco teórico dentro del cual se desarrolla el presente tema de investigación, es decir el grado de regulación o no que debe imponer el Estado.

#### **2.1.3.1 LIBERALISMO ECONÓMICO**

El liberalismo económico es la primera teoría económica a la que haré mención a fin de verificar el papel del Estado dentro del Derecho de Competencia.

Esta teoría fue desarrollada durante el período de la Ilustración, y fue formulada de forma completa en primer lugar por Adam Smith<sup>12</sup> y por David Ricardo, quienes pregonan que el Estado debe tener una mínima intervención en la economía, ya que será la misma libertad económica o la libre empresa la que conformará una sociedad más armoniosa e igualitaria y en un marco de indefinida prosperidad. En ese contexto, el orden espontáneo sería generado por la mano invisible, que conduce a los individuos a que sigan su egoísmo particular, y por tanto están dirigidos hacia el equilibrio y a la eficiencia. Habitualmente se resume en la expresión francesa *Laissez faire, Laissez passer* (dejad hacer, dejad pasar), que no obstante es el lema de la fisiocracia, considerando que para el autor, las políticas fiscales, monetarias y los subsidios, obstaculizan el funcionamiento del mercado. La propiedad privada e individual es la base de esta teoría. Ya que, según los estudiosos, debe existir la presunción de que las acciones económicas de los individuos son principalmente basadas en el propio interés, y que permitirles actuar sin ninguna restricción producirá los mejores resultados, garantizando un mínimo de información pública y justicia (por ejemplo, impidiendo la extorsión o el robo).

A diferencia de esta teoría, en cambio la escuela mercantilista se caracteriza por una fuerte injerencia del Estado en la economía, ya que defiende la adopción de una serie de medidas tendientes a unificar el mercado interno y a la formación de Estados-Nación lo más fuertes posible, donde el gobierno busca generar una política proteccionista sobre su economía favoreciendo la exportación y desfavoreciendo la importación, sobre todo mediante la imposición de aranceles o en algunos casos prohibiendo la importación. Así por ejemplo, en nuestro país, en la época del General Guillermo Rodríguez Lara, mediante la expedición de leyes tales como la de comercio exterior, de radiodifusión y otras, se generaron obstáculos de tipo legal que limiten toda la participación de los extranjeros, bajo el argumento de que lo que se pretendía es proteger la producción nacional; obstáculos que hoy en día, pueden considerarse parte de prácticas restrictivas a la competencia, y a la inversión extranjera, con un claro sesgo discriminatorio.

---

<sup>12</sup> Smith, Adam. 1790. *The theory of Moral Sentiments*. D.D.Raphael and A. L. Macfie, de. Indianapolis: *Liberty Fund*, 1982. Traducción hecha por Pedro Romero Alemán para el instituto Ecuatoriano de Economía Política.

### **2.1.3.2 ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO**

Con el pasar de los años fue en cambio la economía social de mercado el principal modelo económico usado en Europa Occidental durante la Guerra Fría. Fue ideado e implementado originalmente en la República Federal Alemana, y recibió la denominación de Soziale Marktwirtschaft en alemán. En la Alemania Occidental, la Economía Social de Mercado fue planeada e implementada por el demócratacristiano Ludwig Erhard, Ministro de Economía, bajo la cancillería de Konrad Adenauer y bajo su propia administración entre 1963 y 1966.

Los defensores del modelo de economía social de mercado sostienen que éste constituye el sistema económico más eficiente, que genera mayores niveles de riqueza, pero para que funcione bien, necesita mantener un alto nivel de competitividad, de tal manera que toda la sociedad resulte beneficiada del libre comercio; para cumplir con ese rol, el Estado debe tener una activa política contra los carteles, monopolios y oligopolios, ya que esas deficiencias del mercado, de persistir, atentarían contra la economía y por ende contra el bienestar y la estabilidad social.

En el terreno social, este modelo es partidario de una política de ayuda a los ciudadanos más vulnerables, pero enfocada sólo a paliar las situaciones cambiantes de la vida y como mecanismo de reintegrarlos a la economía de mercado, que sería la responsable de devolverles el bienestar; no tenía como fin la ampliación permanente del Estado ni la creación de un Estado de bienestar como proponía la socialdemocracia de los años 50'. Hecho que puede ser una de las divergencias con el modelo económico del Estado ecuatoriano, debido a que hoy por hoy la burocracia ha crecido, empezando por el número de ministerios que inicialmente eran trece (13); a la fecha el gabinete está conformado por siete (7) superministerios y por treinta (30) ministerios, lo que obviamente implica mayor gasto público, y una presión adicional al presupuesto general del Estado, a efectos de cubrir gastos derivados de la contratación de personal a nivel nacional, infraestructura, etc.

A lo anterior es preciso agregar que, la teoría de la Economía Social de Mercado, tiene como objetivo, mantener el equilibrio entre un alto índice del crecimiento económico, baja inflación, bajo nivel de desempleo, políticas de flexibilización laboral, bienestar social y servicios públicos, en un marco de una economía de libre mercado y políticas públicas tendientes a mantener la competitividad, también de políticas sociales, que no han de ser necesariamente agresivas con la propiedad privada, ya que esta constituye uno de los siete principios fundamentales, diseñados por su creador el señor Alfred Müller–Armack, quien originalmente acuñó el término Soziale Marktwirtschaft, que encaminó el funcionamiento de la Economía Social de Mercado, en conjunto con un sistema de precios cercano a la competencia perfecta, estabilidad de la moneda, acceso libre a los mercados, libertad contractual, plena responsabilidad de políticas fiscales y transparencia económica, los cuales debían tener como límites, cinco principios reguladores que son el control estatal de monopolios, una política redistributiva de ingresos, reglamentación del trabajo, garantía jurídica, y un salario mínimo.

De lo expuesto se evidencia que esta teoría es tan amplia que para algunos autores, la intervención del mercado es vital, pero para otros autores como Walter Eucken, el Estado no debe ampliar tanto sus funciones.

A lo largo de los años y con los diferentes cambios sociales y políticos del mundo, la economía social de mercado se ha ido transformando, y aunque la mayoría de países capitalistas señalan tener una economía social de mercado, en realidad es el nombre para denominar a diferentes políticas, que no siempre guardan relación con la teoría original, lo que origina una confusión que incluso existe hasta hoy en lo relacionado a los límites entre el Estado de Bienestar (benefactor) y la Economía Social de Mercado.

Para mayor abundamiento vale la pena tener en cuenta el caso de nuestro país, que en la Constitución de 1998, Título XII, Capítulo I, artículo 244<sup>13</sup> se

---

**13** Art. 244.- Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: 3. 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.

establecía como sistema económico a la economía Social de Mercado y promulgaba el principio de libertad de mercado, compensación y responsabilidad social, teniendo esta premisa como principio de ordenamiento superior para el bien común. Adicionalmente en la constitución del 2008<sup>14</sup> también se establece que el sistema económico vigente es social y solidario y reconoce al ser humano como sujeto y fin, y propende a una relación equilibrada entre sociedad, Estado y mercado.

Este antecedente nos muestra como nuestro país se ha caracterizado por una fuerte intervención del Estado en el mercado, fijando precios, regulando subsidios y administrando empresas estatales en sectores estratégicos, impidiendo el ingreso de competidores privados, de lo que podemos concluir que, a pesar de las diferencias ideológicas, evidentes en casi todos nuestros gobernantes, la mayoría ha mantenido una línea proteccionista que, en mi criterio, genera una cultura en los ciudadanos de que es el Estado quien debe resolver los problemas, independientemente de su índole y origen, incluso hasta los de orden personal, cuando debería proveer solamente de las herramientas para que las personas busquen la forma de desarrollarse, de generar mejores ingresos y junto con esto, mejores condiciones de vida. La nueva Constitución coloca al ser humano como principio y fin de todo, mientras en la práctica se configura un Estado absolutamente intervencionista, con potestad para regular precios, para aumentar subsidios, e incluso para promulgar leyes en función de fortalecer esta intervención, retornando a épocas de nuestra historia que se creían superadas, que pueden generar una gran restricción al desarrollo de la inversión no solo extranjera sino también nacional, por la falta de seguridad jurídica para el desarrollo económico.

### **2.1.3.3 ECONOMÍA SOLIDARIA**

La economía solidaria es el modelo económico que se pretende implantar en nuestro país, a partir de la Constitución del año 2008, donde específicamente en el Art. 283, se caracterizaba al sistema económico, en su conjunto, como

---

<sup>14</sup> Art. 283.- El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado...

“social y solidario” y en forma adicional, se refiere a un subsistema económico “popular y solidario”, como inclusivo de sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.

Esta definición ha carecido de difusión adecuada, de allí que, la mayoría de personas no tiene claridad respecto de su significado, de cuáles son sus principios básicos, o más aún del objetivo de la economía solidaria, ya que es un concepto nuevo dentro de las tendencias políticas del mundo; y nuestro país optó por adoptarlo como modelo económico, esto a decir de los involucrados en el tema como un aliciente o solución a los problemas económicos más urgentes del Ecuador.

En la búsqueda por llegar a un aproximado de lo que significa economía solidaria, he tomado como referencia el criterio de algunos miembros del Gobierno Ecuatoriano, como el Dr. Pedro Paez, ex Ministro Coordinador de Política Económica, y uno de los precursores de este Sistema en el Ecuador, para quién la economía solidaria es una búsqueda de formas alternativas de hacer economía, basadas en la solidaridad y el trabajo, tomando como su eje fundamental y primario a la economía popular, ésto tomando en cuenta que la mayor parte de la población se encuentra dentro de este rango, son muy pocas las personas, a nivel mundial, que están dentro de la economía o capital privado, y dentro del sector del Estado.

La economía solidaria toma como punto fundamental el hecho de recrear a la familia dentro del sistema económico, tomando como punto fundamental al hombre; agrega el ex funcionario que ésta es una nueva concepción de las formas económicas, ya que no se toma como base el fin de lucro, sino la necesidad de ocupar a la familia creando fuentes de trabajo y por tanto de ingresos para ella. Por este motivo apoyan a las cooperativas, o a diferentes asociaciones comunitarias que hoy ni siquiera tienen un nombre específico para denominarlas y que sin embargo son formas de hacer o construir la economía de un país, es decir al involucrar la solidaridad en las actividades, organizaciones e instituciones económicas, tanto a nivel de las empresas como en los mercados y en las políticas públicas, se incrementaría la eficiencia micro

y macroeconómica, generando un conjunto de beneficios sociales y culturales que favorecen a toda la sociedad.

Con esta explicación voy a tomar en cuenta lo que dice el autor Rodrigo Borja Cevallos en la primera edición de su *Enciclopedia Jurídica*, pág. 900, donde se refiere a la solidaridad como

*...la acción compartida para forjar un orden más justo de convivencia en el que según las viejas palabras de Rousseau, ningún ciudadano sea tan opulento que pueda comprar a otro y ninguno tan pobre que se vea precisado a venderse... de igual manera señala a la solidaridad como una utopía, ya que lo que predomina en el mundo es el homo oeconomicus, la mano invisible, la sociedad de consumo, el llamado comercio libre, al que señala en realidad como un comercio planificado y administrado por las grandes compañías transnacionales; que generan un culto a la desigualdad y al neoliberalismo que establece en la sociedad la libertad del zorro en el gallinero..*

Esto, en realidad, me llamó la atención, porque viene la pregunta, de si en verdad lo que la economía solidaria intenta es solucionar problemas de carácter social como la pobreza que afecta a millones de seres humanos, sectores sociales y pueblos enteros en diversas regiones del mundo; la desocupación y pérdida de miles de puestos de trabajo; la creciente economía informal, las crecientes desigualdades sociales. ¿Nuestros gobernantes analizaron a profundidad el real alcance, todo lo que involucra la economía solidaria, y sobre todo cual sería la forma más eficiente de aplicar mediante políticas de Estado que permitan que se cumplan los objetivos de la economía solidaria?

Debo admitir que estos conceptos involucran un sinfín de posibilidades, que en la teoría pueden ser muy buenas y acertadas, lo complejo, bajo mi punto de vista es la forma de aplicación práctica, en un mundo globalizado, ya que solo serán eficientes si realmente existe una práctica que se sujete al derecho, y que respete la libertad de empresas pero con el debido control, que sin ser excesivo sea una alternativa capaz de conducir organizadamente a muchos trabajadores informales, a operar con mayor eficiencia, permitiendo la reinserción social y el progreso, apoyando a las iniciativas independientes para

que generen ingresos y así superar el precario nivel y por ende la baja calidad de vida de los ciudadanos del país.

A través de estos conceptos se puede tener una visión que intenta dar una forma más justa y humana a la economía, y al derecho de competencia de las empresas. En paralelo cabe preguntarse si el Estado está aplicando este criterio o si más bien mediante decretos, como los expedidos en materia societaria, se está evidenciando una política discriminatoria por ejemplo respecto de los extranjeros, con el fin de justificar la creación de empresas públicas, y su consecuente expansión del aparato burocrático, reduciendo las posibilidades de participación en el desarrollo de los sectores más vulnerables del país.

Tal como señalé en líneas anteriores, dentro de la economía solidaria se releva la importancia de la crisis que experimentan las cooperativas, las mutualistas y demás entidades autogestionarias tradicionales; a que nos lleva esto, a intentar señalar un camino apropiado de renovación para estas empresas o a la eliminación de toda forma de captación financiera de personas jurídicas, tales como los bancos, mutualistas, etc. De modo que sea el Estado el encargado de brindar todos estos servicios, convirtiéndose en juez y parte. Por su trascendencia considero necesario analizar detenidamente estos temas, para constatar si los pueblos eminentemente católicos como el nuestro, se rigen o no por los postulados de Su Santidad Juan Pablo Segundo que ponen al hombre y a la comunidad por sobre las cosas y al trabajo por sobre el capital.

En mérito a lo expuesto bien podría catalogarse a la economía solidaria como un gran proyecto de desarrollo y sobre todo de transformación de la economía, que propone un nuevo tipo de desarrollo alternativo, integral, profundamente humano, y posiblemente sustentable, que eventualmente podría superar al sistema capitalista, siempre y cuando sea aplicado en un contexto de respeto a las libertades de las empresas, diferenciando que no todas las formas de hacer economía son iguales, dando la importancia y el estatus que debe tener cada escuela económica, bien sea que se funde en la empresa privada, o bien sea de corte cooperativista, etc., siempre vigilando el cumplimiento de los objetivos,

y con estricto apego a la ley, y en base a normas suficientemente flexibles que no generen asfixia a los comerciantes, orientado a la promoción de un comercio justo, equitativo, universal, que beneficie sobre todo al consumidor.

El problema radica en cómo fijar los límites a la participación del Estado, a que éste no sea un Estado simplemente proteccionista porque sí, sino que sea un importante generador de trabajo a través de incentivos que impulsen la creación de industrias, y por el contrario desestime la generación del denominado Estado de Bienestar que desemboca fatalmente en el crecimiento de más y más cargos burocráticos, lo que hace que las industrias no confíen en el país, en su estabilidad jurídica, y en una economía verdaderamente libre donde puedan competir por calidad, eficiencia en el servicio, y no con abusos por intentar sobrevivir o acaparar mercados.

De lo expuesto se infiere con claridad que este no es un tema fácil de tratar y menos de ponerlo en práctica, pues a partir de la promulgación de la Constitución de Montecristi, mediante la aplicación de políticas de empobrecimiento masivo, y supuestamente afectando a los que más tienen, se cree que se procurará que algo tengan los que no tienen nada o los que menos tienen, y que eso configure en la práctica una oportunidad que les permita progresar económicamente, lo cual resulta utópico e irrealizable; basta para ello sumergirnos en el pensamiento del hombre, pues nadie va a tomar el riesgo de ingresar en un mercado donde se sabe que no existen condiciones para competir y peor aún para generar una utilidad razonable para el productor.

El razonamiento expuesto nos obliga a tener presente los principales objetivos para saber qué y para qué es la economía solidaria; en primerísimo lugar se encuentra la IGUALDAD, como punto fundamental para satisfacer de manera equitativa los intereses de todas las personas interesadas por las actividades de la empresa o de la organización; en este punto considero que es importante que se tome en cuenta que la igualdad como tal debe intentar que todas las personas impulsen sus condiciones económicas hacia arriba, y no a costa de igualar a todos al mismo nivel, configuremos un país donde la pobreza sea el punto de equilibrio.

Otro objetivo es El EMPLEO, ya que su meta es incorporar a empleos estables al mayor número posible de personas desfavorecidas, asegurando a cada individuo, condiciones de trabajo dignas para así estimular su desarrollo personal y su inserción en la sociedad; aquí igualmente considero que es importante que el Estado como tal tome en cuenta que la creación de empleos es parte fundamental del sector productivo, son estos los que generan los recursos para el desarrollo, ya que si tomamos como creación de fuentes de trabajo al aumento de la burocracia, lo único que se genera es mas gasto publico que no es beneficioso para el país.

El MEDIO AMBIENTE es otro punto importante en la economía solidaria ya que busca utilizar métodos adecuados para la elaboración de productos que no sean perjudiciales para la naturaleza y así también contribuir a paliar, casi involuntariamente, los grandes problemas relacionados con la contaminación.

Adicional a estos, existe uno que me parece particularmente importante que es la COOPERACIÓN, ya que busca favorecer la *cooperación en lugar de la competencia* dentro y fuera de la organización sin un carácter lucrativo, las iniciativas solidarias no tendrán por fin la obtención de beneficios, sino la promoción humana y social, lo cual no obsta para que sea imprescindible el equilibrar la cuenta de ingresos y gastos, e incluso, si es posible, la obtención de beneficios, que no se repartirán para beneficio particular, sino que se revertirán a la sociedad mediante el apoyo a proyectos sociales, a nuevas iniciativas solidarias o a programas de cooperación al desarrollo, entre otros.

Esto en realidad, en mi criterio, parece más una utopía, ya que la base de la competencia entre empresas, en realidad, es el fin de lucro, y aunque la cooperación es un punto fundamental dentro del mundo globalizado, si es que las empresas no tienen al lucro como motor para crecer en el plano económico, simplemente no se justifica su existencia, y derivará en un estancamiento, y un conformismo que como ya lo señalé en el desarrollo del presente tema de investigación, genera un pensamiento, en el ecuatoriano en particular, de que no necesita esforzarse para crecer porque siempre será el Estado, el ente encargado de solventar y solucionar los problemas sociales más acuciantes como el hambre, la pobreza, etc.

#### **2.1.3.4 SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS**

Comparando los dos sistemas económicos más importantes, aplicados en nuestro país y que se hallan recogidos en las últimas constituciones, la Economía Social de Mercado y la Economía Social y Solidaria, encontramos semejanzas y diferencias, lo que nos servirá de punto de partida para lograr el objetivo central de este trabajo.

Por ejemplo, en el caso de la economía social de mercado, se implementa, al igual que la economía social y solidaria, a fin de paliar grandes crisis económicas mundiales, y generar nuevas opciones para combatir problemas estructurales de gran envergadura, tales como la pobreza, la falta de fuentes de trabajo, la inflación, la depreciación de la moneda, etc., en este caso lo que se percibe es que ambas teorías buscan lograr una relación equilibrada entre sociedad, Estado y mercado.

La primera toma en cuenta puntos básicos como que el mercado requiere de regulaciones, que establezcan parámetros que faciliten las decisiones económicas de todos los agentes económicos, pero que a su vez les otorgue la suficiente libertad para actuar y desarrollarse, incentivando la competencia.

Es vital analizar si la intervención excesiva del Estado como regulador de la competencia, dentro de la economía solidaria, y sus objetivos, busca que se considere que los monopolios, y demás prácticas anticompetitivas son negativos únicamente cuando provienen del sector privado, esto en función de que como es conocido, es la Autoridad quien está llamada a promover una competencia justa, a través de regulaciones que permitan a los consumidores tener espacio suficiente para escoger y a la vez a las empresas tener suficientes medios para ingresar, desarrollarse y competir en un mercado.

Adicionalmente otro tema que involucra la economía solidaria es el término del buen vivir, que según los autores supone, a diferencia de la economía social de mercado, la existencia de una sociedad con mercado más no de mercado. Esta teoría económica está basada en valores humanos y principios de

solidaridad, que busca el bienestar de los pueblos, a más de democratizar y transformar la economía.<sup>15</sup> Esto, a diferencia de la economía social de mercado, nos dice que parte de un mercado, el cual no es el fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar el buen vivir.

En mi criterio, esto trastoca los principios adoptados por la Constitución de 1998, con el sistema de economía social de mercado; en contra partida la Constitución de 2008, comporta la eliminación de uno de los paradigmas que se consideraba elemento principal para el funcionamiento del mercado que era la generación de recursos (fin de lucro), por el buen vivir, que tácitamente supone una intervención mucho más fuerte del Estado en el mercado a través de medidas proteccionistas, fijación de precios, restricción a las importaciones, tal y como ya lo hemos estado percibiendo. A todo esto es necesario añadir que, la excesiva intervención del Estado, desemboca fatalmente en mayor ineficiencia económica y corrupción.

Ineficiencia económica se da en el caso de que al existir medidas restrictivas, la competencia no tiene un campo de desarrollo, las empresas no tienen incentivos para la inversión en el territorio ecuatoriano, lo que a la larga genera disminución de la producción, reducción de empleo, crisis social, y por tanto aumento de la pobreza.

En el caso de la corrupción es indiscutible que mientras mas restricciones se impongan al comercio, inexorablemente se produce un aumento del contrabando, a través de las zonas fronterizas, lo que a la larga genera manipulaciones de la ley, sobornos a funcionarios públicos, y enriquecimiento de unos pocos, a costa del bolsillo popular.

La economía social de mercado, recogida en la Constitución anterior, consagraba como tarea del Estado, velar por el buen funcionamiento del mercado, es decir que el Estado le confiere un margen de acción suficiente y que por

---

<sup>15</sup> Los caminos de la economía social y solidaria, José Luis Coraggio, Economista. Ph. D.(c) Universidad de Pennsylvania, Director Académico de la Maestría en Economía Social, Instituto de Conurbano – Universidad Nacional de General Sarmiento, Argentina.

principio no interfiere en el “juego” de la oferta y de la demanda, y de igual manera se compromete a invertir en el mercado cada vez que se configuren “distorsiones” que afecten seriamente a la competencia, ya que de esta depende la existencia de un auténtico bienestar social.

Considero que es importante tomar en cuenta que el Estado no debe asumir el control de todo, al igual que un buen jefe debe delegar, y democráticamente evitar la configuración de una suerte de “poder supremo”, ya que si intenta ser un Estado excesivamente proteccionista, que quiera encargarse incluso de determinar cuál es el nivel máximo de bienestar para las personas, indiscutiblemente tendrá conflictos al verificar que dicho bienestar no podrá ser nunca igual para todas las personas, considerando el criterio, la cultura, el nivel de educación, etc. de los ciudadanos de un país; por tanto creo que en materia de competencia, a pretexto de lograr un objetivo que en teoría es muy bueno como es el principio de que el hombre está por sobre el mercado, se puede distorsionar el fin, perjudicando incluso en mayor forma al hombre, debido a la poca inversión, y por tanto menor creación de fuentes de empleo, inestabilidad social, política, económica y jurídica, que de lugar a un Estado inestable y sin rumbo.

## CAPITULO III

### **3. CONTEXTO JURÍDICO DE LA COMPETENCIA**

Dentro del campo jurídico, el derecho de la competencia, es básicamente nuevo, aunque ha sido tratado y discutido desde los inicios de la historia como ya se ha señalado anteriormente, no obstante es importante resaltar que éste se ha convertido en un tema de vital importancia a nivel mundial, especialmente por los antecedentes históricos como una fuente de protección a los consumidores, a las empresas generadoras de inversión y al Estado mismo, frente a los abusos de algunas empresas que buscaban influir en el mercado mediante prácticas restrictivas, creación de monopolios, etc., por lo que los diferentes países del mundo, de manera singular, o asociados internacional o regionalmente; ya estén regidos por el sistema anglosajón, o por derecho romano, han adoptado diferentes formas de protección a la competencia, o Antitrust.

#### **3.1 CONTEXTO INTERNACIONAL**

Dentro del contexto internacional, el derecho a la libertad de competencia y específicamente su desarrollo se ha orientado por varias tendencias, dos de estas bastante marcadas, a saber: la americana y la europea; la primera con

más experiencia que la segunda al haberse desarrollado con anterioridad, debido al gran desarrollo industrial y por la expansión de mercado de los Estados Unidos de América. La europea un poco más joven pero con ideas claras, lo que constituye su principal aporte al desarrollo de la materia.

A fin de ahondar un poco más en el tema, considero necesario precisar cuáles son los objetivos y las funciones de las normas Antitrust, ya que éstas han ido evolucionando, tomando en consideración que los objetivos pueden ser cambiantes en cada sistema jurídico, lo que obliga a adaptarse a las circunstancias del mundo. Un claro ejemplo de esta evolución, se originó al constatar que la competencia perfecta es inexistente, lo que dio impulso a una mayor intervención del Estado, a raíz de la Primera Guerra Mundial.

Antecedentes como éste, ampliaron el ámbito y vigencia a las normas Antitrust, que en principio contrastó con el objetivo originario que era la defensa de la libertad de empresa, objetivo que se vio menoscabado cuando se le asignó un objetivo adicional orientado a lograr que las políticas antitrust tuvieran una función social y de defensa a los consumidores.

Mención especial merece la opinión de Javier Viciano al citar en su texto a FIKENSTSCHER<sup>16</sup> en relación a las funciones del derecho antitrust, que tiene como premisa las funciones generales que están llamadas a cumplir las reglas de competencia que son: la función político-jurídica (protección de la actividad honrada), la función político-económica (búsqueda de una estructura económica equilibrada) y la función político-social o democrática (distribución del poder económico existente y del que se cree en la forma de un reparto adecuado de bienes y de posibilidades).

Pero si bien existen estas funciones, los objetivos asignados a estas, pueden variar dependiendo del mayor o menor peso específico asignado a cada una de las funciones, así se pueden tomar como objetivos dentro de la eficiencia

---

<sup>16</sup> Fikentscher W. "Las tres funciones del control de la economía" (Derecho antimonopolio) *Revista de Derecho Mercantil*, 1984 p. 486

económica, a la defensa de las pequeñas y medianas empresas, desarrollo tecnológico, eliminación de barreras de entrada, mantenimiento de condiciones adecuadas para el ejercicio de la libertad de empresa, eliminación de arbitrariedades de los poderes públicos etc.

Todo esto ha generado un debate tanto en América como en Europa, sobre las concepciones diferentes entre las funciones y objetivos del derecho antitrust. En mi criterio, al querer por ejemplo dentro de la función político-jurídica, proteger la actividad económica, creo que la intervención del Estado es necesaria, para establecer reglas claras, pero sin embargo el Estado también puede generar arbitrariedades en lo que se refiere a control excesivo de la empresa, ya que no podemos tomar como defensa de la competencia, disposiciones que entrañan verdaderas restricciones, sin que se haya generado ningún tipo de violación por parte por las empresas.

Lo que en realidad debería existir es una fijación de reglas dentro de las cuales las empresas actúen tomando como premisa fundamental que sus actuaciones, cuando tiendan a generar prácticas anticompetitivas serán sancionadas, más no controladas con anterioridad a que se produzca algún perjuicio.

Adicional a esto es necesario, tomar como punto fundamental que las empresas tienen un elemento que obliga a generar eficiencia, que es la misma competencia, son los consumidores los que elegirán cual de los competidores se adaptará a sus necesidades, ya sea por calidad, precio, eficiencia, etc.

En vista de estas necesidades por ejemplo en América, y en vista de la Sherman Anti-Trust Act<sup>17</sup> que surge en defensa de la competencia, y que prohíbe y prohíbe, todos los actos individuales o colectivos que intentaran restringir o monopolizar el comercio entre varios estados, se desarrolló un principio aplicable a la defensa de la competencia, que es de la razonabilidad, este principio

---

<sup>17</sup> “..(en nombre de John Sherman, senador estadounidense que propuso la ley) esta ley se se considera el nacimiento del Antitrust. La ley original ha sido modificada por el Congreso en repetidas ocasiones lo que ha generado que estas se vayan desarrollando al añadir situaciones que hoy por hoy conforman el actual Antitrust Law...”

es complicado ya que debe tomar en cuenta no solo el interés de las partes en el contrato, sino también el interés público y de los usuarios como beneficiarios o perjudicados de esta libertad y de las restricciones que su ejercicio implica.

Esta regla a la que se hace mención, se utilizaba en caso de enjuiciar una práctica restrictiva privada y supone un análisis de los efectos de una restricción sobre el sistema competitivo, este aspecto es interesante ya que existe una contraposición en dos puntos el primero mirar la realidad desde el ámbito jurídico tomando principios como la libertad, igualdad y justicia, y el segundo el ámbito económico donde en cambio se miden competencia y eficiencia.

¿Qué hacer cuando una compañía seria, propone un desarrollo integral de su mercado?, esta buscaría lograr la eficiencia, en todos los ámbitos, es decir en materia societaria, tributaria, laboral, y así tener un margen de legalidad para poder actuar en base a la competitividad, lograr ser mejor que otras empresas que ofrecen un producto similar al suyo, y si se toma en cuenta que para lograr la eficiencia, es necesario brindar calidad en el servicio, ya estamos tocando el punto de la libertad, porque estoy ofreciendo la posibilidad al consumidor de ejercer su libertad al escoger mi producto en base a mi calidad como productor, y a su vez estoy respetando el principio de igualdad, ya que las empresas pueden competir condiciones, semejantes, es decir todas las personas están en capacidad de utilizar su intelecto para mejorar su productividad, y en base a esto generar opciones para el consumidor.

Por todo esto considero que si una empresa utiliza prácticas restrictivas de la competencia como acuerdos colusorios, generación de monopolios, etc, estaría violando su propia libertad, perjudicándose ellos mismos, porque genera un sistema ineficiente, impedirá una asignación correcta de recursos, lo que a la larga disminuirá la demanda del producto, y afectará severamente la producción.

Obviamente existen criterios diversos en relación al tema y existen posiciones que consideran, que el criterio de eficiencia se contrapone totalmente al de

justicia, tal y como lo señala Lipsey, R.G., en su libro "Introducción a la economía positiva" y por tanto no se debería enjuiciar las restricciones, porque estas deben realmente comprobar si el progreso económico es compatible con la libertad de empresa y más aún con la justicia distributiva.

Al respecto creo que la intervención del Estado es importante, el problema es encontrar la medida exacta en la que éste no genere, al contrario que sus objetivos, una mayor inestabilidad, debido a que si empieza a obrar en base a restricciones totalitarias, donde se fijen precios de determinados bienes y servicios, se impongan barreras de entrada, y a pretexto de generar eficiencia y proteger al consumidor, deberá realizar excesivos controles a través de tributos, restricciones de índole societario, discriminación, etc., lo que tornará complicado que las personas naturales, o jurídicas quieran invertir en un mercado asfixiante donde no pueden actuar con libertad y más aún, sujetos a inestabilidad jurídica, siendo incluso sujetos de incautaciones, embargos, procesos de expropiación, etc.

Para entender mejor el tema propuesto, analizaremos un fallo emitido por una de las cortes americanas en base a esta ley; este es el caso *US vs Trans-Missouri Freight Association (1897)*, precedente del caso *US vs Standard Oil (1911)*, ambos referentes a acuerdos de precios entre competidores donde se aplicó el Art. 2 de la Ley Sherman, y se impusieron sanciones a las empresas por la aplicación de conductas unilaterales exclusorias.

En el Caso *US vs. Trans-Missouri Freight Association (1897)*, el Estado demandó en base a la Ley Sherman, (que como ya se señaló, prohíbe las conductas anticompetitivas en el comercio), la disolución de la asociación de dieciocho ferrocarriles del Oeste, y la condena por el intento de fijar las tarifas de transporte. Estas empresas alegaron que en base al principio de razonabilidad, estas no estaban sujetas a la Ley Sherman ya que no intentaban elevar los precios sino mantenerlos, y que adicionalmente la materia sobre transporte estaba regulada por otras normas anteriores, y por tanto no eran parte de prácticas anticompetitivas en relación a la libertad de empresa. Aquí por una decisión de 5 a 4, el Tribunal Supremo sostuvo que la Ley Sherman

sí era aplicable y prohibió todos los contratos que limiten el comercio interestatal o extranjero, y que, incluso, el principio de razonabilidad no se aplicaba, debido a que cualquier intento por fijar precios mediante acuerdos colusorios en el país, afectaba directamente a la competencia, y más aún a los consumidores, este fallo se aplicó catorce años después como precedente en el caso de Standard Oil.

En concordancia con este caso, posteriormente se promulgó la ley Clayton y la Ley de Creación de la Comisión Federal de Comercio, FTC Act. que sirvió para extender las conductas sancionables, y la creación de una agencia especializada en combatir casos de violación a la defensa de la competencia.

Ya en lo que se refiere a la Comunidad Europea, pese a que es mucho más reciente, sin embargo desarrollaron primero una jurisprudencia y después una legislación, que en primer lugar, iba en contra de la competencia desleal, y tendía a proteger a los operadores económicos de los ataques sobre sus derechos subjetivos absolutos, de propiedad sobre la empresa y sobre bienes inmateriales como la propiedad industrial, esto se ha mantenido, hasta hoy, pero con un enfoque adicional que es proteger los intereses del consumidor y el interés público dentro de la economía.

Esto en realidad nace de una presión por parte de los Estados Unidos, después de la segunda guerra mundial; en función de evitar las restricciones provenientes del Estado, para esto es necesario ubicarnos en el contexto histórico, ya que era el fin de una guerra totalitaria, y más aún después de lo sucedido en la Alemania nazi donde existía un intervencionismo imperante, por lo que el objetivo era propugnar el establecimiento de un marco normativo suficiente que permitiera la existencia de un verdadero sistema competitivo, como una forma de volver a la paz internacional.

Aquí es donde surgió un nuevo dilema por querer asignar dos tipos de funciones diferentes al derecho antitrust, la primera tomando como punto de partida principal a la libertad individual; mientras que para otros se debía proteger a la competencia pero como institución jurídico-económica, con el pasar de los

años los pensadores han concluido que si se lo considera como una institución de la economía de mercado y junto a ello se respeta la libertad individual, se estará protegiendo al derecho de competencia.

Así, esta institucionalización de la competencia económica como objeto de protección radica en la dimensión social que en los últimos años ha adquirido el Derecho de la competencia, ya que se debe garantizar no solo los intereses de los competidores sino también los del interés general del pueblo.

En este sentido Galan Corona señala<sup>18</sup>:

...la expresión libertad de competencia está en buena medida, vacía de significado ordinamental, por cuanto la libre competencia ni es el bien o fin jurídico tutelado o perseguido, en la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia (Ley española, actualmente derogada), ni es tampoco el valor normativo superior primado en la política de la Ley. Se trata de una expresión político – económica cargada de contenido ideológico, más que jurídico, porque como expresión jurídica es tan reiterativa y sobrecargada, como inexpresiva. Es elemental que sin libertad no hay competencia: o lo que es igual, decir competencia es decir libertad.

Lo anterior nos da un punto de vista interesante, ya que señala que es evidente que para que exista competencia, es vital la existencia de libertad, a pesar de que sea o no un bien jurídico tutelado, simplemente, si se imponen restricciones a la libertad no habrá competencia real.

En lo que se refiere a la aplicación del derecho de competencia en el ámbito de la Unión Europea, estos hacen esfuerzos por mejorar el nivel de competencia, tal y como lo demuestra el Tratado de Roma, en su Art. 81 que prohíbe los acuerdos y prácticas concertadas que pueden afectar al comercio entre Estados miembros y los que tengan por objeto o efecto impedir o restringir la competencia.<sup>19</sup>

---

**18** Acuerdos Restrictivos..., pp. 32 – 33. Font Galan Constitución económica p. 284.

**19** Artículo 81 del Tratado de Roma “1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de

Tomando en cuenta lo dispuesto por el Art. 81, es importante señalar por ejemplo que en la Unión Europea, se han tomado medidas como por ejemplo la *Leniency* o política de indulgencia, que consiste en recompensar a aquellas empresas que formando parte de un cartel informen sobre la existencia de éste. Esto se empezó a aplicar en el 2002, como una forma de incentivar a las empresas a que colaboren con el descubrimiento de estos acuerdos restrictivos.

Como podemos apreciar en Europa, el Estado o los Estados miembros, han asumido un papel activo en el control de prácticas restrictivas a la competencia, a través de incentivos a las empresas como una técnica innovadora que está dando resultados.

Por otro lado también es importante señalar, que a pesar de estos intentos, la pérdida de la fe en el sistema de competencia perfecta por parte de los economistas, hace que nazca un nuevo tipo de intervención estatal en la economía, que tiene por objeto la exclusión del sistema de competencia y se lo sustituya por uno de una economía planificada, en la medida en que las condiciones de entrada en el mercado, los precios, la calidad y las condiciones de servicio, y la obligación de suministro son fijadas por el órgano interventor y no por los operadores en un mercado libre.

Esta intervención estatal, que ha crecido a partir de la gran depresión, ha supuesto la inaplicación de las normas de defensa de la competencia, y lejos de ocasionar una forma de protección, ha generado una intervención mediante

---

transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. 2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho. 3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a (excepciones de aplicación)): cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, –cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, –cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

la cual la clase capitalista precautela colectivamente los interés de clase, aprovechándose del Estado y haciendo que éste pierda la orientación social, que se le quería asignar.

De igual manera si se toma al derecho antitrust, únicamente en beneficio de los consumidores, supone la reducción de los ciudadanos a simples seres económicos, sin ningún otro interés. Obviando así los derechos fundamentales, políticos y económicos reconocidos en toda Constitución.

A partir de esta consideración fundamental, es que más adelante se analizará cual es la posición del Ecuador dentro de la normativa de protección a la libertad de empresa, si los cambios constitucionales propuestos son en realidad una forma de encontrar la justicia, o si por lo compleja que resulta ser la norma jurídica y más aún la norma constitucional, se está dotando a la sociedad de herramientas para que se utilice a los sectores populares y así se justifique un supuesto crecimiento, de las grandes industrias.

### **3.2 DESARROLLO REGIONAL**

En el campo regional, hay que tomar en cuenta los esfuerzos realizados por la Comunidad Andina, por desarrollar el derecho de competencia en diferentes materias, como la pesca, telecomunicaciones, tecnología, producción, etc. El Ecuador, hoy por hoy, es parte de este grupo, en donde se han empezado a expedir normas de protección a la competencia, y más que a ésta en sí, a la inversión extranjera, a fin de abrir paso a una nueva etapa de crecimiento del país, como parte del entorno de los países considerados como subdesarrollados, así el Acuerdo de Cartagena de 26 mayo de 1969, reconoce como aplicable y vinculante las decisiones de la CAN en materia de Competencia, de acuerdo a lo que mandan los artículos 93 y 94, del texto subregional.

De lo anterior queda claro que las reglas de libre competencia permiten garantizar a las empresas el libre acceso, en condiciones competitivas, a los bienes y servicios necesarios para la producción, fomentando la eficiencia económica y buscando el bienestar de los consumidores.

En este sentido en marzo del año 2005, la Comunidad Andina aprobó la resolución 608 que norma la “protección y promoción de la libre competencia, en la subregión andina”, que respondía a los requerimientos del proceso de integración, apertura comercial y globalización que atraviesa el mundo. Esta decisión entró en vigencia en nuestro país el 25 de Julio del 2005<sup>20</sup>

La decisión prohíbe y sanciona las conductas restrictivas de la libre competencia que afectan a la Subregión, sean las dictadas en el territorio de uno o más de los Países Miembros, o en el territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina, y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros. Aquí hay que tomar en cuenta que se excluyen prácticas anticompetitivas cuyo origen y efecto se dé en un único País Miembro, ya que se reconoce la autonomía que tiene cada Estado, para que sean estos quienes regulen estas situaciones, con arreglo a la legislación de cada país.

En la decisión 608 se definen conductas restrictivas a la libre competencia, como el abuso de posición de dominio en el mercado, el procedimiento de investigación, el establecimiento de medidas cautelares, medidas correctivas o sancionatorias, y adicionalmente la creación o formación del comité Andino de Defensa de la Libre Competencia.

Dentro de lo que es el procedimiento, la Secretaría General de la Comunidad Andina, puede iniciar una investigación de oficio o a solicitud de parte, ya provenga ésta de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, de los organismos nacionales de Integración de los Países Miembros, o de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, organizaciones de consumidores u otras entidades que consideren que se está violando el derecho a la libertad de empresas o existieren prácticas que pudieran restringir de manera indebida la competencia en el mercado.

La primera parte de la investigación, se debe emprender de manera conjunta con las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia,

---

<sup>20</sup> Gaceta Oficial No. 1221 del Acuerdo de Cartagena.

se pueden realizar audiencias, llegar a acuerdos o al establecimiento de medidas cautelares. Una vez que la investigación termina, y la Secretaría General, emite el informe, éste se pone a consideración de las partes para que formulen sus alegatos y también de los miembros del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, que está integrado por un representante de alto nivel de cada País Miembro, para recibir sus recomendaciones, en base a esto sea la Secretaría General quien se pronuncie.

Como resultado se podrán imponer medidas correctivas y sancionatorias cuya ejecución será de responsabilidad de los gobiernos de los Países Miembros en donde las empresas tengan sus sedes de negocio, o donde causen efectos las prácticas denunciadas.

De igual manera la Comunidad Andina sanciona el dumping como una práctica de discriminación de precios, que se verifica cuando una empresa exporta sus productos a otro país, a precios menores de los que vende en su mercado interno.

Las normas comunitarias aplicables a importaciones, objeto de prácticas de dumping, son la Decisión 456 cuando las importaciones objeto de dumping sean originarias de un País Miembro de la Comunidad Andina y la Decisión 283 cuando los productos sean originarios de un tercer país y afectan las exportaciones de un País Miembro a otro País Miembro, o son dos o más Países Miembros los afectados por las prácticas de dumping y el producto está sujeto al Arancel Externo Común (AEC).

Así por ejemplo cuando en el curso de operaciones comerciales normales, el precio de exportación de un producto es menor que el precio interno de un producto similar destinado al consumo en el país exportador. Las normas comunitarias disponen que habrá de realizarse ajustes específicos tanto al precio de exportación como al de venta en el mercado interno del país exportador, para permitir una comparación equitativa de ambos valores, tomando en cuenta que estas pueden variar de acuerdo a las mismas condiciones del mercado, y a las cargas tributarias, características físicas, entre otros.

Dentro de la Comunidad se ha considerado que un margen de dumping es insignificante cuando la diferencia estimada respecto del precio de exportación es inferior al cinco por ciento, 5%, en el comercio de productos originarios de un País Miembro, o cuando es inferior al dos por ciento, 2%, en el comercio de productos originarios de un tercer país. Y adicionalmente este es sancionado cuando se considera que existe un daño grave o amenaza de daño grave a la producción nacional destinada, según el caso, al mercado interno o a la exportación del País Miembro.

Se deja constancia que, el dumping se sanciona por igual en materia de exportaciones como de importaciones, cuando estas son objeto de prácticas de subvenciones que existen por ejemplo, cuando un gobierno o cualquier organismo público realiza una transferencia directa de fondos, condona o no recauda ingresos públicos, proporciona bienes o servicios que no son de infraestructura general, compra bienes a un precio mayor al del mercado o cuando existe alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios. Dicha acción debe causar un beneficio al receptor.

En este caso se aplica la Decisión 457 cuando las importaciones objeto de dumping son originarias de un País Miembro de la Comunidad Andina y la Decisión 283 que sanciona por igual el dumping, cuando los productos son originarios de un tercer país y afectan las exportaciones de un País Miembro a otro País Miembro, o son dos o más Países Miembros los afectados por las prácticas de dumping y el producto está sujeto al Arancel Externo Común (AEC).

Adicionalmente, se requiere que la subvención sea “específica”, es decir, debe favorecer a una empresa en particular, a una rama de la producción, o a un grupo de empresas, en detrimento de otras.

Cuando se trata de subvenciones, la medida a aplicar se denomina “medida compensatoria” y se ha de aplicar a la totalidad de las importaciones procedentes del país exportador, a diferencia del dumping, donde no necesariamente se aplica a todas las exportaciones sino a parte de estas.

Con esto nos damos cuenta que los países a nivel regional, se preocupan cada vez más por expedir una normativa aplicable a prácticas que, de una u otra manera, puedan afectar al libre desenvolvimiento de la competencia en los países miembros o cuando un tercer país afecte al desarrollo de la economía de un país miembro.

Es importante tomar en cuenta que, además de los esfuerzos colectivos de los países, también es necesaria una práctica individual de cada Estado miembro para desarrollar una política de defensa de la competencia, que vaya en concordancia o esté en armonía con las decisiones tomadas, ya que si no existe apoyo en la aplicación de estas, o estas no funcionan, obviamente no generarán la protección necesaria a los agentes económicos, ni al Estado, ni a las empresas, y menos a la economía popular y a los consumidores.

### **3.3 DESARROLLO LEGISLATIVO EN EL ECUADOR**

En lo que se refiere a nuestro país, con el pasar de los años, ha ido evolucionando el criterio sobre la competencia, en un inicio y por la situación imperante, se expedieron normas jurídicas como la Ley de Seguridad Nacional (derogada), Ley de Extranjería, Ley de Radiodifusión y Televisión, Ley de Pesca, Ley de Aviación Civil, Ley de Minería, etc., que en concordancia con la época, evidenciaban el criterio de un Estado proteccionista de sus nacionales al establecer normas que restringían el acceso de la inversión extranjera, especialmente en determinados campos, considerados por el Estado como propios y de su exclusiva competencia.

En la misma época, incluso se previó constitucionalmente, a fin de proteger la seguridad nacional, una prohibición dirigida a los ciudadanos extranjeros quienes no podían ser dueños de inmuebles (entre otros derechos reales) en la franja de 50 km medidos hacia el interior de la línea de frontera y playas del mar. También en la ley de radiodifusión y televisión, se preveía que el espectro electromagnético es del Estado, y por tanto los extranjeros no pueden tener más de un 25% de la inversión y pese a que fue demandada su inconstitucionalidad, esto se mantuvo en vigencia. La ley de pesca, también restringía la

actividad pesquera para las empresas extranjeras y mixtas, ya que establecía, que para poder incursionar en esta rama era necesario un capital nacional de más del 80%, y que sean los nacionales quienes administren la empresa.

La ley de aviación civil del año 74, establecía que los servicios aéreos solo podían ser prestados por personas naturales ecuatorianas y personas jurídicas constituidas en el Ecuador, cuyo capital debe pertenecer en un sesenta por ciento (60%) a ecuatorianos y cuyo representante legal y las dos terceras partes (2/3) del órgano administrativo debe ser ecuatoriano. Todas estas leyes evidencian, las restricciones al acceso al libre comercio, especialmente para los extranjeros, lo que de una u otra forma y considerando la realidad económica e industrial de nuestro país, era una restricción en general al desarrollo de la competencia, ya que es el Estado quién impone barreras de entrada; es preciso indicar que todas estas leyes se encuentran derogadas, a partir de la vigencia de la Ley para la Promoción y Protección a la Inversión, cuya finalidad se orienta a dar soporte al desarrollo económico y social, y se elaboró bajo la premisa fundamental de lograr la modernización del Estado y generar transformaciones profundas e inmediatas en favor de la sociedad ecuatoriana, en ese contexto se permitió, o más que permitir, se eliminaron las restricciones al ingreso de la inversión extranjera al país.

En el ámbito netamente constitucional, la Carta Política del año 1998, señalaba en el numeral 7 del artículo 23, "...es deber del Estado garantizar 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..." con lo que también estaba apoyando al desarrollo de la competencia al establecer una regla importante, que señalaba que las empresas deben prestar servicios de óptima calidad para el beneficio del consumidor, y por otra parte que el consumidor tiene derecho a elegir el bien que necesite, con libertad.

De igual manera lo hizo la Ley de Defensa del Consumidor, del 4 del julio del 2000, ya que intentaba establecer bases para de alguna manera regular la competencia en el país, en pro de la defensa de uno de los agentes económi-

cos más afectados que en este caso vienen a ser los consumidores. Este texto legal incorpora un glosario de términos que intentan definir ciertas categorías, por ejemplo consumidor, especulación, oferta, demanda, entre otras, a fin de que el consumidor conozca y a su vez reclame sus derechos. El artículo 4 consagra los derechos del consumidor donde se destaca, al igual que en la Constitución, como objetivo, disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad; adicionalmente hay que relieves el derecho a un trato no discriminatorio o abusivo, entre otros, que dicen relación con el correcto funcionamiento del mercado.

Ya dentro de lo que son sanciones, a hechos que restrinjan la competencia, la ley condena, pero de manera muy precaria, las prácticas abusivas pero más en lo referente a publicidad engañosa y características de los productos.

De igual manera la Ley de Propiedad Intelectual, dispone en su artículo 284 y siguientes "...se considera competencia desleal a todo hecho, acto o práctica contraria a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas..", esto partiendo de la premisa de que el tutelar o proteger creaciones intelectuales es una forma de fomentar el libre comercio. Incluso el Código Penal de alguna manera tipifica a los monopolios, fraudes y engaños. En su Capítulo V "De los relativos al comercio, industrias y subastas", artículo 363, se dice:

*Serán reprimidos con prisión de dos meses a dos años y multa de treinta y un ciento veinte y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América: los que hicieren alzar o bajar el precio de las mercaderías, de los papeles, efectos o valores, por cualquier medio fraudulento, o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o genero, con el fin de no venderla sino por un precio determinado.*<sup>21</sup>

Todo esto es aplicable a la repetida práctica de especulación de precios, hoy por hoy muy difundida en nuestro país, especialmente en el tema del azúcar,

---

<sup>21</sup> Codificación del Código Penal, publicado en el Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo. Art. 369: "Toda asociación formada con el fin de atenta contra las personas o las propiedades, es un delito que existe por el solo hecho de la organización de la partida".

producto objeto de varias incautaciones en el país, hecho que generalmente recae sobre los productos de primera necesidad, donde los vendedores o productores buscan obtención de un beneficio económico adicional, basado en fluctuaciones de precios o el ocultamiento de las mercancías.

De igual manera la Ley de Compañías prohíbe la formación y funcionamiento de compañías que tiendan al monopolio o prácticas comerciales orientadas a su conformación, pero al ser puramente declarativo no tiene mayor incidencia en la práctica, sobre el derecho de competencia.

Otra ley nacional que incluye en su régimen a la libre competencia, es la Ley de Telecomunicaciones que en su Art. 38 (sustituido por el Art. 58 de la Ley de Transformación Económica del Ecuador TROLEBUS, 2000-4, R.O. 34-S, del 13 de marzo de 2000), señala "...Todos los servicios de telecomunicaciones se brindarán en régimen de libre competencia, evitando los monopolios, prácticas restrictivas o de abuso de posición dominante, y la competencia desleal, garantizando la seguridad nacional y promoviendo la eficiente universalidad, accesibilidad, continuidad y la calidad del servicio..."

Con estas leyes que se encuentran en armonía con la protección o defensa a la competencia, y con lo previsto en convenios y normativa regional suscrita por nuestro país, podemos evidenciar que en realidad existieron esfuerzos por que exista un ordenamiento encaminado a proteger al consumidor dentro de la relación económica, pero que sin embargo se encuentran dispersas y a diferencia de países como Estados Unidos, España, Chile, nuestro país no tiene una normativa unificada que permita desarrollar un uso correcto de la defensa de la competencia, ya que no se tipifican prácticas anticompetitivas, ni tampoco se limita el campo de acción del Estado como parte activa de las relaciones económicas, y aunque han existido varios intentos por legislar en este tema, a través de proyectos que no han logrado constituirse en ley.

A manera de ejemplo consignaré los principales: En el año 2001, se presentó un proyecto de ley de Competencia, que pasó el primero y segundo debate en el pleno del Congreso y sin embargo fue vetado en su totalidad por el Pre-

sidente encargado de aquella época, el Sr. Pedro Pinto. El 2do proyecto para la creación de una ley de competencia, fue inspirado en el año 2004, motivado por las cámaras de la producción del país, pero lastimosamente por la búsqueda de consensos con los actores políticos cambió su espíritu y nunca fue enviado al Congreso para su discusión. En el año 2005 surgió el proyecto de Ley Orgánica de la Libre Competencia Económica, pero lastimosamente por la época de transición que vivía el país con el derrocamiento del ex presidente Lucio Gutiérrez no prospero; al siguiente año también existió una propuesta sobre el mismo proyecto, que fue tratada en primer debate por el Congreso, pero el Diputado que la patrocinaba terminó su período y la propuesta quedó estancada. Y así llegamos hasta hoy en día donde el gobierno ya ha tomado la iniciativa para la expedición de una Ley de Competencia, donde la Presidencia, el Ministerio de Industria, SENPLADES, CORPEI y la Red Interinstitucional de Competencia, bajo la coordinación del Consejo Nacional de la Producción y Competitividad deberán aunar todos sus esfuerzos para sacarla a flote.

Todos estos intentos nos muestran la intencionalidad de que con el transcurso de los años el Ecuador ha buscado que el derecho de competencia crezca o sea fomentado.

Aquí considero importante incluir el análisis del sistema económico actual, elevado a rango constitucional, referido a la economía solidaria, donde vale la pena mencionar que a criterio de las personas entendidas en el tema, lo que la Constitución logró garantizar con el cambio de economía social de mercado a economía solidaria, fue que se respete una identidad dentro de la economía, ya que se permite diferenciar a todas las formas de economía, por más pequeñas que sean, sin que estén sujetas a restricciones de ningún tipo, por ejemplo la economía informal. A diferencia de épocas que consideran grises donde se trastocaba el papel de cooperativismo, o de otras asociaciones económicas, ya que para que funcionen se les exigía requisitos similares a los de un banco, pese a que no perseguían fines de lucro, sino el apoyo a sus socios o miembros de su directorio, a diferencia de los bancos en que conceder crédito a uno de sus accionistas o directivos configura una conducta sancionada por la ley.

De igual manera aquí se toma como premisa fundamental que la economía solidaria busca un simil recreado en la familia, donde no es importante el fin de lucro sino lograr que todos los miembros de la célula familiar produzcan, y tenga los medios suficientes para vivir. Así se considera que la Constitución de Montecristi, logra que se dé una transparencia a las relaciones económicas, donde las empresas a través del principio de la solidaridad, regulen sus actividades mercantiles sin desmejorar el medio ambiente y la fuerza de trabajo.

Sin embargo hay que tomar en cuenta que se han “escapado” puntos básicos dentro del pensamiento de la economía solidaria, como por ejemplo dentro de la familia especialmente de los estratos más bajos, o de economía popular en el que convergen problemas de explotación, de padres a hijos, de hermanos a hermanas, o de hijos a padres, es por esto que al tratar de implantar un modelo económico también se deben establecer medidas que logren generar una conciencia social en la ciudadanía, para que no se convierta en una forma de explotación legalizada. Tampoco se toma en cuenta por ejemplo que al existir una complejidad tan grande en la norma jurídica, se puede estar dotando a los gobiernos de una arma para que se cometa cualquier tipo de irregularidades y a pretexto de tomar medidas ante prácticas que restrinjan la libre competencia, se dé carta abierta al Estado, o a las mismas empresas multinacionales, para que cometan abusos en contra del consumidor.

Por todo esto creo que es preocupante que se dicten medidas regulatorias por una transición política, sin tomar en cuenta los efectos posteriores y más aún la forma práctica de aplicar los modelos que pueden en teoría ser realmente beneficiosos pero que en la práctica se encuentran con la posibilidad de no ser factibles de ejecución.

De igual manera considero peligrosos los decretos y resoluciones propuestos por el gobierno actual, en lo que de una u otra manera se restringen campos societarios, tributarios, etc., lo que impone mayores requisitos para el ingreso de la inversión, lo que termina por afectar la creación de industrias.

Así me refiero al Decreto Ejecutivo Número 1614 de fecha 14 de marzo de 2009, promulgado en Registro oficial No. 558 de 27 de marzo del 2009; en el que se fija un conjunto de normas para la aplicación de la decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, y nombra al Ministro de Industrias, como autoridad de aplicación de la decisión 608 de la CAN, y a la Subsecretaría de Competencia (inexistente) como autoridad encargada de la promoción, difusión, investigación y sanción en materia de competencia. Esto a pesar de que a mi criterio al otorgar potestad en materia de competencia a esta parte del poder ejecutivo, hace que se pierda la autonomía que debería tener para que no se vean parcializadas las decisiones en materia de competencia. Ya que debería existir al igual que en otras materias, jueces especializados que traten este tema.

Entre otros de los decretos que tienen rango constitucional, consta la atribución conferida por el artículo, 335 de la Constitución vigente, que señala "... El estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal...", y el Art. 304 del mismo cuerpo legal, dice: "...Evita las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.."

Cualquiera que sea el ámbito de aplicación de estas normas, se lo debe hacer teniendo como fundamento la economía social y solidaria, actualmente vigente; que el Estado no puede a pretexto de proteger la producción nacional, y más aún en el contexto histórico de nuestro país, fomentar prácticas monopólicas o restrictivas de la competencia en el sector público, a esto hago alusión debido a que el Art 304, ya señalado, nos dice "... particularmente en el sector privado..." pero al ser el Estado también parte integrante del mercado, es necesario establecer un límite de acción del mismo para que no se tergiverse el origen del derecho de competencia, que era controlar cualquier tipo de limitante negativo a la libertad de empresa.

Si no existe nada que pueda controlar las prácticas restrictivas a la competencia por parte del Estado, a través de medidas de regulación como las que se están aplicando hoy en día, tendremos un Estado que buscará un control absoluto sobre las empresas lo que desincentivará la producción, y como consecuencia eliminará miles de fuentes de trabajo.

Respecto a lo señalado, y haciendo referencia a la historia jurídico- legislativa de nuestro país, considero que al adoptar estas nuevas medidas económicas, estamos retrocediendo al pasado donde las restricciones a la inversión eran evidentes, y éste no sería el modelo a seguir, peor aún en un mundo globalizado, donde lo que el mundo entero quiere y necesita es abrir sus fronteras, crear fuentes de trabajo. No podemos retroceder después de haber logrado avances importantes en esta materia.

### **3.3.1 POLÍTICAS ESTATALES EN EL ECUADOR**

Tomando en cuenta que la defensa de la competencia es una forma de regulación indirecta del Estado cuyo objetivo es controlar el poder de mercado, es importante destacar que existen dos tipos de políticas estatales: las políticas de comportamiento, y las políticas estructurales, ambas como formas evidentes de regulación del Estado.

En el caso de las políticas de comportamiento, son sanciones de carácter judicial, impuestas por acciones ya sean presentes o pasadas cometidas por un agente económico, por una violación de ciertas normas. A diferencia de las políticas estructurales, que ya no es posterior al hecho o a la infracción, sino que defiende la competencia, antes de que se produzcan acciones consideradas nocivas. Esto lo hace a través de medidas que pueden influir sobre el número y el tipo de empresas que operan en el mercado, en este caso un ejemplo es el procedimiento de autorización y control de ingreso de las empresas al mercado, la fusión de las empresas, o la adquisición de estas.

Con este antecedente y basados en el contexto internacional, regional y nacional que ya hemos desarrollado a profundidad considero que el Estado

Ecuatoriano ha tenido una aplicación que se podría entender como estructural, pero sin embargo no aplicada correctamente, esto debido a que en la antigüedad basándome en la historia ya señalada y el carácter restrictivo existían normas y disposiciones pero no en pro de una defensa de la competencia ante prácticas restrictivas en sí, sino más bien en relación a lo que se podría llamar “protección a la producción nacional”, posteriormente y dentro del contexto regional e internacional, el Estado intentó regular igualmente la competencia, pero dentro de un concepto más favorable para el consumidor.

En relación a las políticas del comportamiento, en nuestro país, como ya lo señalamos anteriormente, no existe una Ley de Competencia, y las leyes vigentes que intentan normar el tema, son puramente enunciativas, a excepción del Código Penal que establece sanciones, y que a pesar de esto no existe jurisprudencia, donde realmente se verifiquen los hechos o prácticas sancionados por restringir la libre competencia.

### **3.3.1.1 RESOLUCIONES SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS**

Dentro de las resoluciones de la Superintendencia de Compañías, particular mención merece la No. SC.SG.DRS.G.09.02 dictada el siete de septiembre del dos mil nueve, y publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 37 del miércoles treinta de los propios mes y año, este contiene el “INSTRUCTIVO SOBRE LA INFORMACION Y DOCUMENTOS QUE DEBEN REMITIR LAS COMPAÑIAS MERCANTILES SUJETAS AL CONTROL Y VIGILANCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑIAS QUE CUENTAN CON SOCIEDADES EXTRANJERAS EN CALIDAD DE SOCIOS O ACCIONISTAS”.

Dicha resolución trata temas que, según los considerandos iniciales, busca lograr insertar la “transparencia” en las inversiones nacionales y extranjeras, logrando que los socios o accionistas de las compañías mercantiles sean plenamente identificables, inclusive tratándose de personas jurídicas, eliminando el velo societario que hoy está en plena vigencia en todo el mundo.

Así el Art. 2 señala que la resolución será obligatoria para las compañías nacionales sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías que tengan como accionistas o socios, a personas jurídicas extranjeras, cuyos capitales sociales estuvieren representados en acciones, participaciones o cuotas nominativas; es decir, expedidas o emitidas a favor o a nombre de un determinado socio o miembro y de ninguna manera al portador.

En esta parte es indispensable resaltar que una sociedad es un contrato por medio del cual, dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria para realizar una actividad económica con el fin de obtener un lucro que sea repartible entre todas ellas. Y una vez cumplidas las formalidades constitutivas, estas sociedades adquieren personalidad jurídica, distinta e independiente de los socios que la han formado. La personalidad jurídica dota a la sociedad de una individualidad, de forma que se le atribuye un nombre comercial, una nacionalidad y un domicilio, además le dota de capacidad y de autonomía para actuar y contratar en su propio nombre con terceros, respondiendo la sociedad de las deudas sociales como norma general.

Si bien es cierto, en algunas ocasiones estas sociedades han originado, por la característica de poseer personalidad jurídica, ser un instrumento para la comisión de fraudes y abusos a los derechos de terceros, ya que en algunos casos han sido simples herramientas para ocultar la identidad, patrimonio e incluso la responsabilidad de los socios o accionistas. Pero también es cierto que como en todo el mundo está lleno de situaciones diversas, la característica de protección a las sociedades se origina precisamente para la protección de las personas inmersas en la actividad económica.

Si el Estado aplica esta forma de restricción a las empresas, éstas en su gran mayoría quedarían a merced de la competencia, donde se pueden utilizar todo tipo de instrumentos, incluso personales, para afectar al buen desenvolvimiento de la libre empresa. Por este motivo considero que es indispensable que el Estado, como el órgano supremo sea el llamado a proteger este derecho, considerando que si existen reglas claras para las empresas y se establecen sanciones en caso de que estas se encuadren dentro de determinada

conducta, ya va a existir una base legal suficiente para que estas cumplan tanto con sus deberes como sus derechos.

En cuanto al “levantamiento del velo societario”, considero que tal como se concibe en la jurisprudencia norteamericana, son una medida de protección a la competencia, con las que se pretende descubrir la verdadera situación en que se encuentra la sociedad, en caso de que exista la presunción de que esta está actuando al contrario de lo que dicta la norma, es decir es una sanción que pretende prescindir de la ficción o forma legal que supone la personalidad jurídica y juzgar a la empresa de acuerdo con la realidad.

Es tanto así que en la mayoría de casos donde la jurisprudencia ha aplicado estas teorías existe el denominador común, que es el derecho del Estado a contrarrestar los supuestos de abuso de derecho e impedir el fraude de ley, como por ejemplo supuestos de confusión de patrimonios, es decir, en aquellos en los que el patrimonio de los socios no puede distinguirse del de la sociedad; o prácticas donde uno de los socios o tercero ejerce un control dominante sobre la entidad; en el caso de constitución de sociedades capitalistas mediante testaferros; y en supuestos en que se utilice la forma social como medio de fraude de ley o a los derechos de terceros, originando perjuicios a intereses públicos o privados.

Pero dicha medida, debe utilizarse cuidadosamente, en casos extremos y de forma subsidiaria, en otras palabras, cuando no haya más remedio y no puedan esgrimirse otras armas legales, que no se puede olvidar que la personalidad jurídica, es una teoría que ha logrado grandes y eficaces éxitos para la expansión financiera y económica en general.

Por todas estas razones considero que la generación de normas como estas, a pesar de las ideas del gobierno actual, de que las empresas que no tienen nada que esconder no tienen inconvenientes en presentar la información requerida, para conocimiento de todos sus socios u accionistas, sean estos nacionales o extranjeros y ya sean personas jurídicas o naturales perfectamente identificables; es peligroso, el desnaturalizar la posibilidad de generar perso-

nas jurídicas, y más aún cuando esto afecte al derecho a la libertad de competencia y viole derechos fundamentales como a la intimidad. Es similar, si es que en algo se puede asimilar, al caso de establecer una sanción penal contra el asesinato por ejemplo, yo puedo establecer que este hecho será penado con reclusión máxima de hasta 16 años, pero no puedo encarcelar a una persona porque yo considero que es peligrosa y eventualmente podría cometer el delito.

Con esto lo que quiero decir es que, el Estado debe limitarse a establecer como lo he señalado incansablemente en el desarrollo del presente trabajo de investigación, las reglas claras con sus respectivas sanciones, pero no sancionar a los sujetos ante la mera expectativa de que sucedan los hechos.

### **3.3.1.2 ANALISIS DE EL CASO PRACTICO TAME EN LA RUTA AEREA QUITO-LOJA-QUITO, DENTRO DEL MERCADO ECUATORIANO.**

He considerado importante señalar este caso como parte de la presente investigación, debido a que a mi criterio es un ejemplo de intervención dentro del derecho a la libertad de competencia. A manera de introducción es preciso señalar que la ruta aérea Quito-Loja-Quito es una de las más costosas en lo que se refiere al servicio de transporte a nivel nacional, llegando incluso a compararse con el costo de rutas internacionales a destinos como Lima, convirtiéndose así en un verdadero lujo para las personas hacer uso de este servicio que hoy en día y por efectos mismos de la globalización y la necesidad de acortar tiempos y distancias llega a convertirse en un servicio de primordial importancia para el desarrollo del comercio y la integración de esta zona fronteriza del país. y más aún si consideramos que la distancia Quito-Loja, en transporte terrestre son aproximadamente 12 horas de viaje.

Con este antecedente es necesario aclarar que la única empresa autorizada por la Dirección de Aviación Civil, para prestar este servicio en la ruta aérea antes mencionada en la compañía TAME, cuya figura societaria si bien no se configura como de economía mixta para mostrar la participación del Estado,

es una empresa creada mediante ley No. 104, denominada Ley Constitutiva de la Empresa Estatal de Aviación Transportes Aereos Militares del Ecuador, y que en sus considerandos señala que mediante el Decreto Supremo No. 1020, publicado en el Registro Oficial No. 272, del 18 de junio de 1964, se estableció el servicio de Transportes Aéreos Militares Ecuatorianos (TAME), como Departamento de la Fuerza Aérea Ecuatoriana (FAE); y que por el avance tecnológico de la industria aeronáutica fue necesario revisar y actualizar el conjunto de normas y disposiciones administrativas y financieras de la empresa a fin de crear una administración autónoma y más ágil para el mejoramiento del servicio aéreo comercial; así se crea esta empresa, adscrita a la Fuerza Aérea Ecuatoriana, bajo la figura de una sociedad anónima según lo señalan los registros y archivos de la Superintendencia de Compañías del Ecuador, con un capital social de \$ 1500 dólares.

Ahora bien si esta compañía es una sociedad anónima con patrimonio autónomo, su organización y dirección está conformada por el Jefe del Estado Mayor de la Fuerza Aérea Ecuatoriana (FAE), nombrado directamente por el poder ejecutivo y que según la ley antes mencionada será quien lo presidirá; de igual manera lo conformaran El Comandante de la Primera Zona Aérea; El Director de Finanzas de la Fuerza Aérea Ecuatoriana (FAE); El Director de Operaciones de la Fuerza Aérea Ecuatoriana (FAE); todas estas autoridades son parte de la fuerza pública ecuatoriana, que por naturaleza son obedientes y no deliberantes dentro de la organización del Estado; y El Presidente Ejecutivo de TAME, quien ejercerá la representación legal de la Empresa, y es designado por el Directorio a base de una terna elaborada por el Comandante General de la Fuerza Aérea Ecuatoriana e integrada por oficiales generales o superiores en servicio activo o pasivo.

Si tomamos en cuenta todo lo analizado en la presente investigación, creo que es claro que se presentan restricciones a la libertad de competencia, en primer lugar al existir barreras de entrada al ser si se quiere una empresa considerada como juez y parte, ya que a pesar de que la compañía esta registrada como una compañía anónima, por su propia organización determinada mediante ley, no está en igualdad de condiciones que cualquier otra compañía

que quiera ingresar en el mercado, para explicarme mejor, es el Estado quien confiere las autorizaciones para el uso del espacio aéreo ecuatoriano a través de la Dirección de Aviación Civil, y al mismo tiempo es el Estado a través de una compañía anónima adscrita a la FAE, quien brinda el servicio, eliminando así la competencia de otras compañías que pudiesen eventualmente prestar el servicio como ya lo han hecho en otras rutas como Quito–Guayaquil o Quito–Cuenca, surgiendo así otra grave consecuencia generada de la condición de monopolista de la compañía que es que el usuario o consumidor final sufra las consecuencias al tener que cancelar un valor excesivo por un servicio que muchas veces no es de calidad, y eliminando su derecho a elegir que servicio es el que quiere, que compañía me lo va a prestar y obligando por la necesidad de trasladarse de manera rápida, a usar rutas alternas como Quito–Cuenca, destino donde si existen más compañías competidoras, a un costo muy inferior del establecido para la ruta señalada, pero con el costo de oportunidad de una vez que el usuario arriba a la ciudad de Cuenca, realizar otro viaje de 3 horas, obviamente más corto que las 12 horas normales del destino Quito–Loja, pero que si consideramos que existen viajeros de la 3ra edad, mujeres embarazadas, personas con capacidades especiales, o simplemente personas que necesiten con urgencia el traslado en corto tiempo en esta ruta, por diferentes motivos; este costo de oportunidad es algo que muchos no pueden aceptar, violándose así un derecho que sería el Estado el llamado a proteger.

## CAPITULO IV

### 4. CONCLUSIONES

En el presente tema de investigación, es de vital importancia tomar en cuenta las siguientes conclusiones, dentro de lo que significa economía solidaria, sus implicaciones dentro del marco constitucional ecuatoriano, y en que medida es importante o no la intervención del Estado, en lo que se refiere a la defensa del derecho de competencia.

- A manera de primera conclusión se puede decir que la economía solidaria es un sistema económico basado en el sentido social de la economía, y el reconocimiento de la persona como fundamento de la acción humana, es así, que toma como premisa fundamental a la reproducción de la familia como modelo económico, desarrollando figuras como el cooperativismo, dando un giro en lo que se consideraba fuente de la competencia, al cambiar al fin de lucro por la solidaridad.
- Al tomar a la familia como base del modelo económico es necesario también tomar en cuenta que dentro de esta existen abusos y explotación por parte de sus miembros, lo que reproducido a gran escala generará prácti-

cas similares a las que se quieren evitar, violando el ordenamiento jurídico, y por tanto la libertad de empresa. Por este motivo se convierte en punto indispensable que el Estado sea el órgano regulador, y genere límites y reglas claras para el buen desenvolvimiento del derecho de competencia y los agentes económicos involucrados, considerando que el Estado es uno de ellos.

- Al ser el Estado el órgano de regulación, es indispensable que cuente con la norma jurídica apropiada, en este punto la Constitución vigente, puede generar inconvenientes dentro de su interpretación, ya que por la complejidad de la norma, puede en cualquier momento constituir “puerta abierta” para que el Estado, a través de los gobiernos de turno, utilice la Carta Magna a su conveniencia, ya sea para generar un poder monopólico por parte del gobierno, o para que las grandes empresas multinacionales usen a la economía popular en favor de sus intereses.
- Otra conclusión importante es que el Estado no puede generar normas de excesivo intervencionismo dentro de la economía, y a pesar de que está en voga el concepto de constitución económica, es necesario tomar a este como una forma equitativa y justa de promover el comercio sin generar diferencias en favor de los nacionales, de un país, ya que además constituye en un hecho penado por el derecho internacional como discriminación, también genera un conformismo u apatía de los ciudadanos frente al desarrollo productivo lo que llevará al Estado como, ocurre actualmente en el Ecuador, a incrementar la burocracia, para “impulsar” la economía.
- La forma óptima para que el Estado genere una regulación que permita actuar con libertad a las empresas y a la vez aplicar su modelo económico, consiste en fijar reglas claras dentro del ordenamiento jurídico, que sienten las bases sobre las cuales las empresas actúen con libertad, creando una conciencia social, que favorezca, a los tres agentes económicos más importantes el Estado, el capital privado y la economía popular, y los consumidores.

- Es necesario la unificación de la normativa jurídica en materia de defensa de la competencia, ya que hoy por hoy se encuentra dispersa, y a pesar de lo que señala la decisión 608 de la CAN, sobre su protección, en nuestro país, no es un campo desarrollado, tanto es así que a nivel de jurisprudencias no existe nada de producción jurídica en el tema, a pesar de que existen casos relevantes que afectan al mercado.



# **ANEXOS**

## **REGISTRO OFICIAL**

**Administración del Señor Ec. Rafael Correa Delgado  
Presidente Constitucional de la República del Ecuador**

**Viernes, 13 de Noviembre de 2009 - R. O. No. 66**

**No. SC.SG.G.09.03**

**Pedro Solines Chacón  
SUPERINTENDENTE DE COMPAÑIAS**

### **Considerando:**

Que mediante Resolución No. SC.SG.DRS.G.09.02 dictada el siete de septiembre del dos mil nueve, y publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 37 del miércoles treinta de los propios mes y año, fue expedido el "INSTRUCTIVO SOBRE LA INFORMACION Y DOCUMENTOS QUE DEBEN REMITIR LAS COMPAÑIAS MERCANTILES SUJETAS AL CONTROL Y VIGILANCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑIAS QUE CUENTAN CON SOCIEDADES EXTRANJERAS EN CALIDAD DE SOCIOS O ACCIONISTAS";

Que para que se cumplan los fines de vigilancia y control que la Constitución de la República y la Ley de Compañías asigna a la Superintendencia de Compañías se hacía necesario determinar con suficiente detalle los datos y lineamientos de la información que las compañías involucradas deban rendir al órgano de control;

Que se ha observado en la práctica que el detalle de la información dispuesta puede considerarse excesiva y no cumplir con la finalidad que se persigue para la correcta aplicación de la ley, por lo que se hace necesario se reajuste su texto en los pasajes pertinentes;

Que siguiendo la finalidad que persigue la ley de que los socios o accionistas de las compañías mercantiles sean plenamente identificables, inclusive tratándose de personas jurídicas, no constituye excepción para rendir la información exigible, el hecho que tales socios o accionistas extranjeros ejercieren o no habitual u ocasionalmente alguna actividad empresarial en el país; lo cual debe quedar aclarado en el normativo aludido;

Que el artículo 433 de la Ley de Compañías faculta al Superintendente de Compañías a expedir regulaciones, reglamentos y resoluciones para el buen gobierno y vigilancia de las compañías; y,

En ejercicio de las facultades que le confiere la ley,

**Resuelve:**

Las siguientes reformas al: “INSTRUCTIVO SOBRE LA INFORMACION Y DOCUMENTOS QUE DEBEN REMITIR LAS COMPAÑIAS MERCANTILES SUJETAS AL CONTROL Y VIGILANCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑIAS QUE CUENTAN CON SOCIEDADES EXTRANJERAS EN CALIDAD DE SOCIOS O ACCIONISTAS”:

**Artículo Primero.-** El ARTICULO SEGUNDO, dirá:

**ARTICULO SEGUNDO: DEL AMBITO.-** Las disposiciones de esta resolución son obligatorias para las compañías nacionales sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías que tengan como accionistas o socios a personas jurídicas extranjeras, cuyos capitales sociales estuvieren representados en acciones, participaciones o cuotas nominativas; es decir, expedidas o emitidas a favor o a nombre de un determinado socio o miembro y de

ninguna manera al portador. No constituye excepción para su cumplimiento, el hecho de que tales personas jurídicas extranjeras socias o accionistas de compañías nacionales, no ejercieren actividades empresariales en el Ecuador o que lo hagan ocasional o habitualmente.

**ARTICULO SEGUNDO.-** En el ARTICULO TERCERO, literal B) INFORMACION ESPECIFICA, se incorporan las siguientes reformas:

– El numeral 2.1 dirá:

2.1.- Los siguientes datos actualizados en relación a la sociedad extranjera que a su vez sea socia o accionista de la compañía ecuatoriana:

2.1.1. Denominación completa o razón social de la compañía extranjera.

2.1.2. Nacionalidad.

2.1.3. Domicilio.

– El numeral 2.2 dirá:

2.2.- En relación a los socios, accionistas o partícipes actuales de cada compañía extranjera que a su vez sea socia o accionista de la compañía ecuatoriana, los siguientes datos:

2.2.1. SOCIOS PERSONAS NATURALES:

2.2.1.1. Nombres y apellidos completos.

2.2.1.2. Estado civil.

2.2.1.3. Nacionalidad.

2.2.1.4. Domicilio.

## 2.2.2. SOCIAS PERSONAS JURIDICAS

2.2.2.1. Denominación completa o razón social.

2.2.2.2. Nacionalidad.

2.2.2.3. Domicilio.

- El numeral 5, dirá:

5. La lista de los apoderados de compañías extranjeras que tengan acciones o participaciones en compañías locales que se encuentren bajo el control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías; con indicación de los nombres y apellidos completos, nacionalidad y domicilios de cada apoderado. El Poder debe constar por documento autenticado en el país de origen y legalizado por el Cónsul del Ecuador o apostillado, y puede servir a una o varias compañías locales en que la extranjera sea socia o accionista; para su validez, no requiere ni declaración de suficiencia para sus efectos en el Ecuador, ni calificación judicial sobre su legalidad y autenticidad, ni registro, ni publicación por la prensa, pero sí deberá ser conocido por la compañía local.

**ARTICULO TERCERO.-** Sustitúyase el formulario emitido para el efecto denominado: "NOMINA DE SOCIOS O ACCIONISTAS DE UNA COMPAÑIA EXTRANJERA QUE A SU VEZ ES SOCIA O ACCIONISTA DE COMPAÑIA ECUATORIANA", con la finalidad de guardar la necesaria armonía con las reformas dispuestas en el artículo anterior, por el instrumento del mismo título, que se anexa a la presente resolución como parte integrante de la misma.

**ARTICULO CUARTO.- DE LA VIGENCIA Y EJECUCION.-** La presente resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial, y de su ejecución encárguense los señores intendentes de Compañías de Guayaquil, Quito, Cuenca, Ambato, Portoviejo, Machala y Loja.

Comuníquese y publíquese.- Dada y firmada, en la Superintendencia de Compañías, en Guayaquil, a 26 de octubre del 2009.

f.) Pedro Solines Chacón, Superintendente de Compañías.

Es fiel copia del original.- Lo certifico.

Quito, D. M., 29 de octubre del 2007.

f.) Dr. Víctor Cevallos Vásquez, Secretario General, Oficina de Quito.

**NOMINA DE SOCIOS O ACCIONISTAS  
DE UNA COMPAÑIA EXTRANJERA QUE A SU VEZ  
ES SOCIA O ACCIONISTA DE COMPAÑIA ECUATORIANA**

1. COMPAÑIA ECUATORIANA

NOMBRE: .....

NUMERO DE EXPEDIENTE: .....

NOMBRE Y CARGO DEL REPRESENTANTE LEGAL.....

2. COMPAÑIA EXTRANJERA SOCIA O ACCIONISTA DE LA SOCIEDAD ECUATORIANA

NOMBRE: .....

NACIONALIDAD DE LA COMPAÑIA EXTRANJERA:

.....

DOMICILIO: .....

.....

**NOTA 1.-** A este formulario se debe acompañar una certificación extendida por la autoridad competente del país de origen o Cónsul del Ecuador en la que se acredite que la sociedad en cuestión se encuentra legalmente existente en dicho país.

3. APODERADO LOCAL DE LA COMPAÑIA EXTRANJERA SOCIA O ACCIONISTA DE LA COMPAÑIA ECUATORIANA.

NOMBRES Y APELLIDOS COMPLETOS:

.....

.....

NACIONALIDAD:.....

.....

NUMERO DE IDENTIFICACION PERSONAL:.....

.....

DOMICILIO: .....

.....

4. DATOS DE LOS SOCIOS O ACCIONISTAS DE LA COMPAÑIA EX-  
TRANJERA:

No.	Nombres y Apellidos completos	Estado Civil	Nacionalidad	Domicilio
1				
2				
3				
4				
5				
6				
7				
8				
9				
10				
11				
12				
13				

\_\_\_\_\_  
FIRMA DEL REPRESENTANTE LEGAL,  
SECRETARIO, ADMINISTRADOR O  
FUNCIONARIO DE LA SOCIEDAD  
EXTRANJERA O APODERADO LOCAL

**NOTA 2.-** Si este formulario hubiere sido otorgado en el exterior, deberá estar autenticado por Cónsul ecuatoriano o apostillado.

FECHA DE PRESENTACION: \_\_\_\_\_  
AÑO MES DIA

EL PRESENTE FORMULARIO NO SE ACEPTARA CON ENMENDADURAS O TACHONES

Es fiel copia del original.- Lo certifico.- Quito, D. M., a 29 de octubre del 2009.

f.) Dr. Víctor Cevallos Vásquez, Secretario General, Oficina de Quito.



## BIBLIOGRAFÍA

### **Libros:**

1. Abya–Yala. *Competencia y sentido Social, un modelo de desarrollo para América Latina*. Quito, Ecuador.
2. Bellamy Christopher y CHILD, Graham. *Derecho de la competencia en el Mercado Común*. Civitas. Madrid. 1992.
3. Borja Cevallos Rodrigo. *Enciclopedia de la Política*. Fondo de Cultura Económica. México. 1997.
4. Bullard Alfredo. “ Competir o no dejar competir. He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio” En: *Themis*, revista de Derecho 37. 1998
5. Cabanellas de las Cuevas Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia* Tomo I, Editorial Eliasta S.R.L. 2005
6. Cevallos Vásquez Victor. *Derecho de competencia*. Loja, Ecuador.
7. Coloma Germán. *Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado*. Buenos Aires-Madrid. 2003
8. Flint Pinkas. *Tratado de Defensa de la Libre competencia*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2002.
9. Ghersi Enrique. “Una introducción al análisis Económico del Derecho” En: *Advocatus, Nueva Época*. Número 7. 2002.
10. Hernandez Rodriguez Francisco. *Precios Predatorios y Derecho Antitrust*. Editorial Marcial Pons, Madrid. 1997
11. Holguín Larrea Juan. *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana*. Derecho Civil. Tomo I. Edición Universitaria. 2008
12. Saldarriaga Lopera Gustavo. *Instrumentos de Análisis Económico para el Estudio de la competencia*. El Navegante Editores. Bogota – Colombia.
13. Viciano Javier. “Libre Competencia e Intervención Publica en la Economía. (Acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal). Valencia 1995

### **Legislación:**

1. Constitución Política del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998
2. Constitución Política del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008
3. Código Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007
4. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, publicada en el suplemento de Registro Oficial No. 116 de 10 de julio del 2000
5. Ley de Propiedad Intelectual, codificación publicada en el registro oficial No. 426 de 28 de Diciembre de 2006
6. Ley de Telecomunicaciones

7. Código Penal Ecuatoriano, codificación, publicada en el Registro Oficial No. 555 de 24 de mayo de 2001
8. Ley para la transformación económica del Ecuador (Ley Trolebus). Registro Oficial Suplemento 34 de 13 de marzo del 2000
9. Ley de Modernización del Estado, Registro Oficial 349 de 31 de Diciembre de 1993
10. Proyecto de ley de competencia en el Ecuador

**Artículos:**

1. Jara Vasquez María Elena. "Constitución Económica Ecuatoriana y Desarrollo." *Revista Novedades Jurídicas*. Año VI. Número 37. Junio 2009. Ediciones Legales.
2. Marín Sevilla Marcelo. "Breves comentarios sobre la constitución económica", *Revista Novedades Jurídicas*. Enero 2009, Número 31. Ediciones Legales.
3. Carmel Eduardo. "Comunidad Andina moderniza marco legal antimonopolio. *El Universal* de Venezuela. 11 de Abril 2005.
4. Ignacio Basombrío. "Competencia transparente en la comunidad Andina. *Diario Gestión* de Perú. 11 de Abril 2005.
5. Jose Antonio Pejovés. "La Modernización del derecho de la competencia en la CAN". *Diario Gestión* de Perú. 21 de marzo de 2003
6. Claudin Fernando. "Eurocomunismo y Socialismo". *El país*. Entrevista. lunes 27 de abril de 2009
7. Mahatma Gandhi. "El socialismo MI SOCIALISMO ¿QUIEN ES UN SOCIALISTA? Publicado por socialdemocracia en 18 de abril de 2009

**En Internet:**

1. [www.socialdemocracia.info](http://www.socialdemocracia.info)
2. [www.onu.org](http://www.onu.org).
3. [www.wikipedia.com](http://www.wikipedia.com)
4. [www.google.com](http://www.google.com)
5. [www.monografias.com](http://www.monografias.com)
6. [www.rincondelvago.com](http://www.rincondelvago.com)

# SUMARIO

## “CONDICIONES DE LA COMPETENCIA EN EL ECUADOR”

RESUMEN	9
ABSTRACT	10
INTRODUCCIÓN	11
CAPITULO I	
<b>1. DERECHO DE COMPETENCIA</b>	13
1.1 DESARROLLO HISTORICO	13
1.2 ANTECEDENTES Y CONTEXTO INTERNACIONAL	17
1.3 CONCEPTO	20
CAPITULO II	
<b>2. MARCO TEORICO</b>	25
2.1 CONTEXTO ECONÓMICO DE LA COMPETENCIA	25
2.1.1 CONCEPTOS	27
2.1.1.1 COMPETENCIA IMPERFECTA	27
2.1.1.2 MERCADO RELEVANTE DE PRODUCTO	28
2.1.1.3 DERECHOS DEL CONSUMIDOR	28
2.1.1.4 MONOPOLIO	28
2.1.1.5 OLIGOPOLIO	29
2.1.1.6 COMPETENCIA MONOPOLISTICA	29
2.1.2 RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE COMPETENCIA	30
2.1.2.1 ACUERDOS HORIZONTALES ENTRE COMPETIDORES	30
2.1.2.1.1 COLUSORIOS	30
2.1.2.1.2 EXCLUSORIOS	32
2.1.2.2 ACUERDOS VERTICALES ENTRE COMPRADORES Y VENDEDORES	33
2.1.2.2.1 ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE	33
2.1.3 CORRIENTES DEL PENSAMIENTO ECONÓMICO	34
2.1.3.1 LIBERALISMO ECONÓMICO	34
2.1.3.2 ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO	36
2.1.3.3 ECONOMÍA SOLIDARIA	38
2.1.3.4 SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO Y ECONOMÍA SOLIDARIA	44

CAPITULO III	
<b>3. CONTEXTO JURIDICO DE LA COMPETENCIA</b>	<b>47</b>
3.1 CONTEXTO INTERNACIONAL	47
3.2 DESARROLLO REGIONAL	55
3.3 DESARROLLO LEGISLATIVO EN EL ECUADOR	59
3.3.1 POLITICAS ESTATALES EN EL ECUADOR	66
3.3.1.1 RESOLUCIONES SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑIAS	67
3.3.1.2 ANALISIS DEL CASO TAME EN LA RUTA AEREA QUITO-LOJA-QUITO, DENTRO DEL MERCADO ECUATORIANO	70
CAPITULO IV	
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>73</b>
ANEXOS	77
BIBLIOGRAFIA	85



