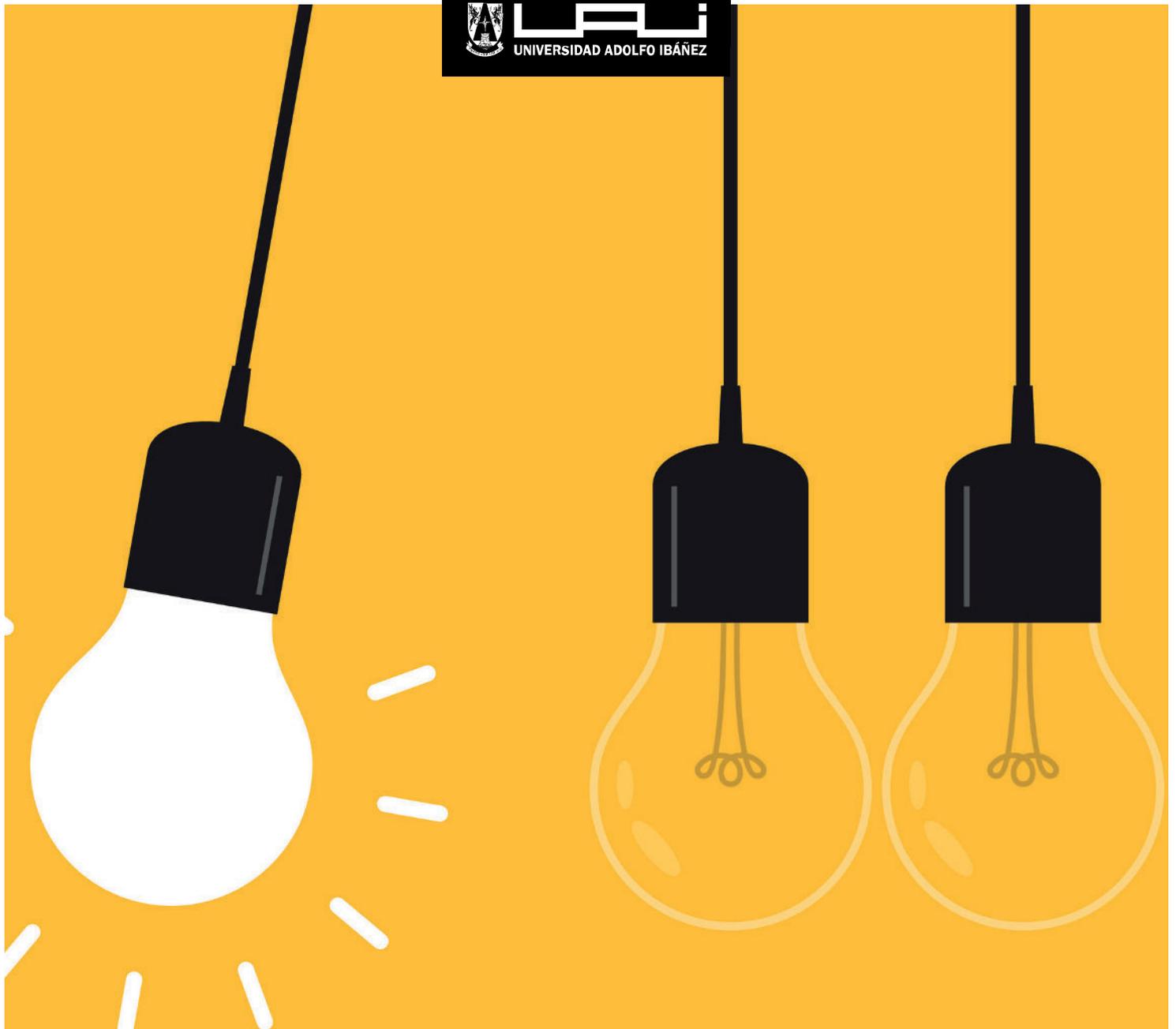




UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ



LA POLÍTICA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, EL ELEMENTO FUNDAMENTAL PARA UNA ADECUADA Y CORRECTA APLICACIÓN DE LA NORMA: UN ANÁLISIS AL CASO ECUATORIANO

Fausto E. Alvarado

La política de defensa de la competencia, el elemento fundamental para una adecuada y correcta aplicación de la norma: Un análisis al caso ecuatoriano

Julio 2021



Fausto E. Alvarado

Doctor en Jurisprudencia por la Universidad de Cuenca, Magister en Derecho Económico con mención en Derecho del Mercado por la Universidad Andina Simón Bolívar. Con varios cursos de especialización en Derecho de la Competencia en: España, USA, Chile. Profesor de pregrado y posgrado de Derecho de la competencia. Fue la primera autoridad ecuatoriana de competencia y actualmente es Presidente del Instituto Ecuatoriano de Derecho de la Competencia.

I. INTRODUCCIÓN

La pregunta es sencilla: ¿serán eficaces las normas de competencia en un país que no cuenta con una política de competencia? La respuesta es más sencilla aun: ¡no! Si no sabemos a dónde queremos llegar, mal podemos descubrir el cómo poder llegar.

La *política de defensa de la competencia* en cualquier país debe tener un objetivo principal: mantener una competencia efectiva y no falseada en todo el territorio nacional. Deberá ser una de las políticas públicas más activas y fundamentales en materia económica, jurídica y de mercado; su importancia se vio expuesta y en algunos casos resquebrajada o limitada a raíz de la pandemia. El comportamiento de los operadores económicos frente a esta nueva realidad del mercado, producto de las medidas adoptadas por los gobiernos, tuvieron un fuerte impacto en el mercado. Si bien la mayoría de los países cuentan con normas de competencia que han tenido un *boom* en los últimos años del siglo pasado y los primeros quince del actual, no podemos decir lo mismo de la *política de competencia*, pues, existiendo países que no cuentan con normas de competencia vemos que otros que sí las tienen carecen de una verdadera, efectiva y eficaz política en esta materia.

Ecuador es el país que tomamos como ejemplo para analizar la importancia de generar una verdadera política de competencia que responda al desarrollo y dinámica que presenta el mercado y al mismo tiempo, contribuya de manera efectiva al desarrollo de la competencia.

Con la Interpretación Prejudicial adoptada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones (TJCA) (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, 2019), quedó establecido que el Estado Ecuatoriano contaba con norma a nivel de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) desde el año 2005 a través de la Decisiones 608 y 616 de la Comunidad Andina y con norma nacional desde el año 2009 a través del Decreto Ejecutivo 1614 del año 2009 que reglamentó la Decisión 608 (Cartagena, Decisión 608, 2005) y 616 (Cartagena, Decisión 616, 2005).

Es a partir del año 2011 que nuestro país cuenta con una norma “propia” de competencia con la promulgación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) (Oficial, 2011), pero hasta la presente fecha no cuenta con una verdadera política de defensa de la competencia. El establecimiento de esa política debe realizarse de manera urgente y aprovechar que el Ecuador y su autoridad de competencia, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), fue objeto de un análisis o examen *inter-pares* sobre Derecho y Políticas de Competencia (*Peer Review*) por parte de la Organización para la Cooperación

y el Desarrollo Económico (OCDE) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), de cuyo trabajo surgirán un sinnúmero de recomendaciones, reformas y, sobre todo, el fundamento para elaborar y contar con una auténtica *política de defensa de la competencia*.

La obligación e importancia que tiene la formulación de la *política de defensa de la competencia* en nuestro país la encontramos en la Constitución de la República en sus artículos 284, 304, 334, 335 y 336. Si hacemos un pequeño resumen de todos ellos, podemos decir que entre uno de los objetivos fundamentales de la acción (léase obligación) del Estado Ecuatoriano a través del Ejecutivo es establecer un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado nacional. ¿Pero cuáles son las razones de fondo que justifican esta importancia? O en una pregunta mucho más simple, ¿por qué defender la libertad de competencia?

II. OBJETIVO E IMPORTANCIA DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

La *política de defensa de la competencia* tiene como objetivo proteger y promover el proceso de competencia o libre concurrencia mediante la prevención y prohibición de prácticas y acuerdos anticompetitivos, el abuso de poder de mercado y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado. En este contexto, las disposiciones constitucionales sobre la competencia económica son de orden público y, por tanto, irrenunciables y de prevalencia sobre normas, costumbres, prácticas, usos o estipulaciones contractuales que las contradigan.

El objetivo de la política de defensa de la competencia ecuatoriana, a más de lo señalado en la Norma Suprema, se desarrolla de manera puntual y específica en el artículo 1 de la LORCPM que habla del "(...)-**Objeto.**- *El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.*" (Registro Oficial, 2011).

Existe un amplio espectro de opiniones sobre los objetivos que debe atender la *política de defensa de la competencia*. Esquemáticamente existen dos enfoques extremos: uno que formula como objetivo primario o único la protección de la eficiencia económica y otro que apela a la fórmula más plural de la protección del interés público, que además de la eficiencia económica (que incluye la rivalidad en el mercado y el bienestar de los consumidores) comprende aspectos no económicos.

Pero, como podemos ver, en nuestro país tenemos conjugados los dos enfoques, es decir, la búsqueda de la eficiencia de los mercados y el bienestar o interés general y de los consumidores. Este enfoque mixto nos obliga con mayor razón a contar con este tipo de política.

En la mayor parte de las jurisdicciones, los objetivos principales de la *política de defensa de la competencia* son mantener e incentivar la competencia a fin de promover el uso eficiente de los recursos, a la vez que proteger la libertad de los operadores económicos. Sin embargo, en algunas situaciones la *política de defensa de la competencia* suele utilizarse para alcanzar objetivos tales como el pluralismo, la desconcentración de las decisiones económicas, la prevención de abusos de poder económico, la promoción de las pequeñas empresas, la justicia, la equidad y otros valores sociopolíticos, situaciones que también se encuentran incorporadas en la Norma Fundamental y en la LORCPM.

La incidencia de estos objetivos suplementarios tiende a variar en las distintas jurisdicciones y en el tiempo, reflejando la naturaleza cambiante y la adaptabilidad que debe tener la *política de defensa de la competencia*; esta ductilidad esencial tiene como fundamento atender las preocupaciones de la sociedad, sin descuidar sus objetivos básicos, en donde el principal gestor de esta plasticidad es la situación cambiante y evolutiva del mercado. En este punto debemos advertir que la inclusión de múltiples objetivos, aumentaría el riesgo de conflictos e inconsistencias en la ejecución de la *política de defensa de la competencia*, situación que deberá ser tomada en cuenta el momento de pensarla, desarrollarla y, sobre todo, cuando ésta vaya a ser implementada, pues los intereses de los diferentes actores involucrados pueden restringir la independencia indispensable de la que debe gozar la autoridad de competencia y conducir a intervenciones políticas y compromisos que erosionen la eficiencia económica.

Si esto sucede incluso en países con larga tradición en la aplicación de las normas de competencia y con políticas de avanzada en esta materia, es muy fácil deducir lo que sucede cuando no contamos con una política de competencia. En este contexto se encuentra el Ecuador, pues no cuentan con una política de competencia o, si la hubiera, es incipiente o incluso anacrónica en relación con la LORCPM. Entonces podemos concluir en este punto que los países que no poseen políticas de competencia tienden a ser los que menos aplican esta norma y si la aplican, lo hacen mal o de una manera completamente equivocada a los verdaderos objetivos de esta materia.

En el Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas de las Naciones Unidas¹, se resalta y promueve la implementación de políticas y normas de competencia primordialmente enfocados en la protección del acceso a los mercados, la competencia, el comercio o el desarrollo económico; en este contexto los objetivos serían primariamente económicos (eficiencia en el comercio internacional y desarrollo; creación, fomento y protección de la competencia; control de la concentración económica; fomento de las innovaciones, bienestar social, particularmente de los consumidores).

Como se desprende del texto de la LORCPM, el bien jurídico protegido es la competencia (libre concurrencia, eficiencia y los derechos e intereses de los consumidores). Las conductas y elementos considerados nocivos de esos bienes jurídicos son los acuerdos y prácticas anticompetitivas, abusos de posición dominante, regulaciones innecesarias de las actividades económicas y, en general, obstáculos del funcionamiento eficiente del mercado. Si bien la norma en su letra no es taxativa respecto de los criterios de eficiencia económica y bienestar de los consumidores como orientación única para su implementación, *prima facie* puede interpretarse que esos criterios están implícitos y son el norte privilegiado para orientar su política y adecuada aplicación de la norma.

También hay un objetivo que surge de los llamados “Objetivos de Desarrollo del Milenio” de las mismas Naciones Unidas, y es en este sentido que la *política de defensa de la competencia* debe también tener como norte el aliviar la pobreza, pues las políticas encaminadas a la promoción del desarrollo y la reducción de la pobreza, han pasado a un primer plano a nivel global, constituyéndose progresivamente en el fin respecto de las políticas públicas de los países que cuentan con porciones importantes de su población en condición de pobreza.

¹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *Conjunto de principios y normas sobre competencia de las Naciones Unidas* (2000), <https://unctad.org/es/system/files/official-document/tdrbpconf10r2.sp.pdf>.

En un trabajo de la Profesora Eleanor Fox, experta en derecho de la competencia de los Estados Unidos², profundiza sensiblemente los argumentos, observando que la aplicación de la legislación de competencia en los países en vías de desarrollo necesita alinearse no sólo con la promoción de la eficiencia y el bienestar del consumidor, sino también con la eliminación de los obstáculos que impiden la movilidad en y el acceso al mercado de los sectores empobrecidos.

Es en este sentido, si no desarrollamos políticas de competencia debidamente estructuradas, tomando en cuenta los diferentes objetivos macros de la economía y sus variadas condiciones, e incluso la idiosincrasia del mercado y sus participantes, es seguro que ésta no permitirá un eficiente y efectivo desarrollo económico del mercado y de los agentes económicos que en él participan, y esto se reflejará en lo poco o nada que podrán hacer las normas o las autoridades.

En este contexto es que recomendamos la elaboración urgente de una coherente y estructurada *política de defensa de la competencia* que coadyuve a una efectiva y eficaz aplicación de la LORCPM, pues ésta es la única manera en que el mercado asegure a todos los operadores económicos una oportunidad justa de competir en base al mérito, liberadas de restricciones artificiales e innecesarias impuestas por empresas poderosas y/o dominantes; y, en muchas ocasiones, por distorsiones que nacen del propio Estado a través de regulaciones contrarias a la normativa vigente y no se diga a la política.

Es así como todos los organismos del Estado deben formar parte de un plan para la elaboración de la *política de defensa de la competencia*, como un proceso de planificación nacional (difusión).

Esta política debe orientarse a que se convierta en un tema transversal de todas las instituciones del Estado (incluidos municipios y prefecturas), pues todas estas son fundamentales para garantizar un verdadero cumplimiento de la norma de competencia, situación que es aún más significativa y trascendental si tomamos en cuenta las áreas de relevancia que estas instituciones o dependencias públicas tienen en el desarrollo del mercado.

La política de competencia, dada su importancia transversal, debe ser el pilar fundamental en el diseño del Plan Nacional de Desarrollo que deberá ser construido y enfocado como política de Estado para ser implementado en un corto, mediano y largo plazo.

Un rol especial y particular debe cumplir la autoridad de competencia (SCPM), así como las universidades y los diferentes institutos que estudian la materia. Estos actores deben trabajar mancomunadamente en la elaboración de estudios sobre las condiciones de competencia en sectores económicos con alta incidencia, esto con la finalidad de tener un punto de partida y de esta manera ir construyendo la *política de defensa de la competencia* del Ecuador que deberá servir de norte para las próximas décadas.

Como ya lo hemos manifestado, la *política de defensa de la competencia* hace referencia al conjunto de instrumentos legales con que los poderes públicos actúan en beneficio de la competencia en todo el territorio nacional. Podemos distinguir tres planos o estadios en la política de defensa de la competencia de cualquier país moderno, estos son: fomento, prevención y control (represión).

En cuanto al fomento de la política en materia de competencia y para que esta sea la base fundamental de lo que en el Ecuador se conoce como *regulación y control del poder de mercado*, es necesario hacer unas

2 Eleanor Fox, "Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path". *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* 13 (2007).

consideraciones previas. En efecto, los operadores económicos que actúan libremente en el mercado pueden adoptar conductas, por sí solos o en conjunto con otros agentes económicos, para distorsionar, limitar o impedir artificialmente la competencia.

Si las actividades empresariales que se llevan a cabo son verdaderamente libres, es decir, si hay plena libertad de ejercicio, la propia dinámica del mercado con el tiempo neutralizará esas pretensiones privadas y muchas veces públicas de limitar la competencia, aunque no intervengan las autoridades, esto en razón de que otros operadores aparecerán para participar de las rentas anormales obtenidas por los empresarios que falsean la competencia. Es decir, aflorará una nueva competencia que compensará los anteriores propósitos de limitarla, impedirla o distorsionarla. Pero para que esto suceda, para que aparezcan nuevos operadores económicos y que con esta aparición surtan los efectos positivos de la competencia, ha de pasar tiempo, mucho tiempo en algunas ocasiones. Por eso es necesaria una actuación del Estado, pronta y eficaz para defenderla.

Este actuar (política) del Estado ha de plasmarse, y de hecho se plasma, en todos los países, en un *conjunto de políticas y normas jurídicas* que van de la mano y que son dictadas para impedir las conductas indeseables y restablecer la competencia negativamente afectada por los operadores económicos, sean estos públicos o privados.

III. LA PREVENCIÓN: UNA CARACTERÍSTICA DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

En cuanto a la prevención, la *política de defensa de la competencia* se instrumenta de manera ejemplar mediante el llamado control de concentraciones, cuyo objetivo principal tiene que ver con dotar legalmente a los poderes públicos de la facultad de examinar los proyectos de fusiones y adquisiciones de empresas. De conformidad con las normativas de competencia de esta institución, las autoridades tienen la capacidad de autorizarla, impedirla o de condicionarla. En nuestro país, este control funciona mediante las correspondientes normas reguladoras que se encuentran contenidas en la LORCPM. Estas normas se sustentan en la idea de que las concentraciones de empresas, naturales en un proceso de integración de mercados, si bien son generalmente positivas por responder a las exigencias de una competencia dinámica conducente a mejorar el bienestar, también pueden algunas de ellas causar un perjuicio permanente a la competencia efectiva, que las autoridades deben de evitar. Esta idea, que parte de un enfoque estructural del mercado, ha recibido críticas sobre las que merece la pena reflexionar. Los críticos suscitan un primer problema alegando que el grado de discrecionalidad que otorgan estas regulaciones a los poderes públicos supone un menoscabo de la seguridad jurídica, esencial en Estados de derecho, y de la libertad económica, consustancial con la economía (social) de mercado, resultando harto discutible el control en sistemas jurídicos como el ecuatoriano, que no prohíben las posiciones dominantes per se sino únicamente los abusos de las mismas, y en los que, por tanto, una empresa puede llegar a alcanzar una posición de dominio mediante un crecimiento autónomo sin que las autoridades tengan nada que decir.

Es precisamente en estos casos en donde más se evidencia y al mismo tiempo se necesita contar con una política de competencia, pues muchas de las actuaciones de la autoridad de competencia para aprobar, negar o condicionar una concentración estarán definidas en el tipo de política económica desarrollada y definida y en donde el tema o capítulo de la competencia económica juega un papel preponderante.

Contextualizando, podríamos decir que, desde una perspectiva contraria a la de la LORCPM, el tema del control de concentraciones carece de justificación para que esta figura pueda prohibirse o condicionarse

desde los poderes públicos y que a través de esta se alcance una posición dominante a través de la compra de otras empresas o la fusión, pero sí lo podríamos hacer desde el objetivo de una política económica y de competencia diseñada precisamente para favorecer las concentraciones que generen eficiencia o limitarlas si estas atentan contra la estructura del mercado, la competencia e incluso la política de competencia que para este caso se haya diseñado.

Un argumento tradicionalmente aceptado, aunque muy simplista, es que el supuesto de crecimiento autónomo es paradigma de eficiencia, lo que no tiene por qué ser el caso del supuesto en materia de concentraciones. La respuesta a esta crítica suele ser que el medio a través del cual se llega a la posición de dominio en el mercado, si creciendo o fusionándose, no puede servir para prejuzgar comportamientos futuros. Estas discusiones y elucubraciones pueden tener cierta convergencia si detrás de todo esto está una política de competencia muy bien diseñada y cuyos objetivos a ser controlados por la autoridad de competencia estén claramente determinados.

Así, este control preventivo de las concentraciones no sería, en nuestra opinión, conforme con un sistema como el ecuatoriano que no rechaza las posiciones de dominio ni los monopolios como tales, sino sólo en tanto sean abusivas. Pero creo que esto es muy simplista dentro de una economía de mercado que ya de por sí es compleja. Este sistema preventivo no sólo debe enfocarse en las cuestiones de competencia propiamente dichas, sino en un contexto más amplio, y es ahí donde el papel de la política de competencia juega su verdadero rol protagónico en favor de la economía en su conjunto, es decir, del mercado, la propia competencia, la eficiencia, los agentes económicos y los consumidores, elementos constitutivos de lo que suele llamarse el interés económico general.

Si no hay ilegalidad per se en una posición de dominio, carece de sentido que la política de control de concentraciones impida que tales posiciones se alcancen o se refuercen. En efecto, las fusiones y las concentraciones no deben ser entorpecidas, y mucho menos en tiempos de globalización y ahora mucho menos con el problema económico y de mercado generado a nivel mundial por la pandemia del COVID19, pues ahora más que nunca se necesitan empresas fuertes que puedan competir con los gigantes económicos que aparecen por doquier y que como fruto de la pandemia han aparecido aún más. Por el contrario, los que son partidarios de un riguroso control de concentraciones ponen el acento en la necesidad de evitar que se creen empresas que lleguen a ser dominantes y “puedan” abusar.

La solución a este dilema creo que se lo puede encontrar precisamente en el diseño de una efectiva y eficiente política de competencia y que ésta pase a ser el catalizador que, dependiendo de la política económica y de mercado que se diseñe para el país, conjugue entre los temas conductuales y estructurales que suelen presentar las concentraciones en favor precisamente del llamado interés económico general.

Lo que acabamos de manifestar consolida el criterio desarrollado de que la necesidad de un control de concentraciones y el rigor con que ha de aplicarse, dependen de varios factores, de los que destacamos los siguientes. Primero, el relativo al grado de desarrollo del respectivo ámbito geográfico. Es evidente que, en una nación apenas industrializada como la ecuatoriana, el tamaño de las empresas será en general pequeño y estas empresas trabajarán con costes elevados. En esta situación, el crecimiento del tamaño de las empresas no deberá, en general, ser estorbado sino, más bien, alentado.

IV. EL DISEÑO ESTRUCTURAL DEL MERCADO SE FUNDAMENTA EN LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

Otro factor para tener en cuenta es la estructura del mercado en cuestión. No es lo mismo si hay un gran número de empresas en el sector estudiado a que si únicamente existen las dos que se fusionan, por

exagerar el ejemplo, en este contexto está claro que un tema fundamental dentro de la *política de defensa de la competencia* en nuestro país debe ser el determinar umbrales mucho más amplios, la notificación obligatoria de las concentraciones solo debe darse en casos muy puntuales y la incorporación de un régimen de *fast track*, que fue implementado a raíz de la pandemia, debe ser consolidado en favor del desarrollo y crecimiento tanto del mercado, la economía y los operadores que en ella participan. Una política económica a través de la política de competencia solucionará y evitará el control de operaciones irrelevantes que al final generan altos costos tanto a las empresas participantes como al Estado al utilizar recursos de manera ineficiente.

En cuanto al fomento de la competencia, este elemento es fundamental en economías como la ecuatoriana en donde hay una gran participación del Estado a través de la participación de las llamadas Empresas Públicas (EP), en este caso, si no hay una política de competencia que privilegie en igualdad de condiciones la participación de los operadores públicos y privados, será muy difícil a la autoridad de competencia intervenir en estos mercados, toda vez que la presión política terminará en la tristemente célebre “captura de la autoridad”.

Si tenemos economías y/o mercados que todavía presentan rasgos muy fuertes de regulación, control y protección sabemos que tarde o temprano veremos o demandaremos que estos operen en régimen de libre competencia, pero para ello es un requisito *sine qua non* contar con una *política de defensa de la competencia* acorde al objetivo principal, que es la desregulación, y de esta manera poder aplicar efectiva y eficientemente la LORCPM en estos mercados que por lo general son reacios a competir, incluso si lo que se quiere es introducir competencia en aquellos mercados en donde por años ha operado monopólicamente. La política de competencia deberá abrir y trazar un adecuado camino y este derrotero no lo fija la norma, sino la política.

En procesos de liberalización se deberá analizar las consecuencias para el Estado al dejar de intervenir en un sector, y permite la entrada en ese mercado de nuevos actores y, en definitiva, suprime las anteriores limitaciones a la capacidad de elegir de los consumidores o usuarios. Dado el impacto que estos mercados administrados por el Estado tienen en la economía y el mercado, es razón suficiente para que sea de prioritario interés desarrollar *políticas de defensa de la competencia*, con el carácter de *política de Estado*.

Ahora, si hacemos un breve análisis a los procesos de privatización llevados a cabo en algunos países, éstos en muchos casos han tenido resultados completamente contrarios a la competencia, razón por las que estas privatizaciones terminan siendo sólo un cambio de propietario y de administración, en donde incluso el concepto de que lo público coadyuva en favor del interés económico general se difumina en un interés meramente privado, ahondando los ya evidentes problemas que se daban en el monopolio público que constituyeron los antecedentes para llegar a la privatización.

La privatización, al igual que el poder de mercado per se, no es negativa, pero si no tomamos los suficientes recaudos, de seguro los resultados, tanto de la privatización como de la consolidación del poder de mercado, serán altamente perjudiciales y es en este punto donde es fundamental que estos procesos sean regulados y controlados a través de políticas públicas efectivas y eficientes que se terminen cohesionando con los objetivos de una economía competitiva donde el mercado sano y competitivo sea su principal denominador.

La temática que estamos planteando conectan con un tópico particularmente delicado y complejo: definir los objetivos de nuestra política de competencia que se encuentra plasmada tanto en la Constitución como en la LORCPM. Al ser nuestro país uno de los últimos de la Región que introdujo en su sistema legal normas de competencia (años 2009 y 2011), y si a esto le sumamos la altísima participación e intervención del Estado

en el mercado y la economía, la tarea es aún más urgente y fundamental.

En cualquier caso, los términos de este debate contemplan como extremos la disyuntiva de si la política y el Derecho *antitrust* tienen finalidades puramente económicas, aun cuando dentro de éstas podríamos discutir cuáles, o si cabe además atribuirle alguna función política. En mi opinión, aunque la finalidad en su génesis es primordialmente de carácter económico, con el paso del tiempo ha ido evolucionando a otros objetivos igual de importantes que se conjugan en lo que ya manifestamos en líneas anteriores y que se conoce como el interés económico general.

En el campo de las finalidades económicas³, se hacen notar sobre todo las disfunciones (ineficiencias) que las restricciones de la competencia producen sobre el correcto funcionamiento del mercado y su impacto altamente nocivo en toda la sociedad. En este sentido, las conductas restrictivas como los cárteles y otras formas de concertación entre empresas, así como las situaciones de concentración del poder económico, como los monopolios y los oligopolios, entrarían dentro de lo que se conoce como fallos del mercado, que obstaculizan su correcto funcionamiento como mecanismo de asignación eficiente de recursos escasos. En este contexto, la normativa *antritrust* tendría la función de corregir o, al menos, paliar esos fallos, de manera que se asegure la eficiencia asignativa del mercado y esto quien puede decir que no termina siendo de orden público y que precisamente por eso debe ser desarrollada en una política que, por su trascendencia, debe ser catalogada y considerada como política de Estado.

Todas estas ideas son perfectamente trasladables al ámbito del Derecho ecuatoriano de la competencia.

En este punto debemos manifestar que esta perspectiva ha sido aplicada en el derecho europeo de la competencia, que es una de las fuentes originarias de nuestra LORCPM, situación que nos lleva a un encuentro con nuestra Administración de Justicia, la misma que debe ser parte fundamental en la construcción de la *política de defensa de la competencia*, pues precisamente las finalidades económicas que persigue, aparecen evocadas con frecuencia en las decisiones de la Comisión y del Tribunal de Justicia de la UE a través de una correcta valoración de las conductas consideradas, y esa valoración, a más de estar sustentada en las definiciones normativas, deben respaldarse en la ya mencionada política. Es precisamente en este último ámbito que venimos insistiendo en el objetivo del Derecho de la competencia de asegurar una situación de competencia efectiva o practicable (*workable competition 1977*)⁴. Por otro lado, continuamente se proclama que la política de competencia tiene como función primordial beneficiar a los operadores económicos y los consumidores.

V. LA POLÍTICA DE COMPETENCIA Y SU EFECTO EN LAS INTERVENCIONES PÚBLICAS

En cuanto a su contenido, el Derecho ecuatoriano de la competencia no es sólo un "*Derecho antritrust*" que se ocupa de las restricciones de la competencia producidas por los operadores económicos, sino que también se refiere a las intervenciones públicas que puedan perturbar la competencia⁵, como pone de relieve

3 Los términos del debate en este terreno son, básicamente, las de las funciones del Derecho *antitrust* en relación con la protección de los consumidores, la redistribución y la protección de los competidores. Es precisamente por estos elementos que es fundamental la construcción de la *política de defensa de la competencia* como base central de la política económica, industrial y comercial de nuestro país.

4 Ver los objetivos que se encuentran desarrollados en el *Workable competition* de 1977 relacionada con la competencia efectiva y las normas de competencia de la UE.

5 Este es uno de los puntos más críticos y que deberán ser abordados y tratados de manera exclusivamente técnica y sin sesgo, dog-

nuestra LORCPM, donde se agrupan las normas en dos grandes sectores. En primer lugar, las disposiciones aplicables a los operadores económicos. En segundo término, las que hablan de la “Acción del Estado y Ayudas Públicas”.

Por lo que se refiere a las *normas sobre la acción del Estado y las ayudas públicas*, contenidas en los artículos del 28 al 34 de la LORCPM, hay que resaltar su finalidad: evitar que el Estado, mediante una política neoproteccionista de ayudas públicas a ciertas empresas (públicas o privadas), provoquen efectos distorsionadores sobre la competencia. En cualquier caso, igual que sucedía con los acuerdos, no todas las ayudas públicas están proscritas, ya que algunas se declaran *de iure* compatibles con el mercado (por ejemplo, las motivadas por catástrofes naturales) y otras pueden declararse compatibles (por ejemplo, las destinadas a promover el desarrollo de regiones desfavorecidas), situación que deberá ser claramente definida y puntualizada en la *política de defensa de la competencia*, como una forma de transparencia y aplicación efectiva y eficiente de la norma referida.

No exageramos al afirmar que el derecho de la competencia ha sido una de las áreas de actividad jurídica a nivel mundial más activa, y puede señalarse que en términos generales esta aplicación ha sido positiva; de tal manera que en la actualidad debe considerarse que los países que han sabido elaborar una verdadera *política de defensa de la competencia*, pero sobre todo en aquellos que su aplicación ha sido adecuada y técnica, tienen un nivel elevado de competencia y de competitividad y, lo que es más valioso, una importante concientización sobre la necesidad de desterrar las prácticas anticompetitivas.

Tomando en cuenta todos estos elementos, estamos convencidos de la importancia que para el desarrollo y crecimiento económico (mercado) de nuestro país, tiene la elaboración y aplicación de la denominada *política de defensa de la competencia*, y de la LORCPM, pero esta importancia tiene aún mayor relevancia en los actuales momentos cuando la economía y los mercados a nivel mundial, están pasando por una situación sin precedentes como consecuencia de la pandemia del COVID19, situación que deberá revisar de manera técnica los principales objetivos y fines de este tipo de políticas y normas, e incluso no dejar de analizar posibles cambios de paradigmas en favor de reconstruir una economía devastada.

Creo que el Ecuador tiene una oportunidad única en estos momentos de prepararse para el futuro luego de esta debacle en lo que a la economía y el mercado se refiere, y estamos convencidos que las políticas y normas de competencia serán un pilar fundamental, es por esto por lo que manifestamos e insistimos en la urgente necesidad de desarrollar una *política de defensa de la competencia* que deberá contener los elementos aquí desarrollados y al mismo tiempo ser integral y extremadamente amplia.

matismo o ideología, sino en función de contar con una verdadera y auténtica *política de defensa de la competencia* que nos beneficie a todos (Estado, operadores económicos y consumidores), de lo contrario, y como se suele decir en el argot popular, el remedio puede ser peor que la enfermedad.

VI. CONCLUSIONES

1. Las políticas de competencia son un factor fundamental en la construcción y diseño de la economía, el mercado, el interés económico general y el bienestar de los consumidores.
2. Del objetivo planteado en una política de competencia dependerá mucho el éxito de los mercados, en cuanto a certeza, transparencia y seguridad.
3. Generar una política de competencia con objetivos claros y diseñados de conformidad con la realidad del país generará certezas e incidirá en el objetivo preventivo que debe tener toda norma y sobre todo la de competencia.
4. La política económica de un país depende en gran medida de la estructura de su tejido empresarial, característica que dependerá en gran medida de la política de competencia que para tal caso se defina y que deberá ser observada por la autoridad, en nuestro caso por la SCPM.
5. La política de competencia hemos visto que es fundamental en el diseño económico y del mercado de un país y esta política cobra mucha más importancia en países como el Ecuador en donde hay una gran participación del Estado a través de las llamadas empresas públicas o (EP's) que se encuentran compitiendo con empresas privadas y en donde no puede haber privilegios de ninguna naturaleza sino igualdad de trato, situación que deberá estar definida en la antes referida política para que de esta manera exista transparencia, certeza y trato igualitario que fomente la inversión, sobre todo la inversión extranjera directa.
6. Las políticas de competencia son fundamentales en la aplicación de las normas de competencia, pues son las que determinan los fundamentos y principios del mercado y de esta manera los operadores económicos que en ella actúan tengan la certeza de que el control ejercido por la autoridad de competencia (SCPM) sea eminentemente técnico, sustentado en principios y objetivos claros y previamente establecidos.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Fausto E. Alvarado "La política de defensa de la competencia, el elemento fundamental para una adecuada y correcta aplicación de la norma: Un análisis al caso ecuatoriano", *Investigaciones CeCo* (julio, 2021),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile