



APUNTES DE DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA

.....
Rubén Méndez Reátegui
Efrén Guerrero Salgado
Jesús María Navalpotro
Editores

**APUNTES DE DERECHO DE LIBRE
COMPETENCIA**

Rubén Méndez Reátegui

Efrén Guerrero Salgado

Jesús María Navalpotro

Editores

Contenido

PRÓLOGO	15
LA PUCE Y EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA	23
INSTITUCIONES Y DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA	27
CAPÍTULO I	35
Competencia	37
Por qué es importante la competencia.....	39
La competencia en el mercado	40
Competencia Perfecta	40
Competencia Imperfecta	42
Monopolio	43
Oligopolio.....	44
El Monopsonio	45
Competencia Monopolista	46
Mercado	48
Elementos del mercado	49
Mercados: División Particular	50
Clases de mercados.....	50
Mecanismos del Mercado	51
Funcionamiento eficiente del Mercado	52
Elasticidad del Mercado	53
Conclusiones	53
Bibliografía:	54
CAPÍTULO II	57
Tutela Judicial:.....	60
Libre Competencia en la Constitución del Ecuador:	64
Conclusiones:	67
Bibliografía:	67
CAPÍTULO III	69
Efectos de competencia	74
Desarrollos recientes de la Libre Competencia	75
Conclusión:	76
Bibliografía:	76
CAPÍTULO IV.....	79
Introducción	81
Determinantes del poder de mercado.....	82

© 2017 Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Quito – Ecuador
www.edipuce.edu.ec

Dirección General: Rubén Méndez Reátegui
Editores: Dr. Rubén Méndez Reátegui (PhD-Dsc), Efrén Guerrero Salgado (PhD), Jesús María Navalpotro (PhD).
Coordinado por: Estefanía Espíndola Cáceres; Jhon Esteban Mora Bassante y Ana Belén Nicola Andrade.
Supervisión técnica: Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Agradecimientos: Rector Ambato, Dr. Íñigo Salvador Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Colección: Textos Jurídicos de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Título: APUNTES DE DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA
Obras incluidas en esta Colección
• ESSAYS ON INSTITUTIONS, COORDINATION AND LEGAL THEORY
• DERECHO, ENFOQUES Y MÉTODOS: UNA RETROSPECTIVA
• DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y CANCELACIÓN DE COMPAÑÍAS DE COMERCIO EN ECUADOR
• DERECHO & ECONOMÍA: UNA REVISIÓN DE LA LITERATURA HISPANOAMERICANA

Verificadora de lineamientos investigativos generales: Ing. Mg. Amparo Álvarez
Diseño y diagramación: David Kattán
ISBN: 978-9978-77-294-2

Todos los derechos reservados . El contenido de esta obra se encuentra protegido por la Ley. Cualquier requerimiento deberá ser realizado al Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Quito – Ecuador, 2017

IMPRESO EN ECUADOR - PRINTED IN ECUADOR

PRÓLOGO

Dr. Hugo R. Gómez Apac

Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Quito, febrero del 2017.

La competencia es connatural a las relaciones sociales. Los estudiantes compiten por obtener las mejores notas, reconocimientos académicos y becas de estudio. Ya egresados de las universidades, los profesionales compiten mediante concursos de mérito por obtener puestos de trabajo. Ya empleados, compiten con sus compañeros para lograr ascensos, mejores remuneraciones. Siempre estamos compitiendo. Es más, festejamos y premiamos a los ganadores de los procesos competitivos. Los juegos olímpicos, el campeonato mundial de fútbol y en general los certámenes deportivos y los de carácter artístico (música, cine) son un buen ejemplo de ello. Asistimos a eventos en los cuales los participantes compiten entre sí, y premiamos a los ganadores, a los que llegan en los primeros lugares, a los que obtienen los más altos puntajes.

Es un signo particular de nuestros tiempos que, de manera individual, los atletas deportivos son los que tienen los mejores salarios del planeta. No hay nada más competitivo que el deporte, actividad que mueve miles de millones de dólares porque le interesa a la gente. Es el interés de las personas por ver esos campeonatos de fútbol, de béisbol, de baloncesto, de tenis, de golf, etc., lo que convierte en tan lucrativas estas actividades. Y ese interés, similar al que tenían hace cientos de años los romanos que asistían a su coliseo para ver a los gladiadores, no es otra cosa que la satisfac-

ción personal del espectador de ver a competidores eliminando a otros competidores hasta que uno de ellos se alce con la victoria. Qué duda cabe, pues, que nos gusta la competencia y premiamos al ganador del proceso competitivo.

Si así es de importante la competencia en las relaciones sociales, en el mercado la competencia es la razón de ser del mercado. Las empresas compiten entre sí por obtener las preferencias de los consumidores y así aumentar sus ganancias, incrementar su participación de mercado. El empresario lo que quiere es ganar dinero, y para hacerlo tiene que vender más, lo que implica, inevitablemente, quitarle clientes a sus competidores. De esto trata la competencia, así funcionan los mercados y está bien que así sea. Gracias a la competencia, gracias a la rivalidad de las empresas, los ganadores, los premiados por el proceso competitivo, son los consumidores.

En efecto, la rivalidad de las empresas por obtener las preferencias de los consumidores origina que ofrezcan al mercado productos a menores precios, de mejor calidad, en mayor diversidad, de acceso más fácil y más rápido. Son los consumidores los que ganan con la competencia. Ellos son los jueces del proceso competitivo, los que con su elección deciden quién es el empresario ganador. Pero para que esto ocurra, no basta que haya libre competencia, sino que esta debe ser honesta, leal.

Con la competencia no solo ganan los consumidores, también ganan las empresas y el Estado. Las empresas porque se vuelven más competitivas, lo que las ayuda a enfrentar con éxito escenarios de mercados ampliados tales como los que originan los acuerdos de libre comercio. El Estado debido a que el incremento del comercio y la industria fruto de la competencia genera más impuestos, que son recursos públicos que pueden ser destinados para

mejorar y ampliar la cobertura de los servicios públicos (educación, salud, justicia, agua potable, electricidad, telefonía) y la infraestructura de transporte de uso público (carreteras, puertos, vía férreas, aeropuertos).

Dado los beneficios de la competencia para los consumidores, los ordenamientos jurídicos responden reconociendo en la competencia un bien jurídico que debe ser tutelado, que debe ser promovido y protegido. Y responden desde el más alto nivel: el constitucional. El artículo 333 de la Constitución Política de Colombia de 1991 establece que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. El artículo 61 de la Constitución Política del Perú de 1993 prescribe que el Estado facilita y vigila la libre competencia. El artículo 336 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008 señala que el Estado fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades. El artículo 308 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia del 2009 estipula que el Estado reconoce, respeta y protege la iniciativa privada, para que contribuya al desarrollo económico, social y fortalezca la independencia económica del país, así como garantiza la libertad de empresa y el pleno ejercicio de las actividades empresariales (la libre iniciativa privada y la libertad de empresas son parte esencial de los pilares de la libre competencia).

Y las cuatro constituciones mencionadas no solamente reconocen la necesidad de tutelar o fomentar la libre competencia—o reconocerla como derecho, o reconocer los derechos que la sostienen como la libre iniciativa privada y la libertad de empresa—, sino que expresamente prohíben las conductas que limitan, lesionan o distorsionan la libre competencia. Así, el artículo 333 de la constitución colombiana menciona que el Estado, por man-

dato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. El artículo 61 de la constitución peruana dispone que el Estado combate toda práctica que limite la libre competencia y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, señalando de modo particular que ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. El artículo 335 de la constitución ecuatoriana señala que el Estado establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal. El artículo 314 de la constitución boliviana prohíbe el monopolio y el oligopolio privado, así como cualquier otra forma de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que pretendan el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios.

En cumplimiento de los referidos mandatos constitucionales, los cuatro países andinos cuentan con legislación que regula el control de las conductas anticompetitivas; es decir, que prohíbe y sanciona el abuso de la posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales; así como con normativa que regula el control de las concentraciones empresariales anticompetitivas (control de fusiones). En Colombia, la Ley 155 de 1959 (por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas), el Decreto 2153 de 1992 (por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones) y la Ley 1340 de 2009 (por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia). En Perú, la Ley 26876 – Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléc-

trico de 1997 y el Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas del 2008. En Ecuador, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado del 2011. En Bolivia, la Ley 1600 - Ley del Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) de 1994; el Decreto Supremo 29519 del 2008, que regula la competencia y la defensa del consumidor frente a conductas lesivas que influyan negativamente en el mercado; y el Decreto Supremo 071 del 2009, que crea las Autoridades de Fiscalización y Control Social.

Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia conforman la Comunidad Andina, y por tanto rige en sus territorios —en aplicación de los principios de aplicación inmediata, efecto directo y preeminencia— el derecho comunitario andino, como es la Decisión 608 del año 2005, que aprueba normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina. Esta norma comunitaria contiene en su seno un régimen de control de conductas anticompetitivas, mas no un régimen de control de las concentraciones empresariales anticompetitivas.

Explicado así el contexto de la defensa de la libre competencia en los cuatro países que conforman la Comunidad Andina, corresponde felicitar a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador por abordar, mediante esta publicación que me honro en prologar, dicha temática de una manera bastante didáctica. Así, este libro empieza por los temas introductorios de competencia y mercado, para luego adentrarse a los tópicos referidos a la tutela, naturaleza y finalidad de la defensa de la libre competencia. Hay una sección intermedia referida al derecho de la competencia y su vinculación con el análisis económico del derecho. Finalmente, se analiza la Decisión 608 y la tutela de la libre competencia en Perú, Ecua-

dor y Colombia. Los diferentes capítulos permiten al lector navegar por diferentes aproximaciones y perspectivas del derecho de la libre competencia.

Esta obra, qué duda cabe, incrementa la escasa bibliografía académica especializada en el análisis comparativo de la defensa de la libre competencia en Perú, Ecuador, Colombia y la Comunidad Andina. Eso sí, me atrevería a exhortar a los investigadores a continuar con la labor emprendida, y que para la siguiente obra se animen a abordar la legislación boliviana de defensa de la libre competencia y lo relativo al control de fusiones en los cuatro países miembros de la Comunidad Andina.

Antes de terminar estas breves líneas me gustaría mencionar —si se me permite a título de licencia personal— que me llena de orgullo el apreciar en el Estudio Preliminar de la obra, bajo el título de *Instituciones y Derecho de la Libre Competencia*, a dos exalumnos míos: Rubén Méndez, el editor de libro, y Raúl Alosilla. Fueron mis alumnos del curso de Regulación de Servicios Públicos que dicté en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú) en el año 2006. Para un profesor es sumamente gratificante ver cómo alumnos brillantes se convierten en profesionales excelentes. Ambos comparten con quien escribe esto pasión por el derecho, inquietud por su enseñanza en la cátedra universitaria y una defensa permanente de la libertad.

Y lo relativo a la libertad me da pie para concluir este prólogo señalando que la defensa de la competencia es una política que limita la libertad en el mercado para que haya más mercado. Si la ciudadanía no confía en el mercado debido a un escenario de impunidad de los abusos del poder de mercado, la respuesta equivocada

puede ser un desmesurado control e intervencionismo estatal, que ahoga la iniciativa privada y desincentiva la innovación. De ahí la necesidad de sancionar el abuso del poder de mercado en todas sus manifestaciones, para que los ciudadanos confíen en el mercado y en sus instituciones, confíen en la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, confíen en la competencia, el motor del crecimiento económico.