



Pontificia Universidad  
Católica del Ecuador

# DERECHO & ECONOMÍA: LIBRE COMPETENCIA

**GiDE** | Grupo de Investigación  
en Derecho Económico

 **cep**  
CORPORACIÓN  
DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES



*Rubén Méndez Reátegui*

Editor

*Hugo R. Gómez Apra*

DERECHO & ECONOMÍA:  
LIBRE COMPETENCIA



Pontificia Universidad  
Católica del Ecuador



**CIDE** | Grupo de Investigación  
en Derecho Económico

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES  
Quito, 2018

# **CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP)**

## **DERECHO & ECONOMÍA: LIBRE COMPETENCIA**

### **Editor y Coordinador**

Dr. Rubén Méndez Reátegui, PhD – DSc (GIDE-PUCE)

### **Revisión Técnica**

Departamento Jurídico Editorial – CEP

### **Revisión Estilo**

Centro de Publicaciones – PUCE

### **Supervisión Editorial**

Comité de Gestión Editorial (Publicaciones)  
de la Facultad de Jurisprudencia – PUCE

### **Equipo de Investigadores**

**Grupo de Investigación Derecho Económico (GIDE-PUCE)**

### **Diagramación**

Departamento de Diagramación – CEP

### **Impresión**

Talleres – CEP

Derecho de Autor No.: 054477: 05-sep-2018.  
ISBN No.: 978-9942-10-437-3: 04-sep-2018.  
Tiraje: 500  
Edición: Primera. Septiembre 2018.

Quito - Ecuador

La Corporación de Estudios y Publicaciones no se responsabiliza por las opiniones contenidas en esta publicación, que son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Todos los derechos sobre esta obra, el contenido de esta obra en su primera edición pertenece al Grupo de Investigación Derecho Económico (GIDE) de la Facultad de Jurisprudencia - PUCE. Prohibida su reproducción total o parcial, así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación, sin autorización expresa de la Corporación

## Prólogo

### LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

**Hugo R. Gómez Apac**

Magistrado Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina  
Investigador principal GIDE-PUCE

La libre competencia constituye un principio jurídico orientador de las políticas públicas y también un bien jurídico merecedor de tutela, y entendido como cualquiera de estas dos formas se encuentra recogido en las constituciones políticas de Colombia, Ecuador y Perú y, por supuesto, en sus leyes que prohíben y sancionan las conductas que eliminan o restringen la libre competencia y en aquellas que establecen procedimientos de evaluación previa de las concentraciones empresariales que pueden generar una disminución sustancial de la competencia.

El derecho de la competencia como objeto de estudio comprende la legislación (normas constitucionales, legales y reglamentarias) de defensa de la libre competencia, los principios jurídicos que orientan dicha legislación, la jurisprudencia que sobre el particular han vertido las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia (la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado del Ecuador y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú) y las instancias correspondientes de los Poderes Judiciales y los respectivos Tribunales Constitucionales.

El derecho de la competencia como disciplina jurídica es materia de estudio como curso obligatorio o electivo en las facultades de derecho e incluso en las escuelas de posgrado. A modo de ejemplo, en el

Perú dicho curso es dictado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Esta última universidad, además, tiene un programa de maestría en derecho de la propiedad intelectual y de la competencia, lo que evidencia el interés que existe por dicha disciplina entre los profesionales de los sectores público y privado.

¿Qué se enseña en un curso de derecho de la competencia? Para empezar nociones elementales de microeconomía y organización industrial, como oferta, demanda, eficiencia económica, excedente del consumidor, excedente del productor, competencia perfecta, competencia monopolística, oligopolio, monopolio, fallas del mercado (externalidades, asimetría informativa, poder del mercado), monopolio natural, barreras a la entrada, etc. Estos conceptos le permitirán más adelante comprender la definición de mercado relevante y posición de dominio, el análisis de las pruebas indiciarias conducentes a demostrar la existencia de cárteles, y la evaluación del balance entre las eficiencias económicas y el menoscabo al bienestar del consumidor que pueden generar las concentraciones o integraciones económicas entre las empresas.

Luego viene la historia del derecho de la competencia. La Sherman Act de 1890 y el desarrollo legislativo posterior ocurrido en Estados Unidos de América. Los artículos 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 y el desarrollo normativo posterior acaecido en la Unión Europea. Y dependiendo del país de que se trate, la evolución legislativa nacional de defensa de la libre competencia.

Seguidamente, se aborda lo referido a la Constitución Económica, explicándose tópicos como economía social de mercado, los derechos fundamentales económicos (propiedad, libre iniciativa privada, libertad de empresa, libertad de contratación), el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado, la tutela de la libre competencia y la protección de los derechos del consumidor. Si la libre competencia es

también reconocida en la legislación nacional (o por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional) como un derecho fundamental, resultará pertinente mencionar la operatividad del instrumento procesal que permite concretizar la tutela de dicho derecho: la acción de amparo o de tutela, llamada también acción de amparo constitucional.

Los temas hasta aquí mencionados le dotarán al alumno de los cimientos necesarios para adentrarse al núcleo del derecho de la competencia: el control de conductas y el control de estructuras. Respecto del control de conductas (anticompetitivas), se enseña lo que son las prácticas colusorias horizontales (acuerdos de precios, de limitación de la producción, de reparto de mercados, de reparto de concursos o licitaciones públicas) y verticales (acuerdos de compra exclusiva, de distribución exclusiva) y el abuso de la posición de dominio (negativa injustificada de contratar, ventas atadas, tratamiento desigual para operaciones similares, precios predatorios). La diferencia de análisis entre la regla *per se* (prohibiciones relativas) y la regla de la razón (prohibiciones relativas). La determinación del mercado relevante (producto y espacio geográfico relevante) y de la posición de dominio (cuotas de mercado, concentración del mercado, barreras a la entrada, competencia potencial).

Conocida la parte sustantiva, viene luego la adjetiva: el procedimiento de investigación y sanción de las conductas anticompetitivas. En esta parte no solo se estudia lo referidos a la probanza de las conductas anticompetitivas (especialmente el uso de la prueba indiciaria para identificar las prácticas colusorias horizontales denominadas *hard-core cartels*), las medidas cautelares, las medidas correctivas y la metodología para el cálculo de las multas (beneficio ilícito esperado, probabilidad de detección de la infracción, agravantes y atenuantes), sino también el uso de los programas de clemencia para la desarticulación de los cárteles.

Tratándose del control de estructuras (comúnmente llamado control de fusiones), los temas a tratar son la definición de concentración empresarial (fusión, constitución de empresas, adquisición de acciones, com-

pra de activos, contratos de administración), las nociones de mercado relevante y barreras a la entrada y el análisis prospectivo de los posibles efectos procompetitivos (eficiencias económicas) y anticompetitivos (perjuicio al bienestar del consumidor) de la concentración empresarial. El análisis de las posibles eficiencias económicas que aporte la integración (horizontal o vertical) empresarial es de capital importancia en este punto. Se estudia, asimismo, lo referido al umbral para las notificaciones, las modalidades de notificación y el procedimiento administrativo que conducirá a la autorización o denegatoria de la concentración empresarial, incluyendo las sanciones en caso las empresas no soliciten la autorización, o habiéndola solicitado incumplan los mandatos y condiciones establecidas por la autoridad de defensa de la libre competencia.

Es importante mencionar que tanto el estudio del control de las conductas anticompetitivas como del control de las concentraciones empresariales anticompetitivas requiere un balance adecuado entre lo teórico y lo práctico, comprendiendo lo práctico el estudio de casuística (jurisprudencia administrativa y judicial) nacional y extranjera. En el caso particular del control de conductas, si la legislación nacional ha optado, en adición al modelo sancionador administrativo, por la represión penal de este tipo de conductas, la cátedra deberá tener en consideración los artículos pertinentes del Código Penal relacionados con los delitos de abuso del poder de mercado.

La parte penúltima del curso suele abordar la defensa de la libre competencia en los mercados ampliados (los capítulos de políticas de competencia en los acuerdos de libre comercio, la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina y los convenios de cooperación entre agencias de competencia conducentes a investigar las conductas anticompetitivas transfronterizas), la diferencia entre libre competencia y competencia desleal, la diferencia entre política de competencia y regulación económica, la vinculación entre la defensa de la competencia y la protección de los derechos de propiedad intelectual, las implicancias de la defensa de la competencia con la fiscalización del dumping y los subsidios y el

impacto sobre la competencia de la aplicación de medidas de defensa comercial como las salvaguardias.

Finalmente, la llamada “abogacía de la competencia”, que consiste en que la autoridad de defensa de la libre competencia promueve la competencia en los mercados a través de informes, documentos de investigación o de debate, seminarios, foros académicos, etc., a través de los cuales recomienda o exhorta a los Poderes Ejecutivo y Legislativo y las entidades públicas en general (ministerios, municipalidades, superintendencias, organismos públicos) a abstenerse de imponer regulaciones que dificulten o limiten la competencia en los mercados.

El aprendizaje del derecho de la competencia despierta en los alumnos interés por aquellas materias que ofrecen una visión conjunta del derecho y la economía, como es el análisis económico del derecho o el análisis de impacto regulatorio. Posiblemente la mejor secuencia o cronología metodológica sea la siguiente: primero análisis económico del derecho, luego derecho de la competencia, a continuación, regulación económica y al final análisis de impacto regulatorio. Estas cuatro materias dotan a los alumnos de herramientas conceptuales sólidas para cuestionar políticas públicas populistas e ineficientes y, en su lugar, proponer políticas públicas que de manera auténtica mejoren el bienestar de la sociedad.

El libro que prologo lleva por título “Derecho & Economía: Libre Competencia”, cuyo contenido abarca casi todos los temas propios de la disciplina jurídica que he abordado en los párrafos precedentes. Es loable el esfuerzo de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador por difundir una temática cuya bibliografía es escasa en este país. La felicito por ello. Y termino afirmando que este libro servirá, con carácter introductorio, de material de enseñanza para los estudiantes ecuatorianos interesados en el derecho de la competencia.

Quito, julio de 2018.