



UNIVERSIDAD
DEL AZUAY

Casa
Editora



DICERE

REVISTA DE DERECHO &
ESTUDIOS INTERNACIONALES

Vol. 1
Nº. 02
Noviembre
2024

e-ISSN: 3028-886X



Original

What should be the purpose of a law defending free competition?: Regarding what is established in the Organic Law of Regulation and Control of Market Power of Ecuador

¿Cuál debe ser la finalidad de una ley de defensa de la libre competencia?: A propósito de lo establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado del Ecuador



DOI: <https://doi.org/10.33324/dicere.v1i2.813>

Hugo Gómez-Apac,  0000-0001-7892-6573  hugo.gomez@tribunalandino.org
Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.

Recibido: 04-09-2024 Revisado: 28-09-2024 Aceptado: 15-10-2024 Publicado: 30-11-2024

Resumen

El presente artículo toma postura sobre cuál debería ser la finalidad de una ley de defensa de la libre competencia, que es proteger el proceso competitivo (y no a los competidores) debido a que este genera eficiencias económicas en el mercado que mejoran el bienestar de los consumidores. Asimismo, se analiza el objetivo de la ley de competencia del Ecuador, la cual, luego de haber sido modificada el año 2023, establece que su propósito es la protección del bienestar general a través de la eficiencia económica.

Abstract

This paper takes a position on what the purpose of a competition law should be, which is to protect the competitive process (and not the competitors) because it generates economic efficiencies in the market that improve consumer welfare. Likewise, the objective of Ecuador's competition law is analyzed, which, after being modified in 2023, establishes that its purpose is the protection of the general welfare through economic efficiency.

Palabras clave

Competencia. Eficiencia económica. Bienestar social. Bienestar de los consumidores. Ley de defensa de la libre competencia del Ecuador.

Keywords

Competition. Economic efficiency. Social welfare. Consumer welfare. Ecuador's free competition law.

1 Introducción

Conocer la finalidad de una ley brinda a la autoridad administrativa o jurisdiccional que la aplica una orientación sobre el camino a seguir al momento de interpretar sus disposiciones, así como los principios, conceptos e instituciones contenidos en ellas. Si una o varias disposiciones pueden ser interpretadas en dos o más sentidos, la autoridad debe escoger aquella que guarda mayor correspondencia con el objeto de la ley.

El propósito de una norma arroja el interés público —o el bien jurídico— que la autoridad debe salvaguardar. Al revisar el objetivo de una norma solemos encontrar el interés público protegido por dicha norma, o el bien jurídico que ella tutela, lo que facilita apreciar el escenario en el cual la autoridad incurriría en desviación de poder, que es lo que ocurre cuando ella resuelve el asunto por razones distintas a la protección de dicho interés público.

El presente artículo explica la posición personal del autor sobre cuál debería ser la

finalidad de una ley de defensa de la libre competencia, la cual coincide con la prevista en la legislación de competencia de la Comunidad Andina y de varios países de Latinoamérica, y, teniendo en cuenta dicho contexto, analiza el propósito de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante, la **LORCPM**) —que es la ley de defensa de la libre competencia del Ecuador—, asunto que ha sido modulado en los últimos años.

Si bien en un primer momento la LORCPM tenía varios objetivos —dependiendo de la interpretación que se dé a dicha ley, dichos objetivos, algunos contradictorios entre sí, podrían seguir vigentes—, las modificaciones efectuadas los años 2022 (al reglamento de la ley) y 2023 (a la ley misma) han modulado su propósito, de forma imperfecta es cierto, con el objeto de establecer que su finalidad es la protección del bienestar general a través de la eficiencia económica.

2 ¿Qué es la competencia y cuáles sus ventajas?

Goyder (2003) afirma que:

«La competencia es básicamente la relación entre varias empresas que venden bienes o servicios del mismo tipo al mismo tiempo a un grupo identificable de clientes. Cada empresa que haya tomado una decisión comercial de comercializar sus bienes o servicios en el mercado, utilizando sus instalaciones de producción y distribución, necesariamente se encontrará con ese acto en una relación de potencial contienda y rivalidad con las otras empresas en el mismo mercado geográfico, cuyos límites pueden ser una única zona comercial, una ciudad, una región, un país, un grupo de países, toda la Comunidad Europea o incluso el mundo entero.»¹ (p. 8)

La competencia (o proceso competitivo) es la rivalidad de las empresas por obtener las preferencias de los consumidores en el mercado.

El autor antes citado nos indica, como beneficios de la competencia, los siguientes:

«(...)

- a) El papel que ha desempeñado en la asignación de recursos en la dirección preferida por los consumidores, generalmente descrita como “eficiencia asignativa”; esto tiene el beneficio de reducir el riesgo de que los bienes o servicios producidos no sean deseados, o no sean deseados al precio al que se ofrecen;
- b) El proceso constante de ajuste dinámico a los continuos cambios en las preferencias de los consumidores es un incentivo para que los productores inviertan en investigación y desarrollo e innoven, lo que conduce a la supervivencia y el crecimiento de aquellas empresas que realizan los cambios necesarios a tiempo, mientras que aquellas que fallan en hacerlo inevitablemente se quedarán atrás;
- c) La presión continua sobre todos los productores y vendedores en el mercado para mantener bajos los costos y, por lo tanto, los precios, por temor a perder clientes frente a otros vendedores que encuentran formas de atraer negocios, ya sea mediante recortes generales de precios o mediante descuentos especiales a compradores favorecidos;

1. Traducción propia del siguiente texto:

«Competition is basically the relationship between a number of undertakings which sell goods or services of the same kind at the same time to an identifiable group of customers. Each undertaking having made a commercial decision to place its goods or services on the market, utilizing its production and distribution facilities, will by that act necessarily bring itself into a relationship of potential contention and rivalry with the other undertakings in the same geographical market, whose limits may be a single shopping precinct, a city, a region, a country, a group of countries, the entire European Community, or even the whole world.»

- d) La probabilidad de que un país cuya economía esté comprometida con el proceso competitivo disfrute de mayores avances en eficiencia productiva y en la utilización de sus recursos de materia prima y capital humano.

(...)»² (Goyder, 2003, p. 9)

La rivalidad de las empresas en el mercado las incentiva a ofrecer a los consumidores productos o servicios a menores precios, de mejor calidad, en mayor variedad y más accesibles. Estas ventajas traducen lo que se conoce como eficiencias económicas: eficiencia productiva (menores costos, menores precios), eficiencia innovativa o dinámica (mejor calidad, mayor variedad, más accesibilidad) y eficiencia asignativa (los bienes o servicios son asignados a quienes los valoran más y los consumidores obtienen el máximo ahorro posible).

El art. 2 del Reglamento de aplicación de la Ley núm. 42-08³, General de Defensa de la Competencia, de República Dominicana, define a las mencionadas eficiencias económicas en los siguientes términos:

«**Eficiencia asignativa:** es aquella que se alcanza cuando el inventario de productos ha sido asignado a través del sistema de precios a los comprado-

res que más lo valoran, en términos de disponibilidad para pagar o disponibilidad de sacrificar otras posibilidades de consumo.

Eficiencia productiva: es aquella que se logra cuando el nivel de producción de bienes y servicios se alcanza con el menor costo posible.

Eficiencia dinámica: es aquella que se refiere a la existencia de incentivos y habilidades apropiadas para aumentar la productividad y llevar adelante innovaciones que puedan resultar en productos mejores y más baratos o nuevos productos, que permitan a los consumidores alcanzar niveles de satisfacción mayores que las opciones de consumo previas.»

La competencia entre las empresas genera eficiencias económicas en el mercado, las cuales mejoran, o tienen la potencialidad de mejorar, el bienestar de los consumidores. Cuando existe una auténtica competencia (libre y leal) efectiva, los consumidores son los soberanos del mercado, los jueces del proceso competitivo, los que con su elección de consumo deciden qué empresa gana y cuál pierde; los que juzgan si las decisiones tomadas por los directores y gerentes de las empresas son acertadas o no.

2. Traducción propia del siguiente texto:

«(...)

a) the part that it has played in allocating resources in the direction preferred by consumers, generally described as 'allocative efficiency'; this has the benefit of reducing the risk that goods or services produced will not be wanted, or not wanted at the price at which they are offered;

b) the constant process of dynamic adjustment to continual changes in consumer preferences is an incentive for producers to invest in research and development and to innovate, leading to the survival and growth of those companies which make the necessary changes in good time, whilst those that fail to do so inevitably fall behind;

c) the continual pressure on all producers and sellers in the market to keep down costs, and therefore prices, for fear of losing custom to other sellers who find ways to attract business either by general price cuts or by special discounts to favoured buyers;

d) the likelihood that a country whose economy is committed to the competitive process will enjoy greater advances in productive efficiency and in utilization of its resources of raw material and human capital.

(...)»

3. Aprobado por Decreto 252-20 del Presidente de la República del 15 de julio de 2020.

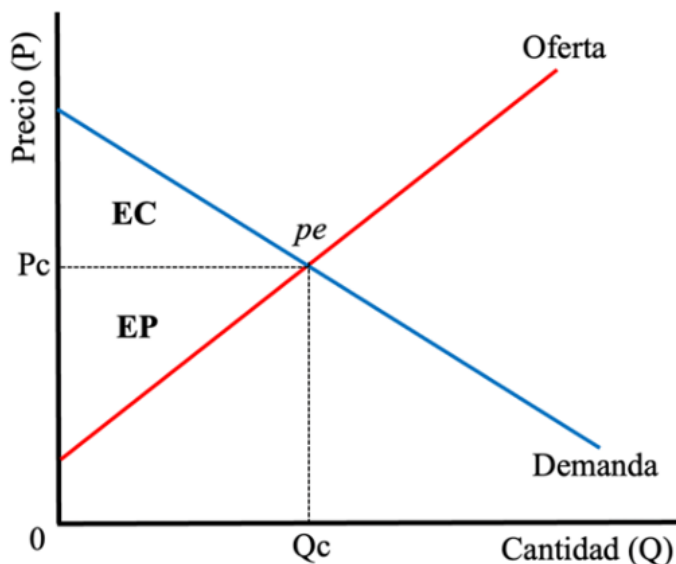
3 El bienestar general es la suma del excedente de los consumidores más el excedente de los productores

El Gráfico 1 muestra un mercado competitivo en el que hay una situación de equilibrio entre la oferta y la demanda. El triángulo EC es el excedente de los consumidores (o bienestar de los consumidores). Es todo lo que ahorran los consumidores gracias a que el precio es P_c (precio competitivo). El

triángulo EP es el excedente de los productores (o bienestar de los productores). Es lo que ganan los productores debido al precio P_c . La suma de ambos excedentes ($EC + EP$) es lo que se conoce como bienestar social (o bienestar total).

Gráfico 1

Fuente: elaboración propia



Dicho gráfico muestra lo que se conoce como un óptimo de Pareto. Es una situación de máxima eficiencia, pues no es posible mejorar la situación de alguien a menos

que empeore la de otro: si se mejora el excedente del consumidor (EC), es a costa de disminuir el excedente del productor (EP).

Uno de los grandes debates es si el derecho de la competencia debe proteger el bienestar total o solo el bienestar de los consumidores. Massimo Motta (2004, pp. 19-22) explica las razones que se esgrimen para considerar como objetivo el bienestar general o el bienestar de los consumidores. Ambas posiciones son valederas.

¿Bienestar general o bienestar de los consumidores? La elección corresponde al legislador. Muchas legislaciones, o la interpretación que de ellas han hechos las autoridades de competencia y los jueces, se han inclinado por el bienestar de los consumidores.

El juez estadounidense Robert H. Bork (2021, p. 7)⁴ sostuvo que la política de competencia, tal como está expresada en las leyes vigentes, no puede guiarse adecuadamente por ningún objetivo que no sea el bienestar del consumidor⁵, la maximización del bienestar del consumidor. Según él, la eficiencia empresarial necesariamente beneficia a los consumidores al reducir los costos de los bienes y servicios o al aumentar el valor del producto o servicio ofrecido, lo que ocurre tanto si la unidad de negocios es un competidor o un monopolista⁶ (p. 6).

Robert Bork fue uno de los más enfáticos en señalar que la única consideración

a tener en cuenta al aplicar los principios del derecho de la competencia es el bienestar de los consumidores y que ningún otro objetivo es válido (Cadenas, E., Clovin, J. y Mercant J. M., 2020, p. 74). Así, según el juez Bork, las intenciones del Congreso de Estados Unidos de América en la *Sherman Act* (1890) y en la *Clayton Act* (1914) demuestran que el único objetivo de las leyes de defensa de la libre competencia es fomentar el bienestar del consumidor tras la maximización de la eficiencia económica (*Ibidem*).

Como concluye Daniel A. Crane (2014, p. 853), el argumento de Bork de que la ley antimonopolio debería promover exclusivamente el bienestar del consumidor y la eficiencia económica ha generado intensas críticas, pero también ha demostrado ser enormemente exitoso, contribuyendo a la transformación del derecho de la competencia de un conjunto a menudo disperso, incoherente y contradictorio de objetivos de política a una empresa disciplinada y enfocada⁷.

4. Cita proveniente de un libro electrónico publicado el 2021 [Bork, Robert H. (2021). *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. Bork Publishing]. La versión original del libro es: Bork, Robert H. (1978). *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Basic Books, Inc.

5. Traducción propia del siguiente texto:

«Chapters 2 and 3 take up the crucial issues of goals and argue that antitrust policy, as expressed in our present statutes, cannot properly be guided by any goal other than consumer welfare.»

6. Traducción propia del siguiente texto:

«Business efficiency necessarily benefits consumers by lowering the costs of goods and services or by increasing the value of the product or service offered; this is true whether the business unit is a competitor or a monopolist.»

7. Traducción propia del siguiente texto:

«Robert Bork's argument that antitrust law should promote consumer welfare and economic efficiency exclusively has generated intense criticism. But it has also proven enormously successful, contributing to the transformation of antitrust law from an often scattered, incoherent, and contradictory set of policy objectives to a disciplined and focused enterprise...»

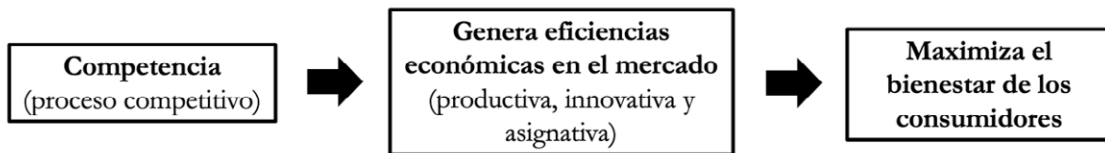
4 El bien jurídico que busca proteger la defensa de la libre competencia

El bien jurídico protegido es la competencia en sí misma; es decir, el proceso competitivo, el cual genera eficiencias económicas en el mercado, las que a su vez tienen la potencialidad de mejorar el bienestar del consumidor.

El bien jurídico protegido de manera directa o inmediata es la competencia. El bien jurídico protegido de manera indirecta o mediata es el bienestar de los consumidores. La secuencia lógica es la siguiente:

Gráfico 2

Fuente: elaboración propia



De allí la necesidad de proteger la competencia efectiva, y sancionar las conductas que la restringen o afectan, o denegar las solicitudes de concentración empresarial que la ponen en riesgo. En tal sentido, toda concentración empresarial que puede crear o consolidar una posición de dominio (o poder de mercado) debe ser evitada.

Goyder (2003) afirma que:

«Por lo tanto, aunque los beneficios de la competencia son grandes, no debe

olvidarse que su efecto sobre los perdedores en ese proceso puede ser financieramente desastroso para ellos. Estos efectos tampoco estarán siempre exentos de desventajas, incluso para los consumidores, como, por ejemplo, cuando las tiendas locales se ven arruinadas por el éxito del supermercado de la ciudad vecina. Es el proceso de competencia, no la preservación de los competidores, la principal preocupación de la política de competencia y antimonopolio.»⁸ (p. 9)

8. Traducción propia del siguiente texto:

«Though the benefits therefore of competition are great it should not be forgotten that its effect on the losers in that process may be financially disastrous for them. Nor will those effects always be without disadvantage even for consumers, as for example when local shops find themselves put out of business by the very success of the supermarket in the next town. It is the process of competition, not the preservation of competitors, that is the main concern of competition and antitrust policy.»

Se protege a la competencia en atención a los beneficios que esta produce. No se protege a los competidores. Una ley de defensa de la libre competencia no está diseñada para proteger a los pequeños empresarios frente a los grandes. No. Está para defender el proceso competitivo, no para elegir quién debe entrar, permanecer o salir del mercado. La competencia es fría y dura. Gana el mejor. La autoridad de competencia no elige al ganador, solo se asegura de que en el mercado haya competencia, competencia efectiva, y será esta y la elección de los consumidores las que decidirán qué empresa tiene más ventas y cuál dejará de vender.

Veamos a continuación algunas leyes que tienen la orientación descrita; es decir, que son heredadas de la visión del juez Robert H. Bork.

El art. 1 del Decreto 528 – Ley de Competencia (2004) de El Salvador:

«Art.1.- El objeto de la presente ley es el de promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas que, manifestadas bajo cualquier forma limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico, a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. (...).»

El art. 2 de la Decisión 608 – Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina (2005):

«**Artículo 2.-** La presente Decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.»

El art. 1 del Decreto 357-2005 – Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia (2006) de Honduras:

«**Artículo 1.- Objetivo.** La presente ley tiene como objetivo promover y proteger el ejercicio de la libre competencia con el fin de procurar el funcionamiento eficiente del mercado y el bienestar del consumidor.»

El art. 1 de la Ley 18.159 – Defensa de la Libre Competencia en el Comercio (2007) de Uruguay:

«**Artículo 1.- Objeto**

La presente ley es de orden público y tiene por objeto fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados.»

El art. 1 de la Ley 42-08 sobre Defensa de la Competencia (2008) de República Dominicana:

«Artículo 1.- Objeto.

La presente ley tiene por objeto, con carácter de orden público, promover y defender la competencia efectiva para incrementar la eficiencia económica en los mercados de bienes y servicios, a fin de generar beneficio y valor en favor de los consumidores y usuarios de estos bienes y servicios en el territorio nacional.»

El art. 1 del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (2008) del Perú:

«Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.»

Todas las leyes antes mencionadas tienen un objetivo claro y coherente: se protege la competencia porque las eficiencias económicas que ella genera en el mercado van a mejorar el bienestar de los consumidores.

5 El problema de una ley de defensa de la competencia con diversos y contradictorios objetivos

Cadenas, E., Clovin, J. y Mercant J. M. (2020, p. 79) explican que si una ley de defensa de la competencia tiene una pluralidad de objetivos, es una ley difícil de manejar y ponen como ejemplo el caso de Sudáfrica, en el que el art. 2 de la Ley de Competencia (1998) establece lo siguiente:

«2. Propósito de la Ley

El propósito de esta Ley es promover y mantener la competencia en la República para:

- a) promover **la eficiencia**, la adaptabilidad y el desarrollo de la economía;
- b) ofrecer a los consumidores precios competitivos y opciones de productos;
- c) **promover el empleo** y promover el bienestar social y económico de los sudafricanos;
- d) ampliar las oportunidades para la participación de Sudáfrica en los mercados mundiales y reconocer el rol de la competencia extranjera en la República;
- e) garantizar que las pequeñas y medianas empresas tengan una oportunidad equitativa de participar en la economía;
- f) promover una mayor distribución de la propiedad, en particular para aumentar las participaciones en la propiedad de personas históricamente desfavorecidas; y

g) detectar y abordar condiciones en el mercado para cualquier bien o servicio en particular, o cualquier comportamiento dentro de dicho mercado que tiende a impedir, restringir o distorsionar la competencia en conexión con el suministro o adquisición de dichos bienes o servicios dentro de la República.»⁹

Como advierten dichos autores (Cadenas, E., Clovin, J. y Mercant J. M., 2020, pp. 79-80), puede ser contradictorio promover la eficiencia económica y el empleo al mismo tiempo. Si dos empresas productoras de zapatos se fusionan, la futura empresa fusionada no va a necesitar dos departamentos de contabilidad, de facturación, de asesoría jurídica y de recursos humanos. La futura empresa conservará solo una de las dos estructuras administrativas, repartiéndolo así este costo fijo sobre una producción mayor, lo que constituirá una eficiencia productiva que va a impactar favorablemente en los consumidores. Sin embargo, esta fusión tendrá un impacto negativo sobre los empleos redundantes (*Ibidem*, p. 80). La concentración empresarial va a beneficiar a los consumidores porque los despidos reducirán costos administrativos, eficiencia productiva que se trasladará al mercado en menores precios. ¿Qué debe hacer en este caso la autoridad de competencia? ¿Cuál

de los dos objetivos en conflictos debe prevalecer?

Lo coherente es promover la eficiencia económica en el mercado y el mayor bienestar de los consumidores.

Lo incoherente es buscar la eficiencia económica y evitar despidos, o promover la eficiencia económica y garantizar la permanencia en el mercado de las pequeñas empresas. Si las empresas grandes son capaces de lograr acuerdos verticales que le son esquivos a las pequeñas, estas van a salir del mercado. Sería ineficiente sancionar tales acuerdos con el único objetivo de proteger a las pequeñas empresas. La fusión entre dos empresas grandes puede incrementar las economías de escala, reducir costos y disminuir los precios, lo que va a ser una amenaza para las pequeñas empresas incapaces de alcanzar tales economías. Si fuera este el caso, sería ineficiente prohibir la fusión con el único objetivo de evitar la salida de las empresas pequeñas del mercado. Sí debe prohibirse la fusión que afecta sustancialmente la competencia efectiva, la que es capaz de crear o fortalecer el poder de mercado.

9. Traducción propia del siguiente texto:

«2. Purpose of Act

The purpose of this Act is to promote and maintain competition in the Republic in order—

a) to promote the efficiency, adaptability and development of the economy;

b) to provide consumers with competitive prices and product choices;

c) to promote employment and advance the social and economic welfare of South Africans;

d) to expand opportunities for South African participation in world markets and recognise the role of foreign competition in the Republic;

e) to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the economy;

f) to promote a greater spread of ownership, in particular to increase the ownership stakes of historically disadvantaged persons; and

g) to detect and address conditions in the market for any particular goods or services, or any behaviour within such a market, that tends to impede, restrict or distort competition in connection with the supply or acquisition of those goods or services within the Republic.»

6 Los objetivos de la LORCPM

El art. 1 de la LORCPM establece lo siguiente:

«**Art. 1.- 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.»

El artículo citado plantea varios objetivos. La eficiencia en los mercados tiene sintonía con lo dicho en las secciones anteriores. El comercio justo debe ser interpretado como un escenario de leal (u honesta) competencia, lo que guarda correspondencia con la eficiencia económica, así como el dar a cada quien lo que le corresponde. El principio de no discriminación significa tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Así, por ejemplo, si bien una empresa establece un precio uniforme para todos sus clientes, es razonable el otorgamiento de descuentos por volumen —mayor el descuento a mayor la cantidad comprada— o por pago adelantado —una rebaja del precio como premio por pagar antes de recibir

el producto que se compra—. No es favoritismo, sino un tratamiento diferenciado en función de condiciones objetivas y razonables (v.g., la imposición de penalidades o intereses a quien paga con retraso).

Bienestar general y bienestar de los consumidores y usuarios sí nos puede llevar a una dicotomía. Como se ha dicho antes, o se protege el bienestar general (EC + EP) o el bienestar de los consumidores (EC). Asumamos que una fusión tiene la potencialidad de restringir la competencia (v.g., la adquisición de posición de dominio o poder de mercado) y una consecuencia de esto podría ser un aumento de precios, pero las ganancias en eficiencias serían mayores al incremento de precios. Pongámoslo en números. Digamos que la fusión podría originar que el precio del producto en cuestión suba de 100 a 120. Si pensamos en un millón de unidades vendidas en el periodo de un año, la fusión significaría un incremento de precios en perjuicio del bienestar de los consumidores de 20 millones. Dicho en otros términos, el excedente del consumidor disminuiría en 20 millones. Pero resulta que la fusión genera economías de escala, reducción de costos administrativos y otras eficiencias productivas que podrían significar un ahorro en los costos de producción de 30 millones; es decir, que incluso en el supuesto de que no hubiera el pronosticado incremento de precio, el excedente del productor subiría en 30 millones, y con el incremento llegaría a 50 millones. ¿Autorizaría o no la fusión la Superintendencia de Competencia Económica (SCE)? Desde la perspectiva de la protección del bienestar general, debería

autorizarla, pues si bien los consumidores pierden 20 millones, los productores ganan 50, lo que significa una mejora del bienestar general (o social) de 30 millones, que es la diferencia entre lo que ganan los ganadores y lo que pierden los perdedores. En cambio, si el objetivo es la protección del bienestar de los consumidores, la fusión no debería ser autorizada, pues lo relevante en el análisis sería evitar el incremento de precios.

Promover el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible nos lleva a la aplicación del art. 283 de la Constitución del Ecuador del 2008, que establece que el sistema económico es social y solidario, y a la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria (2011), la cual define a la economía popular y solidaria como la forma de organización económica en el que sus integrantes, individual o colectivamente, organizan y desarrollan procesos de producción, intercambio, comercialización, financiamiento y consumo de bienes y servicios, para satisfacer necesidades y generar ingresos, basadas en relaciones de solidaridad, cooperación y reciprocidad, privilegiando al trabajo y al ser humano como sujeto y fin de su actividad, orientada al buen vivir, en armonía con la naturaleza, por sobre la apropiación, el lucro y la acumulación de capital.

El sistema económico basado en la economía popular y solidaria centra la actividad de fomento (estímulo) en determinadas unidades económicas: cooperativas, asociaciones, organizaciones comunitarias y las unidades económicas populares (personas responsables de la economía del cuidado; emprendimientos unipersonales, familiares y domésticos; comerciantes

minoristas; artesanos). Haría mal la SCE si considera que la necesidad de potenciar las prácticas de la economía popular y solidaria exonera a dichas unidades económicas del cumplimiento de la LORCPM, o les da un trato preferente en la aplicación de esta ley.

Como se ha señalado antes, una ley de defensa de la competencia debe proteger la competencia, no a los competidores, incluyendo a los más pequeños. Lo que se protege es la competencia por méritos, la eficiencia económica, de modo que cometería un error la SCE si sanciona a las grandes empresas —con capacidad para alcanzar economías de escala o suscribir acuerdos verticales— con el único propósito de lograr la sobrevivencia de los agentes económicos de la economía popular y solidaria.

Por otro lado, el art. 4 de la LORCPM preceptúa lo siguiente:

«Art. 4.- Lineamientos para la regulación y principios para la aplicación.»

En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley:

- 1) El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico.

- 2) La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular.
- 3) El reconocimiento de la heterogeneidad estructural de la economía ecuatoriana y de las diferentes formas de organización económica, incluyendo las organizaciones populares y solidarias.
- 4) El fomento de la desconcentración económica, a efecto de evitar prácticas monopólicas y oligopólicas privadas contrarias al interés general, buscando la eficiencia en los mercados.
- 5) El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado.
- 6) El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre concurrencia.
- 7) El impulso y fortalecimiento del comercio justo para reducir las distorsiones de la intermediación.
- 8) El desarrollo de mecanismos que garanticen que las personas, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos a través de la redistribución de los recursos como la tierra y el agua.
- 9) La distribución equitativa de los beneficios de desarrollo, incentivar la producción, la productividad, la competitividad, desarrollar el conocimiento científico y tecnológico; y,

- 10) La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes.

Para la aplicación de la presente Ley se observarán los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso.»

Este artículo contiene dos conceptos: lineamientos y principios. Estos últimos, mencionados en el párrafo final, deben ser cumplidos por la SCE en la tramitación de sus respectivos procedimientos administrativos.

Los diez lineamientos previstos, en cambio, no son aplicables a la SCE cuando esta investiga y sanciona conductas anti-competitivas o cuando analiza las concentraciones empresariales. Los lineamientos, como lo dice dicha norma, se aplican para la regulación y formulación de «políticas públicas», lo que es un mandato más para el legislador (la Asamblea Nacional) y la función ejecutiva (el presidente o sus ministros) que para la SCE.

7 El encauzamiento imperfecto del objetivo de la LORCPM

El texto primigenio del art. 4 del Reglamento de la LORCPM, aprobado por Decreto Ejecutivo 1152 de mayo de 2012, establecía lo siguiente:

«**Art. 4.-** Criterio general de evaluación.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.»

Dicha norma repetía los objetivos previstos en el art. 1 de la LORCPM referidos a la eficiencia económica, el bienestar general y el bienestar de los consumidores (bajo la óptica de derechos de los consumidores y usuarios), y con acierto olvidó mencionar lo concerniente a la búsqueda del comercio justo y el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible, pues estos dos últimos propósitos podrían llevar a complicaciones o dificultades en la aplicación de la ley.

Mediante Decreto Ejecutivo 570 de octubre de 2022¹⁰ se agregó el siguiente párrafo al art. 4 del Reglamento de la LORCPM:

«**Art. 4.-**Criterio general de evaluación. (...)

La afectación aquí referida se considerará preferiblemente respecto del **estándar de bienestar general de los consumidores** como parámetro de eficiencia, sin perjuicio de la afectación a derechos e intereses individualizados, conforme lo previsto en el artículo 7 de la Ley.» [Énfasis agregado]

Diera la impresión de que la función ejecutiva del Ecuador quería evitar la contradicción de proteger, al mismo tiempo, el bienestar general y el bienestar de los consumidores, pero terminó por escribir un galimatías en el que fusiona ambos bienestares: el bienestar general de los consumidores.

Sin embargo, entre la dicotomía «bienestar general» o «derechos de los consumidores», la intención de la modificación efectuada el 2022 aparece más clara, en el sentido de orientar la protección, al momento de evaluar las conductas anticompetitivas o las concentraciones empresariales, hacia el estándar del bienestar de los consumidores, tal como lo aconsejara en su momento el juez Bork, de modo que el término “general” allí mencionado debe ser entendido simplemente como la «generalidad» de los consumidores o el «interés público» de los consumidores.

Así las cosas, por virtud de lo establecido en el art. 4 del Reglamento de la LORCPM

10. Publicado en el Registro Oficial el 18 de octubre de 2022.

a partir de la modificación efectuada por el Decreto Ejecutivo 570 del 2022, las autoridades de la SCE debían evaluar las conductas y actuaciones de los agentes económicos con preferencia del estándar del bienestar de los consumidores.

Sin embargo, mediante Ley Orgánica Reformativa de mayo de 2023¹¹ se modificó, entre otros, el art. 2 de la LORCPM, al que se le agregó un último párrafo, tal como se aprecia a continuación.

«**Art. 2.-** Ámbito.- (...)»

La presente Ley **persigue** la promoción y protección de la competencia con base en méritos, buscando el bienestar general por medio de la eficiencia económica.» [Énfasis agregado]

El texto agregado, como es evidente, trata de la finalidad o propósito de la LORCPM. No se entiende por qué, en lugar de modificar el art. 1, referido al objeto de la ley, se modificó el art. 2, concerniente al ámbito (de aplicación subjetivo) de la ley; es decir, de los operadores económicos objeto de la ley.

En todo caso, el propósito resulta más diáfano, consistente en establecer con mejor precisión y coherencia la finalidad de la

ley, y en este caso el legislador optó por el bienestar general (EC + EP). El problema, sin embargo, es que tal propósito aparece en el art. 2, que no tiene ver con el objeto de la ley, y se mantiene intacto el art. 1, que sí tiene que ver con su objeto.

Corresponderá a las instancias resolutivas de la SCE y a los jueces del contencioso administrativo ecuatoriano efectuar la interpretación jurídica correspondiente a efectos de encontrar sentido, armonía y coherencia. Nos inclinamos a pensar, aplicando el método de interpretación evolutivo, que deben primar las intenciones posteriores del legislador, que en este caso se manifiestan en la ley orgánica de mayo de 2023.

En tal sentido, a la luz de lo acontecido normativamente, se puede afirmar que el legislador ecuatoriano ha buscado establecer, como objeto de la LORCPM, la protección del bienestar general (EC + EP) a través de la eficiencia económica. Si bien no es lo que aconsejaba el juez Bork, es un propósito más preciso y coherente que todos los objetivos buscados por el texto primigenio de la ley.

11. «Ley orgánica reformativa de diversos cuerpos legales, para el fortalecimiento, protección, impulso y promoción de las organizaciones de la economía popular y solidaria, artesanos, pequeños productores, microempresas y emprendimientos», publicada en el Registro Oficial el 16 de mayo de 2023.

8 Conclusiones

En un mercado competitivo se maximiza el bienestar de los consumidores (excedente del consumidor) y el bienestar de los productores (excedente del productor). La suma de ambos excedentes es el bienestar general o social.

El bien jurídico protegido por una ley de defensa de la libre competencia debe ser el proceso competitivo, el cual genera eficiencias económicas en el mercado que mejoran el bienestar de los consumidores.

La legislación de defensa de la libre competencia de la Comunidad Andina (2005) y de El Salvador (2004), Honduras (2006), Uruguay (2007), República Dominicana (2008) y Perú (2008) tiene como objetivo promover la eficiencia económica en los mercados y el bienestar de los consumidores, tal como en su momento lo sugiriera el juez estadounidense Robert H. Bork.

Si una ley de competencia tiene varios objetivos, algunos contradictorios entre sí, es una ley difícil o complicada de aplicar. No es posible proteger, al mismo tiempo, la eficiencia económica y el empleo, o la eficiencia económica y a las pequeñas empresas.

La ley, o la jurisprudencia que interpreta la ley, deben decidir si se protege el bienestar general o el bienestar de los consumidores. Ambas son posiciones razonables.

El texto primigenio (2011) de ley de defensa de la libre competencia ecuatoriana tenía una pluralidad de objetivos, entre ellos la búsqueda de la eficiencia económica y la protección del bienestar general y el bienestar de los consumidores.

A través de una modificación a su reglamento del 2022 se trató de precisar que el criterio general de evaluación por parte de la SCE debía dar preferencia al estándar del bienestar de los consumidores.

Sin embargo, una modificación legislativa operada el 2023 ha indicado que el objetivo de la mencionada ley es la protección del bienestar general por medio de la eficiencia económica. Este es el norte que debe guiar a la SCE en la tramitación de los procedimientos administrativos conducentes a investigar conductas anticompetitivas o analizar las concentraciones empresariales.

Conflicto de intereses:

El autor declara que no existen conflictos de intereses.

Referencias Bibliográficas

- Bork, Robert H. (2021). *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. Bork Publishing.
- Cadenas, Emilia; Clovin, Jonathan; y Mercant, Juan Manuel (2020). *Capítulo I. Defensa de la Competencia*. En: Thomasset, Martín Luis (coordinador). *Derecho de la Competencia*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Crane, Daniel A. (2014). *The Tempting of Antitrust: Robert Bork and de Goals of Antitrust Policy*. *Antitrust Law Journal*, Vol. 79, N° 3, pp. 835-853.
- Goyder, D.G. (2003). *EC Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Motta, Massimo (2004). *Competition Policy. Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.



Vol. 1 N°. 02
Noviembre, 2024



**UNIVERSIDAD
DEL AZUAY**

Casa 
Editora