

LA LEY DE LIBRE COMPETENCIA TOCA A LA PUERTA

Por Dr. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba

La Ley de libre competencia, en *Revista Novedades Jurídicas*, Ediciones Legales, Año 2, Nº 11, Quito, octubre 2005 (versión pre-prensa).

Nota aclaratoria publicada al mes siguiente.

Por lo menos son cuatro los proyectos de ley de libre competencia que se han discutido en diferentes foros ecuatorianos, algunos de los cuales incluso han llegado a tocar a la puerta del Honorable Congreso Nacional.¹ ¿Entonces, por qué todavía no se sanciona en Ecuador una Ley de Libre Competencia? Lo sabe Dios. Lo cierto es que hoy dos hechos nos permiten avizorar que en poco tiempo se terminará expidiendo una norma general sobre el tema. Estos dos hechos son la entrada en vigencia de la Decisión 608 de la Comunidad Andina y las negociaciones llevadas a cabo con los Estados Unidos de América, relacionadas con el Tratado de Libre Comercio (TLC).

¹ Entre estos proyectos, vale destacar el de la Ley de Competencia que ingreso al Congreso Nacional el 4 abril de 2001, el mismo que no llegó ni siquiera a discutirse en primer debate. Surgió a raíz de varias iniciativas, como las presentadas por los diputados Rafael Dávila y Julio Noboa; los preproyectos del Poder Ejecutivo, del Ministerio de Comercio Exterior, del Consejo Nacional de Modernización y del Ministerio de Relaciones Exteriores; y el proyecto de “*Ley de Libertades Económicas*” preparado por la Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios, por Care-Ecuador y por la Universidad Andina Simón Bolívar. Estos esfuerzos fueron finalmente reagrupados en la Comisión de Defensa del Consumidor del H. Congreso, y fueron presentados oficialmente al parlamento en la fecha indicada. Cfr. CAROLA CHAMORRO, *El proceso ecuatoriano del proyecto de ley de competencia*, publicado en Boletín Latinoamericano de Competencia, Nº 15, de octubre de 2002. Además se han preparado fuera del Congreso Nacional otros proyectos, como el de septiembre de 2004.

Primero analizaré el momento histórico en que nos encontramos, para luego, bajo esa visión de perspectiva, sugerir algunos lineamientos que convendrá tener en cuenta a la hora de diseñar la normativa de competencia.

El Derecho de la competencia en la Comunidad Andina

Desde principios de la década de los noventa la Comunidad Andina ha dado algunos pasos hacia la instauración de una norma común de libre competencia. Al respecto, la Comisión ha sancionado Decisiones como la 284, 285, 387 y 457, dictadas en los años 1991, 1996 y 1999. Destacaba entre ellas la Decisión 285, que algunos intentaron aplicarla a problemas suscitados y con efectos en un solo país de la Comunidad; la jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia pronto salió al paso y determinó que la Decisión 285 solo tenía efecto directo sobre casos transfronterizos de competencia, es decir, sobre aquellos asuntos que surtieran efectos en dos o más países de la Comunidad Andina. Por esta razón, entre otras, la eficacia práctica de la Decisión 285 fue más bien modesta.

Varios Países Andinos no esperaron a que la Comisión dictara una norma de competencia más acabada, y se adelantaron a expedir sus propias leyes internas de libre y leal competencia. En este sentido, en Venezuela se han expedido normas relacionadas con la libre competencia, que sin embargo toca solo tangencialmente el tema de la competencia leal.² Posiblemente la normativa más desarrollada que existe sobre competencia a nivel andino la tienen Colombia³ y Perú⁴.

² Venezuela cuenta con la Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia, (publicada en la Gaceta Oficial N° 34.880 de fecha 13 de enero de 1992), que contiene un capítulo de un escueto artículo (el N° 17) dedicado a la competencia desleal.

³ Entre otras normas, Colombia cuenta con la Ley N° 256 que regula la competencia desleal, publicada en el Diario Oficial N° 42692 de 18 de enero de 1996.

⁴ En noviembre de 1992, por Decreto Ley N° 25868 se creó el INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (INDECOPI), a fin de que sea la entidad encargada de vigilar y promover el correcto funcionamiento de la economía de mercado peruano.

Posteriormente se promulgó el Decreto Legislativo N° 701, Ley de eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, que prohíbe y sanciona tanto las situaciones de abuso de posición de dominio (cfr. artículo 5) como las prácticas restrictivas de la competencia (cfr. artículo 6). Este Decreto ha sido desarrollado por otras normas posteriores como el Decreto Legislativo N° 807 y por varias resoluciones de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI que lo interpretan; no obstante, esta normativa no trata acerca de la competencia desleal. Consta además otra normativa, como la Ley N° 26876 de 1997, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.

Sobre el tema ha sido sancionada la *Ley sobre represión de la competencia desleal* (Decreto Ley N° 26122), que tipifica una cláusula general y una serie de supuestos prohibidos, estableciendo acciones y procesos especiales.

Luego de un lustro de años en que el Derecho de competencia andino dejó de crecer, la Comisión volvió sobre el asunto. El 29 de marzo de 2005 se aprobó en Lima las “*Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina*”, Decisión N° 608 que sustituyó a la antigua Decisión N° 285. En esta ocasión el legislador sí se preocupó de aclarar que la norma solo aplicaba a los casos de competencia que surtan efectos en dos o más países miembros de la Comunidad.⁵ No obstante, se especificó que en la República de Bolivia, donde la normativa sobre competencia todavía es aún escasa, se «*podrá aplicar lo dispuesto en la presente Decisión, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5*».⁶

Echamos de menos la sanción de una disposición análoga a la prevista para Bolivia, por la que el Ecuador también hubiera podido aplicar directamente la Decisión 608 en los casos no previstos en el artículo 5. Para nuestro país lo único que se estipuló fue que la Decisión no entraría en vigencia sino «*a los dos años calendarios siguientes [de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena] o, si antes de este último período se aprobase la ley nacional de competencia de este país, en la fecha de la publicación de dicha norma nacional en el Registro Oficial de Ecuador*»⁷. Hasta entonces en el Ecuador regirá la Decisión 285.⁸

Los intereses de “los americanos”

Al anterior hecho del desarrollo de las normas de competencia sufrido en nuestra Comunidad, se suma hoy la exigencia de “los americanos” de establecer un marco legal que garantice suficientemente la libre competencia. Ponen incluso, como ejemplo, su famosa ley *antitrust* de 1890, y nos muestran lo bien que les ha ido con ella. No han faltado quienes se han opuesto... ¡qué intereses se han evidenciado...! Son los mismos que han

⁵ El texto de la mencionada norma puntualmente anota:

Artículo 5.- *Son objeto de la presente Decisión, aquellas conductas practicadas en:*

- a) *El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y,*
- b) *El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.*

Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros.

⁶ Artículo 49 de la Decisión 608.

⁷ Artículo 51 de la Decisión 608.

impedido, en ya varias ocasiones, que nuestro Congreso Nacional apruebe una ley de competencia.

Ciertamente los negociadores extranjeros llevan agua hacia su pozo en las reuniones del TLC, pero nosotros no regulamos para perjudicar a “los americanos”, sino para beneficiar a los ecuatorianos. Y vale aclararlo de una vez: ecuatorianos no son solo las empresas que gozan de una ventajosa posición dominante en el mercado (cuyos accionistas más bien suelen ser extranjeros). Los ecuatorianos son principalmente, por el contrario, la gran mayoría de empresarios chicos que intentan sacar adelante su incipiente negocio, los exportadores de productos tradicionales, los exportadores de productos no tradicionales, personas con magnas aspiraciones que, pese a carecer de poder en el mercado, piensan en grande y proyectan sus ventas hacia el exterior. Estos pequeños individuos son las semillas que, si las dejamos crecer, un día llegarán a formar un gran bosque frondoso.

No nos estamos abriendo al mundo, sino que el mundo nos está invadiendo. Querámoslo o no, desde hace mucho estamos lidiando con grandes monopolios y transnacionales. Desde siempre hemos necesitado, pero quizá ahora más que nunca, un marco normativo que fomente la libre competencia.

En definitiva, la actual coyuntura histórica que el Ecuador atraviesa hace fácil vaticinar el futuro. La negociación con los Estados Unidos de un tratado de libre comercio, la publicación de la Decisión 608 que conmina al Ecuador a sancionar una ley sobre el tema, el hecho de que nuestros países vecinos ya cuentan con normas sobre la competencia bastante desarrolladas, nos compele por todos lados a adoptar urgentemente un sistema jurídico protector del libre mercado.

Lineamientos a seguir

No expondré en este punto cuáles son las conductas que deben prohibirse en una Ley de Libre Competencia, cosa sobre la que ya se ha escrito –sobre todo en el extranjero– con bastante acierto y profundidad. Al respecto baste mencionar que una síntesis de estas conductas que deben presumirse como restrictivas de la libre competencia o abusivas de la

⁸ El artículo 46 de la Decisión 608 expresa que «*la presente Decisión sustituye a la Decisión 285 de la Comisión*». En buena lógica jurídica, si en el Ecuador aún no rige la nueva Decisión, entonces ha de aplicarse la Decisión 285 que para nosotros aún no ha sido sustituida.

posición dominante, que por tanto deben prohibirse, ya consta tipificada en la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad de Naciones.

Prefiero dedicar las siguientes líneas a determinar cuál es el tipo de mercado que debe regularse, y de qué forma conviene regularlo en Ecuador y en la Subregión.

(i) Necesidad de pensar en grande (economías de escala)

Ningún árbol crece en un macetero, ninguna transnacional se recluye a un solo país. Si queremos que crezcan nuestras empresas, permitámosle acceder a mercados de escala. No achiquemos el macetero, no cortemos las raíces a nuestros arbustos... las fronteras, querámoslo o no, ya están cayendo. Ninguno de nuestros países tiene una economía a la escala de la norteamericana; ni todos juntos hacemos la mitad del gran mercado norteamericano. No plantemos mostaza en maceteros. Vayamos al amplio campo, donde algún día pueda crecer ese grandioso árbol.

El mercado a escala es el único campo fértil donde pueden crecer las empresas de forma tal, que luego sean capaces de competir con sus homólogas internacionales en la generación del valor agregado. Una empresa chica difícilmente se sacudirá de los altos costos de producción; si le va bien lo más probable es que un gigante venga y se la tome. En Ecuador la historia es recurrente: PINGÜINO, CONFITECA, LA UNIVERSAL, UNIBANCO... ¡y no sigo!

Ha sido siempre en la Región un tema recurrente el de levantar las barreras arancelarias para que prospere la libre competencia. Ahora añadimos que, a más de quitarlas, es necesario sancionar un marco normativo que proteja esa añorada competencia. No basta la sanción de una Decisión como la 608, que solo regula conflictos transfronterizos; es menester permitir que la norma sea aplicable directamente por cualquier empresa de nuestra región (tenga efectos el caso en uno solo o en varios países de la región).

En un mercado en competencia caerán ciertamente las empresas ineficientes, empresas que en realidad ya estaban destinadas a caer. Esas empresas quizá no merecen llamarse ecuatorianas: para mi ser ecuatoriano es un compromiso. Un minuto de réquiem para ellas, pero no mucho más. La competencia fuerza a disminuir a los precios; además, la posibilidad de acceder a mercados de escala nos permitirá crear nuevas empresas que

respondan a los cánones de eficiencia y calidad, por los que espero algún día nos identifiquen.

(ii) Necesidad de una única regulación andina de competencia

Entendida la necesidad de un mercado a escala en competencia –un mercado al menos a la medida del andino–, se deduce inmediatamente la necesidad de jugar todos bajo unas mismas reglas. De hecho, un presupuesto básico de la competencia es someter a todos bajo un mismo régimen.

A este propósito parece apuntar lo dispuesto en el artículo 37 de la Decisión 608, por el que *«los Países Miembros establecerán mecanismos para procurar el perfeccionamiento de los instrumentos comunes y el fortalecimiento de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, mediante programas de intercambio de información y experiencias, de entrenamientos técnicos, y de recopilación de jurisprudencia y doctrina administrativa, relacionados con la defensa de la libre competencia»*. Lamentablemente, este loable postulado no concreta la forma de aplicarse.

Lo ideal sería la expedición de una Decisión sobre libre y leal competencia que aplique tanto a casos internos, como a conflictos transfronterizos. Ello conllevaría algunos beneficios colaterales, adicionales al de permitir una instauración más expedita y eficaz de un mercado en competencia. Por ejemplo, una norma internacional se situaría por encima del derecho positivo interno, cuyas normas suelen ser dictadas “bajo pedido”... Además, un régimen común permitiría aprovechar las pautas marcadas por la jurisprudencia y doctrina regional, que siempre es más amplia, y muchas veces más profunda, que la jurisprudencia nacional.

(iii) Necesidad de una única autoridad andina de competencia

Tan importante como sancionar una regulación sustantiva de competencia, es constituir una autoridad regional de competencia. A fin de cuentas, países como Colombia, Venezuela y Perú, ya cuentan con una normativa de competencia, que buena o malamente coincide *grosso modo* en lo fundamental.

Es vital crear una única autoridad andina de competencia por diversas razones. Primero, por lo expuesto en el punto anterior, que se resume en el fomento de verdaderos mercados de escala. Una sola autoridad, un punto de referencia, contralor y juez único, coadyuva vigorosamente a la creación de este tipo de mercados.

Otro argumento es el de evitar la multiplicidad de procesos de competencia. Los conflictos entre las grandes empresas suelen repetirse de forma idéntica en varios estados, por los mismos motivos, con los desgastes e incertidumbres que todo proceso contencioso conlleva. Las colosales empresas transnacionales suelen enfrentarse en todas las esquinas con su competencia. No rara vez se ha descubierto en Ecuador que una fiera y desgastante pelea ya había sido peleada en otros lados del mundo: se cuestiona, entonces si acaso no podrían haberse aprovechado los ojos morados y los dientes sacados en el extranjero. ¿O tendremos que, por fuerza del destino, boxear nuevamente en el ring ecuatoriano las contiendas ya peleadas en el exterior?

Pero la razón que considero de mayor peso es la neutralidad. Para el pequeño empresario es oro en polvo poder resolver los conflictos de competencia fuera de la esfera de control que tienen, justamente, quienes ostentan una posición dominante en sus propios estados. Siempre será preferible jugar la final del campeonato en un estadio neutral, que en la cancha del enemigo.

La Decisión 608 ha creado el “*Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia*”, que tiene funciones más consultivas, que resolutivas. Bajo el esquema actual, la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones es quien resuelve asuntos tan técnicos como los de competencia, lo que no vemos sea muy conveniente. En el Derecho comparado siempre se ha procurado que las autoridades de competencia sean organismos especializados, conformados por profesionales versados en la materia. A futuro sería interesante analizar la factibilidad de transformar a este Comité en un organismo que conozca y resuelva en última instancia, los recursos de apelación de las resoluciones dictadas por las administraciones internas de los Países Andinos sobre competencia.

Vale, pues, tener en cuenta estos lineamientos a la hora de negociar los temas de libre competencia del TLC, y también al momento de diseñar la normativa interna de competencia.

Nota aclaratoria publicada en el Revista Novedades Jurídicas, Ediciones Legales, Año 2, N° 12, Quito, diciembre 2005.

Agradeciéndoles por la publicación de mi artículo “*La Ley de Libre Competencia toca a la puerta*”, me permito hacer una pequeña actualización. En el artículo, escrito antes de la publicación de la Decisión 616, manifesté que hubiera sido conveniente darle al Ecuador el mismo tratamiento dado a Bolivia en la Decisión 608. La Decisión 616, hoy vigente, justamente eso es lo que hizo.

Su Art. 1 dispone que “*Ecuador podrá aplicar lo dispuesto en la Decisión 608, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5 de la Decisión 608*”, de forma análoga al caso boliviano. Recordamos que el artículo 5 limitaba la aplicación de la norma andina únicamente a los conflictos de libre competencia que tuvieran efectos en dos o más países miembros de la Comunidad.

Con lo cual, en el Ecuador ya existe una norma de libre competencia aplicable a casos exclusivamente ecuatorianos, norma que deberá observar la Autoridad Nacional competente, de conformidad con el Art. 2 de la Decisión 616.