

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
USFQ**

Colegio de Jurisprudencia

**OBJETIVO DEL DERECHO DE COMPETENCIA Y POSIBLES CONSECUENCIAS DE SU
EXPANSIÓN**

José Enrique Alvario Castillo

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de:

Abogado

Quito, 18 de abril de 2024

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: José Enrique Alvario Castillo
Código: 00216514
Cédula de identidad: 0930270160
Lugar y fecha: Quito, 18 de abril de 2024

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>

**OBJETIVO DEL DERECHO DE COMPETENCIA Y POSIBLES CONSECUENCIAS DE SU
EXPANSIÓN¹**

COMPETITION LAW GOALS AND LIKELY CONSEQUENCES OF ITS EXPANSION

José Enrique Alvario Castillo²
josealvarioenrique@gmail.com

Resumen

El debate sobre el objetivo adecuado del derecho de competencia es ferviente. La persecución de los diversos objetivos presenta consecuencias tanto positivas como negativas inherentes a cada uno de ellos. Este trabajo analizó al bienestar del consumidor, objetivo actual del derecho de competencia, y revisó 2 de los nuevos objetivos propuestos con las consecuencias respectivas de su persecución, buscando determinar si incluirlos, o incluso reemplazar al objetivo actual, sería beneficioso o perjudicial. Se encontró que el bienestar del consumidor provee dirección, predictibilidad y coherencia al derecho de competencia, y que incluir nuevos objetivos tendría consecuencias indeseables.

PALABRAS CLAVE

Bienestar del consumidor, Competencia, Cuidado Ambiental, Neoclásico, Neo-brandesiano.

Abstract

There is a heated debate regarding the adequate goal for competition law. The pursuit of any one of the diverse goals has intrinsic consequences, both positive and negative. This paper revised the consumer welfare, current goal of competition law, and analyzed two of the new proposed goals with their respective consequences, in the pursuit of determining if including or replacing the current goal would be desirable or not. It was found that the current goal provides direction, predictability, and coherence to competition law, and that the inclusion of the proposed goals would have undesirable consequences.

KEYWORDS

Consumer welfare, Competition, Protection of the Environment, Neoclassic, Neo-braneisian.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Mario Navarrete Serrano.

² DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de Acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. – 2. MARCO TEÓRICO. – 3. ESTADO DEL ARTE. – 4. NORMATIVA QUE RECOGE LOS POSIBLES OBJETIVOS DE LA COMPETENCIA EN EL ECUADOR. – 5. BIENESTAR DEL CONSUMIDOR. – 6. LA COMPETENCIA COMO OBJETIVO EN SÍ MISMO. – 6.1 COMPATIBILIDAD CON EL MARCO JURÍDICO ECUATORIANO. – 6.2 ¿QUÉ IMPLICA LA PERSECUCIÓN DE ESTE OBJETIVO? – 6.3 CRÍTICAS. – 7. CUIDADO AMBIENTAL. – 7.1 COMPATIBILIDAD CON EL MARCO JURÍDICO ECUATORIANO. – 7.2 EXENCIONES PARA ACUERDOS CON FINES AMBIENTALES. – 7.3 ANÁLISIS DE EFECTOS AMBIENTALES EN SUPUESTOS ABUSOS DE PODER DE MERCADO. – 7.4 CRÍTICAS. – 8. CONCLUSIONES.

1. Introducción

El derecho, al ser una ciencia social, se mantiene en constante evolución. Así, varía dependiendo de los valores considerados deseables, a través del tiempo y los lugares, consecuentemente el derecho es heterogéneo. El derecho de competencia no es excepción, además, tiene características intrínsecas que lo hacen especialmente apto para la persecución de distintos objetivos.

Estas características son: su rol en la economía de los estados, y la facilidad con la que permite generar un impacto relevante. El ejercicio de esta rama del derecho limita las libertades económicas de los agentes del mercado. Y, tiene acceso a esta limitación sin la necesidad de incurrir en procesos legislativos. Estas características la convierten en un área del derecho con un impacto considerable en la economía de los países.

Es así como la competencia es una herramienta presta para la persecución de distintos objetivos. Entre estos podemos apreciar: la eficiencia económica, la competencia en sí misma, el bienestar de los consumidores, la protección del medio ambiente, la distribución de riquezas, el cuidado ambiental y la protección de los trabajadores. Debido a las consecuencias que el ejercicio del derecho de competencia tiene en los estados, el análisis de los objetivos y las consecuencias de su expansión es imperativo para encontrar cuál de estos debería ser el perseguido. En consecuencia de la extensión de este trabajo, se revisarán 3 de los objetivos discutidos en la actualidad: el bienestar del consumidor (sección 5), la competencia como objetivo en sí mismo (sección 6), y el cuidado ambiental (sección 7). Para esto se hará uso de una investigación documental aplicada.

2. Marco teórico

Los objetivos del derecho de competencia son el punto de partida para un ejercicio efectivo y coherente. En la actualidad se discute que es lo que esta rama del derecho debería perseguir. El bienestar de los consumidores es generalmente aceptado como el objetivo principal de la competencia³. Quienes favorecen a esta postura consideran que el derecho de competencia debe mantenerse enfocado, pues es una rama especializada que es eficaz al solucionar los problemas propios de la competencia, y que objetivos adicionales deberían ser perseguidos por sus propias áreas especializadas. Quienes se oponen a esta postura consideran que el derecho de competencia es una herramienta capaz de solucionar múltiples problemáticas, y presentan críticas al bienestar del consumidor basadas en el estado actual de los mercados. A continuación, se revisará como el derecho de competencia llegó a su estado actual y las posturas frente a este.

3. Estado del arte

Como punto de partida se revisará brevemente el origen del derecho de competencia. Avanzando en esta sección se hará un recuento de la situación previa a la implementación del bienestar del consumidor como objetivo. Consecuentemente, se explicará cómo llegó este objetivo al foco del derecho de competencia. Para finalizar esta sección se planteará el estado actual de la discusión entre quienes están a favor de mantener el estado actual del derecho de competencia y aquellos que consideran que una reforma es necesaria.

El derecho de competencia nació en el año 1890 en Estados Unidos con el Sherman Antitrust Act⁴. Surgió como respuesta a la fuerte presencia de los *trusts* en la economía americana, mismos que ostentaban poder monopólico sobre industrias como el hierro, el petróleo, los ferrocarriles y el azúcar, afectando a competidores de menor tamaño⁵. Así, el derecho de competencia tuvo un origen principalmente antimonopólico.

La interpretación de esta rama del derecho se comportó como un péndulo a lo largo de la primera mitad del siglo veinte, pasando por periodos en los que el derecho de

³ Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution* (Cambridge: Harvard University Press, 2008), 31.

⁴ Laura Phillips, "U.S. Antitrust Law and Policy in Historical Perspective", *Harvard Business School Working Paper*, No. 19-110, (2019) 1-2.

⁵ *Id.* 4-8.

competencia fue más y menos estricto⁶. Durante la década de 1960 se marcó una tendencia intervencionista, caracterizada por una serie de decisiones difíciles de predecir que tuvieron consecuencias perjudiciales para los consumidores⁷. Fue durante esta época en la que el juez Stewart escribió “la única consistencia que puedo encontrar [...] es que el estado siempre gana”⁸.

La falta de claridad en el objetivo y la forma de aplicación del derecho de competencia fue criticada por la escuela neoclásica. Es a este movimiento intelectual a quien se le atribuye el establecimiento de la protección del bienestar del consumidor como el objetivo perseguido por el derecho de competencia⁹. En específico, fue la obra de Robert Bork “[t]he antitrust paradox” lo que popularizó esta perspectiva¹⁰. En su obra, Bork argumentó que era necesario aclarar el objetivo perseguido por esta rama del derecho, y propuso como respuesta el bienestar del consumidor¹¹. Es importante tomar en consideración que, aunque Bork usa el término *consumer welfare*, en su argumentación se toma en consideración no solo el bienestar del consumidor, sino también el bienestar del productor¹². En la actualidad este objetivo es conocido como bienestar total.

Sin perjuicio de esto, la obra marcó un antes y un después en el derecho de competencia, tanto es así que tan solo un año luego de su publicación se reconoció jurisprudencialmente al *consumer welfare*, según propuesto por Bork, como objetivo del derecho de competencia en Estados Unidos¹³. A partir de esto, el bienestar del consumidor ha evolucionado hasta llegar a su entendimiento actual.

La escuela neoclásica, basada en principios económicos neoclásicos, se caracteriza por considerar que el libre mercado tiende a la mejor distribución de recursos escasos, asegura que la producción sea eficiente, y provee de incentivos correctos para la innovación¹⁴. Esto no quiere decir que se considere que el libre mercado mantiene un

⁶ Laura Phillips, "U.S. Antitrust Law and Policy in Historical Perspective", 8-18.

⁷ Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, 31.

⁸ United States c. Von's Grocery Co., Corte Suprema de Estados Unidos, 31 de mayo de 1966, 384.

⁹ Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, 31.

¹⁰ *Id.*, 31.

¹¹ Robert Bork, *The antitrust paradox a policy at war with itself* (Nueva York: Basic Books, Inc., 1978), 70.

¹² Kenneth Heyer, “Consumer Welfare and the Legacy of Robert Bork”, *Journal of Law and Economics* 57 (2014), 19-20.

¹³ Reiter c. Sonotone Corp., Corte Suprema de Estados Unidos, 11 de junio de 1979.

¹⁴ Jorge Padilla, "Neoclassical Competition Policy without apology", en *The Transformation of EU Competition Law: Next Generation Issues*, ed. de Adina Claiici, Assimakis Komninou, Denis Waelbroeck (Philadelphia: Wolters Kluwer, 2023), 1-2.

funcionamiento perfecto, quiere decir que, aunque ocasionalmente se produzcan resultados adversos, es la mejor opción disponible¹⁵. Es así que, desde una perspectiva neoclásica, las intervenciones de la autoridad se deberían limitar a la corrección de ciertas fallas de mercado evidentes. Pues, son estas fallas del mercado las que tendrán como consecuencia un desmedro al bienestar de los consumidores.

Así, la escuela neoclásica enfoca su análisis en las conductas de los operadores económicos y en los efectos producidos por estas¹⁶. Teniendo como medio la ponderación de los efectos negativos y positivos ocasionados por la conducta para determinar si esta puede, real o potencialmente, afectar el bienestar del consumidor, evitando la intromisión estatal cuando el mercado presenta las características suficientes para autocorregir o evitar algún daño¹⁷.

Frente al estado de la competencia en la actualidad ha surgido un nuevo movimiento en esta rama del derecho. El movimiento neo-brandesiano considera que el derecho de competencia necesita un cambio. Para ellos, la persecución del bienestar del consumidor como objetivo principal del derecho de competencia ha permitido una alta concentración de los mercados, lo que consideran de por sí negativo. El movimiento aboga por una reestructuración del derecho de competencia, regresando a un funcionamiento similar al pre-neoclásico y a sus motivaciones originarias. Así mocionan a favor de la inclusión de distintos objetivos. Entre estos constan: la competencia en sí misma¹⁸ y el cuidado del medio ambiente¹⁹.

Habiendo revisado como se llegó al estado actual del derecho de competencia y las posturas actuales al respecto, se procederá a identificar las normas ecuatorianas que guardan relación con este ensayo.

4. Normativa que recoge los posibles objetivos de la competencia en el Ecuador

¹⁵ *Id.*, 2-3.

¹⁶ *Ver*, Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, 15-20.

¹⁷ *Ver*, Jorge Padilla, "Neoclassical Competition Policy without apology", 1-4.

¹⁸ *Ver*, Marshall Steinbaum and Maurice Stucke, "The effective competition standard: A new standard for antitrust", *University of Chicago Law Review*, Vol. 87/2 (2020), 595-599.

¹⁹ *Ver*, Simon Holmes, "Climate change, sustainability, and competition law", *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 8, Issue 2 (2020), 354-375.

Para determinar los objetivos que podrían encajar en el derecho ecuatoriano se revisará en sus puntos específicos, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, LORCPM, y la Constitución de la República del Ecuador, Constitución.

Tanto la Constitución como la LORCPM fueron emitidas durante el gobierno de Rafael Correa. Dicho gobierno se caracterizó por, entre otras cosas, su ideología socialista, una fuerte inversión estatal y un estado robusto. Estas características tuvieron una influencia apreciable en ambos cuerpos normativos.

La revisión de la Constitución es inevitable, en tanto toda normativa debe encontrarse alineada con los objetivos previstos, en la Carta Magna²⁰. Si uno de los objetivos propuestos se encontrase alineado con nuestra Constitución, existirían argumentos legales para la incorporación de este en nuestro marco normativo, caso contrario su inclusión necesitaría de una reforma constitucional. Además, lectura ayudará a entender sistemáticamente el derecho de competencia ecuatoriano, pues hace referencia al correcto funcionamiento de los mercados en distintos artículos²¹. Esta revisión sistemática permitirá determinar si los objetivos propuestos se alinean con los valores consagrados por la constitución.

Por medio de la revisión de la LORCPM se identificarán algunos los objetivos del derecho de competencia ecuatoriano. Esta ley, siguiendo las tendencias legislativas ecuatorianas del momento, recoge una gran cantidad de objetivos. Es importante resaltar que, aunque es común que distintas legislaciones delimiten diversos objetivos en el derecho de competencia²², la amplitud y vaguedad de los objetivos recabados por nuestra ley son una característica particular.

Más adelante se recurrirá a la resolución de apelación del caso Chaide N° SCPM-INJ-22-2022, en la cual, el Superintendente de Competencia Económica, Superintendente, expuso su criterio acerca de los objetivos del derecho de competencia en Ecuador. También se revisará el caso Conseil European de la Construction d'appareils Domestiques, CECED, en el cuál la Comisión Europea incluyó efectos ambientales en su análisis sobre la legalidad de un acuerdo.

²⁰ Artículo 425, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

²¹ Artículos 334 y 336, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

²² Ver, Ariel Ezrachi, "Sponge", *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 5, Issue 1 (2017), 51-59.

Teniendo claro las normativas y jurisprudencia que se analizará a lo largo de este ensayo, se procederá con el análisis del primer objetivo, el bienestar del consumidor.

5. Bienestar del consumidor

Para un mejor entendimiento de esta sección, la misma se dividirá en 3 subsecciones. (5.1) Compatibilidad de este objetivo con el marco jurídico ecuatoriano; (5.2) ¿Qué es el bienestar del consumidor?; y, (5.2) Beneficios de este objetivo.

5.1. Compatibilidad de este objetivo con el marco jurídico ecuatoriano

El bienestar del consumidor es de los objetivos del derecho de competencia ecuatoriano más fácilmente identificables en la LORCPM. Aunque el bienestar de los consumidores se menciona directa e indirectamente en múltiples instancias a lo largo de la ley, por simplicidad se hará referencia a aquellos artículos que mejor evidencian a este como uno de los objetivos perseguidos.

El bienestar del consumidor hace su primera aparición en la LORCPM en su artículo 1, mismo que define el objeto de la ley, “[...] 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.”²³ Así, mediante una interpretación literal del artículo, se aprecia que el bienestar de los consumidores es uno de los objetivos perseguidos por la ley ecuatoriana.

El inciso 2 del artículo 26 de la LORCPM se mantiene en la misma línea. Este artículo contiene la prohibición a las prácticas desleales. La inclusión de esta prohibición en la ley es una particularidad del ordenamiento ecuatoriano, pues generalmente estas disputas son ajenas a la competencia²⁴. El segundo inciso explica que, en casos en los que las prácticas desleales relacionadas a la propiedad intelectual no afecten al interés general o al bienestar de los consumidores, deberán ser conocidas por la autoridad nacional competente sobre esa dicha materia²⁵. Este inciso expone que, en el marco normativo ecuatoriano, la afectación al bienestar del consumidor tiene como consecuencia implicación del derecho de competencia.

²³ Artículo 1, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, [LORCPM], R.O. suplemento 555 de 13 de octubre de 2011, reformado por última vez R.O. suplemento 311 de 16 de mayo de 2023.

²⁴ Patricia Alvear, “La Necesaria Codificación Del Sistema De Competencia Desleal En Ecuador”, *Investigaciones CeCo* (2023), 1-5.

²⁵ Artículo 26, LORCPM

Por último, el artículo 12 de la ley apunta al bienestar de los consumidores no solo como uno de los objetivos perseguidos, sino como el objetivo principal. Este artículo establece que los acuerdos y las prácticas restrictivas que “contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico”²⁶ estarán exentas a la prohibición contenida en el artículo 11 siempre y cuando cumplan 3 características sine qua non. La primera de estas condiciones es que “permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.”²⁷ En consecuencia, se puede concluir que la afectación a los consumidores es el eje central para determinar si una práctica es o no anticompetitiva en Ecuador.

Por medio de este breve análisis se puede apreciar que el bienestar del consumidor es encaja dentro del marco jurídico ecuatoriano. Habiendo dejado esto por sentado se proseguirá a definir qué es el bienestar del consumidor.

5.2. ¿Qué es el bienestar del consumidor?

El primer paso para alcanzar una definición de este objetivo es delimitar quien es el consumidor. A primera vista esta inquietud puede aparentar ser sencilla, será el consumidor quien adquiera el producto o servicio²⁸. Aunque esta podría ser una definición válida para el lenguaje coloquial, esta no debería ser aceptada para el derecho de competencia. Esta rama del derecho no protege a individuos, por lo que los consumidores no se limitan a quienes adquieren productos de los operadores cuya conducta se esté analizando. En su lugar, se tomarán en cuenta todos aquellos consumidores del mercado relevante que podría ser afectado por la conducta.²⁹

Además, la definición de consumidor no siempre se limita a aquellos consumidores parte del mercado relevante inmediatamente afectado por la conducta³⁰. Pues, no es raro que un producto sea objeto de múltiples transacciones hasta llegar a su consumidor final. Es así, que ocasionalmente, una concentración o conducta anticompetitiva en un mercado aguas arriba puede no producir efectos perjudiciales a sus clientes directos y al mismo tiempo ocasionar efectos anticompetitivos en los clientes de

²⁶ Artículo 12, LORCPM

²⁷ Artículo 12, LORCPM

²⁸ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, ed. 23, [versión 23.7 en línea].

²⁹ Svend Albæk, “Consumer Welfare in EU Competition Policy”, en *Aims and Values in Competition Law*, ed. de C. Heide-Jørgensen, C. Bergqvist, U. Boegh, S. Troels (Copenhague: DJØF Publishing, 2013), 78.

³⁰ Kati Cseres, “The Controversies of the Consumer Welfare Standard”, *The Competition Law Review Volume 3, Issue 2* (2007), 130-133

estos³¹. Así, para este objetivo, se puede definir como consumidor al grupo de consumidores en el mercado relevante afectado por la conducta de los operadores investigados y, ocasionalmente, a los consumidores subsecuentes.

Contando con una definición de consumidores se procederá a analizar que se entiende por el bienestar del consumidor. Es importante tomar en consideración que la respuesta a esta pregunta puede variar dependiendo del autor consultado y del ordenamiento jurídico en el que se lo analice³². Sin embargo, estas respuestas tienen características similares. Así, se revisarán distintas definiciones y se alcanzará una definición generalmente aceptada que permita realizar un análisis del objetivo.

Albæk expone que, económicamente, el bienestar del consumidor se puede equiparar a la maximización del excedente del consumidor³³. El excedente del consumidor es la diferencia entre lo que el consumidor estaba dispuesto a pagar por la adquisición de un producto y lo que pagó en realidad. Esta postura restringe el análisis del bienestar únicamente al precio.

Por otro lado, Hovenkamp sostiene que el bienestar del consumidor debería tomar en consideración tanto el excedente del consumidor como la maximización de la producción. El autor sostiene que este es el mejor entendimiento del objetivo pues provee de precios bajos, se protege a los consumidores a lo largo de la cadena de valor e incluso tiende a beneficiar a los trabajadores³⁴.

Por último, tenemos una definición de bienestar del consumidor más amplia. Según el entendimiento de Wilson, Klotz y Sandford, para la decisión sobre la legalidad de una conducta, se tomará en consideración primordialmente la afectación, real o potencial, al precio pagado por los consumidores, sin embargo, se considerarán también: la producción, la cantidad de productos y servicios, la calidad de los productos y servicios, y la innovación. De manera análoga, Padilla sostiene el bienestar del consumidor debería incluir todo factor que influya en la demanda, tanto positivamente como negativamente³⁵. Esta será la definición que se utilizará en las secciones subsecuentes.

³¹ Kati Cseres, "The Controversies of the Consumer Welfare Standard", 130-133

³² Maurice Stucke, "Reconsidering Antitrust's Goals," *Boston College Law Review* 53, no. 2 (2012), 571.

³³ Svend Albæk, "Consumer Welfare in EU Competition Policy", 70.

³⁴ Herbert Hovenkamp, "On the Meaning of Antitrust's Consumer Welfare Principle", *Revue Concurrentialiste* (2020), 4.

³⁵ Jorge Padilla, "Neoclassical Competition Policy without apology" 9-10.

Luego de haber definido que se entenderá como bienestar del consumidor corresponde revisar los beneficios provistos por la persecución de este objetivo.

5.3. Beneficios de este objetivo

La posición neoclásica considera que la persecución de este objetivo trae bondades como “dirección y coherencia al *enforcement* del derecho de competencia”³⁶ y “administrabilidad, predictibilidad y credibilidad”³⁷. Características deseables en tanto producen los incentivos adecuados para que operadores económicos estén dispuestos a realizar inversiones en el mercado.

El limitar el enfoque del derecho de competencia al bienestar del consumidor provee de beneficios como consistencia, predictibilidad y administrabilidad a su ejercicio. Esto en tanto el método para determinar el factor principal, la variación en el precio, es relativamente sencillo³⁸. Pues, “uno debe tomar en consideración si la producción (Q2 a Q1) ha disminuido o si el precio (P1 a P2) ha aumentado.”³⁹ Que la claridad en el factor y método principal de análisis este basado en la economía tecnicó a esta rama del derecho. Esto marca un camino claro a seguir para los juzgadores, brindando administrabilidad y consistencia. Además, permite a los operadores económicos predecir, con relativa certeza, que conductas serán consideradas anticompetitivas o no, proveyendo predictibilidad.

Peeperkorn argumenta que el análisis de los efectos en el mercado bajo la luz del bienestar del consumidor es la única manera de conseguir un derecho de competencia con dirección y coherencia⁴⁰. Aunque la primera característica se pudiese conseguir por medio de la persecución de cualquier objetivo, siempre que esté bien definido. La segunda característica solo se puede alcanzar por medio del bienestar del consumidor. Esto en tanto el bienestar del consumidor provee soluciones consistentes a conductas con efectos

³⁶ Luc Peeperkorn, “The effects-based approach: still just as necessary for an effective and coherent EU competition policy”, en *The Transformation of EU Competition Law: Next Generation Issues*, ed. de A. Claici, A. Komninos y D. Waelbroeck (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2023), 2. (traducción no oficial)

³⁷ Christine Wilson, Thomas Klotz & Jeremy Sandford, “Recalibrating the Dialogue on Welfare Standards: Reinserting the Total Welfare Standard into the Debate”, *Geo. Mason Law Review* 26 (2019), 1435. (traducción no oficial)

³⁸ Herbert Hovenkamp, “Implementing Antitrust’s Welfare Goals”, *Fordham Law Review* 81 (2013) 2477-2479.

³⁹ *Id.*, 2478.

⁴⁰ Luc Peeperkorn, “The effects-based approach: still just as necessary for an effective and coherent EU competition policy”, 7.

similares, que se alinean con el objetivo perseguido⁴¹. Es así como las soluciones son coherentes con el objetivo del bienestar del consumidor. Mientras que, debido a la naturaleza formalista de la persecución de la competencia como objetivo en sí mismo o a la inclusión de efectos de fuera del mercado para proteger al ambiente, incluso dando soluciones consistentes estas no siempre serán coherentes con los objetivos perseguidos⁴². Esta crítica se analizará con mayor especificidad en las subsecciones correspondientes a las críticas de los nuevos objetivos propuestos.

Otro de los beneficios de la aplicación del estándar del bienestar del consumidor es la reducción de los errores de tipo 1 en el *enforcement*. Al decantarse por un tipo de *enforcement* es necesario que las agencias de competencia tomen en consideración que tipo de error es más deseable. La postura neoclásica, generalmente⁴³, favorece a los errores tipo 2, falsos negativos, por sobre los errores tipo 1, falsos positivos. Esta preferencia se basa en que la permisión equivocada de conductas anticompetitivas puede ser corregida por el mercado, mientras que la sanción errónea de conductas competitivas genera desincentivos a los operadores para competir y ocasionando una falta de inversión perjudicial para la sociedad⁴⁴. Así, la persecución del bienestar del consumidor es más económicamente eficiente que otros de los objetivos que ese estudiarán a continuación.

En conclusión, según el bienestar del consumidor, las actividades económicas de los operadores serán competitivas cuando no afecten negativamente a sus consumidores. Serán consumidores todos los contenidos en el mercado relevante afectado por la conducta investigada, y excepcionalmente, los consumidores subsecuentes. La afectación se aprecia principalmente en el precio, sin embargo, también se toman en consideración otras variables como la cantidad, calidad e innovación. El enfoque principal en el precio tiene como resultado los siguientes beneficios: administrabilidad, predictibilidad, consistencia, administrabilidad y coherencia. Así, permite a las firmas a realizar inversiones importantes entendiendo que será o no será considerado anticompetitivo y raíz de una posible sanción.

⁴¹ Luc Peepkorn, “The effects-based approach: still just as necessary for an effective and coherent EU competition policy”, 7.

⁴² *Id.*

⁴³ Ciertos doctrinarios neoclásicos consideran que el derecho de competencia debería ser más agresivo y dan preferencia a los errores de tipo 2. Ver Giulio Federico, Fiona Scott y Carl Shapiro, “Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption” en *Innovation Policy and the Economy v.20*, ed. Josh Lerner and Scott Stern (Cambridge: National Bureau of Economic Research) 52-138.

⁴⁴ Ver, Frank H. Easterbrook, “The Limits of Antitrust”, *Texas Law Review* 63 (1984), 1-40.

En los próximos puntos se revisarán las críticas al bienestar del consumidor intrínsecas a los nuevos objetivos propuestos.

6. Competencia como objetivo en sí mismo

Este objetivo renace en contraposición al estado actual del derecho de competencia⁴⁵. Quienes apoyan su imposición en el centro de esta rama del derecho consideran que es el objetivo original recogido por el Sherman Act, y que fue un error abandonarlo por el bienestar del consumidor del movimiento neoclásico⁴⁶. Es importante entender el por qué se persigue este objetivo, pues a primera vista se puede obtener una perspectiva equivocada. Sobre este tema Lina Khan clarifica que no se persigue el objetivo de la competencia por una obsesión con este concepto abstracto, sino que es el objetivo adecuado en tanto la competencia es la mejor forma de proveer resultados deseables a la sociedad⁴⁷.

Para un mejor entendimiento de este objetivo a lo largo de este punto se abordará: 6.1) compatibilidad de este objetivo con el marco jurídico ecuatoriano; 6.2) ¿qué implica la adopción de este objetivo?; y 6.3) críticas a este objetivo.

6.1. Compatibilidad de este objetivo con el marco jurídico ecuatoriano

Antes de entrar al análisis sobre si la inclusión de este objetivo al derecho de competencia podría ser beneficioso o no, revisaremos si la autoridad de competencia ecuatoriana está legalmente habilitada para perseguir dicho objetivo.

Podemos apreciar las menciones que permitirían, mediante interpretación, sostener que la competencia es un objetivo en sí mismo en nuestro derecho de competencia en los artículos 9⁴⁸, 11⁴⁹, 26⁵⁰, 37⁵¹, 73⁵², y 78⁵³. Estos artículos tienen en común que posibilitan a

⁴⁵ Marshall Steinbaum & Maurice Stucke, “The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust” 595-597.

⁴⁶ Ver, Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, (New York: Columbia Global Reports, 2018) 54-92.

⁴⁷ Lina Khan, “The End of Antitrust History Revisited”, *Harvard Law Review* VI33 (2020) 1663-1655.

⁴⁸ Artículo 9, LORCPM. con relación a los abusos de poder de mercado "cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, *impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia*, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general" (énfasis añadido). Aunque la norma recoge también a la eficiencia económica y al bienestar general utiliza la conjunción o, dando a entender que bastaría con que se afecte a la competencia para que una conducta sea sancionable.

⁴⁹ Artículo 11, LORCPM. con relación a las prácticas restrictivas “que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia”.

la autoridad a considerar sancionables a aquellas conductas que afecten a la competencia o le atribuyen como facultad la promoción de esta.

En la misma línea se puede interpretar ciertos mandatos constitucionales para argumentar a favor de este objetivo. Los artículos 334, 336, en sus partes relevantes, versan respectivamente “*Evitar la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, promover su redistribución y eliminar privilegios o desigualdades en el acceso a ellos*”⁵⁴ y “[...] asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y *fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades* [...]”⁵⁵. Aunque con una menor claridad, la constitución se presta para interpretar que la competencia puede ser uno de los fines perseguidos.

De la motivación del Superintendente en la decisión SCPM-INJ-22-2022, se puede apreciar su interpretación de los objetivos que deberían ser perseguidos por la autoridad⁵⁶. Esta decisión corresponde a una apelación interpuesta frente a la decisión SCPM-CRPI-016-2022, en la cual se decidió no sancionar al operador económico CHAIDE Y CHAIDE.

El caso versa sobre un posible abuso de poder de mercado, con efectos de exclusión a sus competidores, por parte de CHAIDE Y CHAIDE. El análisis realizado por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, CRPI, en su decisión permite apreciar el entendimiento común del bienestar del consumidor. Esto en tanto sus motivaciones para no sancionar al operador investigado se resumen en que la posible exclusión de los competidores no se encontraba lo suficientemente probada, y, especialmente, que no se podía apreciar un efecto perjudicial al bienestar de los consumidores⁵⁷

El operador denunciante, LAMITEX, interpuso un recurso de apelación frente al Superintendente. De la motivación de su resolución se entiende, que, según su

⁵⁰ Artículo 26, LORCPM. con relación a la prohibición de las prácticas desleales “*cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios*” (énfasis añadido).

⁵¹ Artículo 37, LORCPM. sobre las facultades de la SCE “Corresponde a la Superintendencia de Competencia Económica asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y *fomentar la competencia*” (énfasis añadido).

⁵² Artículo 73, LORCPM. con relación al objeto de las medidas correctivas “podrá dictar medidas correctivas conducentes a *restablecer el proceso competitivo*”. (énfasis añadido).

⁵³ Artículo 78, numeral 1 literales e y g, y numeral 2 literal e. LORCPM.

⁵⁴ Artículo 334, Constitución de la República del Ecuador, 2008. (énfasis añadido)

⁵⁵ Artículo 336, Constitución de la República del Ecuador, 2008. (énfasis añadido)

⁵⁶ Aunque sea la mayor autoridad en materia de competencia en Ecuador, en la práctica se puede apreciar una tendencia a la persecución del bienestar del consumidor.

⁵⁷ SCPM-CRPI-016-2022, Comisión de Resolución de Primera Instancia, 23 de marzo de 2022, 154-156.

interpretación de la legislación ecuatoriana, la competencia es uno de los objetivos perseguidos por nuestro derecho de competencia. Pues, sostuvo que las conductas de fijación de precios mínimos de reventa afectan a la competencia, misma que se protege independientemente del bienestar del consumidor, por lo que este objetivo se vuelve innecesario a la hora de decidir sobre la legalidad de la conducta⁵⁸.

Habiendo realizado este breve análisis se concluye que la competencia en sí misma es un objetivo recogido por nuestra ley. En los siguientes subpuntos se explorarán los fundamentos doctrinarios por los cuales ciertos practicantes avocan por la inclusión de este objetivo y las críticas a la misma.

6.2. ¿Qué implica la adopción de este objetivo?

Quienes avocan por la adopción de este objetivo consideran que el derecho de competencia debería hacer más. Sostienen que, mediante la protección de la competencia, se beneficiará a competidores de menor tamaño, trabajadores, consumidores y ciudadanos en general⁵⁹. Según su perspectiva este objetivo presenta un norte claro, necesario y alineado con los orígenes esta rama del derecho⁶⁰.

El movimiento neo-brandesiano argumenta que, debido al funcionamiento actual del derecho de competencia y la economía en general, las firmas alcanzan niveles de poder de mercado elevados, mismos que tienen consecuencias perjudiciales para los consumidores, los operadores de menor tamaño, los trabajadores y la sociedad en general⁶¹. A diferencia de la visión neoclásica, los neo-brandesianos perciben al poder de mercado como un problema en sí mismo⁶².

En la misma línea, autores en esta corriente de pensamiento consideran que el tamaño adquirido por estas firmas les permite, apalancándose en su poder de mercado, repercutir en temas políticos mediante el *lobbying*⁶³. Asegurando favores por medio de patrocinios, las firmas consiguen que la cancha se incline a su favor⁶⁴. Así, alterando la

⁵⁸ SCPM-INJ-22-2022, Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 09 de febrero de 2023, 86.

⁵⁹ Marshall Steinbaum & Maurice E. Stucke, “The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust” 595-598

⁶⁰ Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, 16-20

⁶¹ Lina Khan & Sandeep Vaheesan, “Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents”, 236.

⁶² *Ver, Id.*; Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, 127-129; Marshall Steinbaum & Maurice E. Stucke, “The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust”, 595-601.

⁶³ Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, 56.

⁶⁴ Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, 56-57.

estructura de los mercados e incurriendo en conductas con efectos adversos para competidores reales o potenciales, trabajadores, y la sociedad en general, se asientan aún más en su posición de dominio por medios ajenos a la competencia en méritos.

Esta aversión a la concentración del poder de mercado es uno de los puntos principales de donde nace la crítica hacia el objetivo del bienestar del consumidor. Diversos autores argumentan que la persecución ciega de la maximización del excedente del consumidor, mediante un análisis fundamentado casi exclusivamente en la economía, ha conllevado a que los mercados se concentren a un ritmo acelerado⁶⁵.

El enfoque volcado sobre los efectos relacionados al bienestar del consumidor permite a los operadores económicos incurrir en prácticas que reducen la competencia sin que estas sean ilegales. Esto en tanto sus actividades pueden disminuir la competencia sin ser anticompetitivas, pues no siempre se afecta al consumidor. Además, tienen la capacidad de alegar que, por medio de eficiencias alcanzadas como consecuencia de la operación, se proveerá de beneficios a los consumidores, lo que permite balancear posibles riesgos de afectación a estos. Este método de análisis conlleva intrínsecamente el intentar predecir los efectos de las conductas en los mercados⁶⁶.

Khan argumenta que estos análisis son poco confiables. La autora sostiene que el derecho de competencia actual ha fallado en otorgar los resultados procompetitivos esperados en casos de alto calibre⁶⁷. Para fundamentar estas aseveraciones presenta como ejemplo la transacción entre AT&T y Time Warner.

En este caso se hizo oídos sordos a lo alegado por la autoridad de competencia, y se aceptó el argumento de AT&T. El operador argumentó que, a pesar de una disminución en la competitividad del mercado, el ente concentrado no podría afectar a los consumidores y que como consecuencia de las eficiencias alcanzadas se podría disminuir el precio beneficiando a estos⁶⁸. Sin embargo, habiéndose concretado la operación, AT&T no solo no transfirió estas eficiencias a los consumidores, sino que incrementó los precios de ciertos productos hasta un 50%⁶⁹.

⁶⁵ Lina Khan & Sandeep Vaheesan, “Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents” 236-237.

⁶⁶ Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, 135-138.

⁶⁷ Lina M. Khan, “The End of Antitrust History Revisited” 1673-1674.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ Lina M. Khan, “The End of Antitrust History Revisited” 1673-1674.

En una línea similar Wu sostiene que estos análisis también son ineficientes, en tanto su complejidad presenta un obstáculo para los juzgadores que tendrán decidir sobre el caso en particular⁷⁰. El ejemplo previo también permite sostener este argumento, pues los juzgadores fallaron completamente al predecir el resultado de la operación.

Aunque esta línea de pensamiento tenga en común el objetivo que debe perseguir el derecho de competencia, no es uniforme a la hora de proponer como se debe perseguir dicho objetivo. Por un lado, Wu propone regresar al estándar de protección del proceso competitivo, propuesto originalmente por el juez Brandeis⁷¹. Este estándar tiene un enfoque exclusivo sobre la competencia, por lo que a la hora de juzgar si los jueces considerarán anticompetitiva cualquier práctica que reduzca la competencia en los mercados.

Por otro lado, Steinbaum y Stucke presentan como opción el estándar de la competencia efectiva. Según este estándar las autoridades de competencia deberán:

Usar la preservación de aquellas estructuras del mercado por medio de las cuales se puede proteger a individuos, compradores, consumidores, y productores; preservar oportunidades para competidores; promover la autonomía y el bienestar de los individuos; y dispersar el poder privado como el objetivo principal de las leyes de competencia federales.⁷²

Los autores sostienen que este estándar permitiría a las agencias de competencia ejercer más vigorosamente el derecho de competencia, pues, debido al enfoque en las estructuras de los mercados, la carga probatoria reduciría para las autoridades⁷³. De esta manera, se podría alcanzar el objetivo de la competencia en los mercados y se protegería a la sociedad en general.

Por último, Khan y Vaheesan proponen al estándar del interés del ciudadano. Mismo que explican de la siguiente manera:

⁷⁰ Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, 135-136.

⁷¹ Chicago Board of trade c. United States, 246 U.S. 231, 238 (1918) “[t]he true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition.”

⁷² Marshall Steinbaum & Maurice Stucke, “The effective competition standard: A new standard for antitrust”, 602. (traducción no oficial)

⁷³ *Id.* 604-606

El derecho de competencia deberá proteger a los consumidores de sobrepagos anticompetitivos y a los pequeños productores de pagos insuficientes anticompetitivos, preservar mercados abiertos y dispersar el poder económico y político.⁷⁴

Los autores consideran que la aplicación de este estándar permitirá ejercer el derecho de competencia según sus motivaciones originales⁷⁵. Además, sostienen que un beneficio indirecto de su aplicación sería una reducción en la desigualdad en la economía⁷⁶.

Aunque los estándares propuestos sean distintos, tienen como característica esencial una aplicación más formalista del derecho de competencia, enfocada en las estructuras del mercado en lugar de las conductas de los operadores y una desconfianza a la acumulación del poder de mercado.

Este movimiento ha tomado una fuerza considerable. En Estados Unidos desde el nombramiento de Lina Khan como presidenta de la Federal Trade Commission, FTC, se empezó a desestabilizar el monolito del bienestar del consumidor. El 18 de diciembre del 2023 se publicaron los Merger Guidelines, Guía, del Department of Justice, DOJ, y la FTC. En la Guía se refleja la influencia del movimiento neo-brandesiano, pues el supuesto de hecho que ocasionaría como consecuencia que se bloquee una concentración es exclusivamente la reducción de la competencia.

Desde la primera guía se evidencia un enfoque más estructural y relacionado a la protección de la competencia. Según esta, las agencias presumirán una reducción sustancial a la competencia frente a toda transacción entre competidores que incremente considerablemente la concentración y cree o ayude a consolidar un mercado altamente concentrado⁷⁷. Lo más llamativo de esta primera guía es que al determinar que se considera un mercado altamente concentrado y un incremento sustancial en la concentración de un mercado se aparta de lo generalmente establecido por las autoridades de otras jurisdicciones.

Por ejemplo, en las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales de la Comisión Europea, Comisión, esta autoridad establece que será poco

⁷⁴ Lina Khan & Sandeep Vaheesan, “Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents” 276.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ Merger Guidelines, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, 18 de diciembre de 2023, 5-6.

probable que se produzcan efectos anticompetitivos cuando la transacción en un mercado con Índice de Herfindahl Hirschman, HHI, de 1000-2000 tenga como consecuencia una variación menor a 250⁷⁸. Esta aplicación del índice es usada con mínimas variaciones por distintas autoridades de competencia, como la Fiscalía Nacional Económica en Chile⁷⁹, y la SCE en Ecuador. En una aplicación mucha más estricta del HHI, la Guía establece que serán considerados mercados concentrados aquellos cuyo HHI sea superior a 1800, y que un incremento en la concentración del mercado será sustancial cuando posea una variación superior a 100⁸⁰. Así, mientras que frente a la Comisión una concentración en un mercado con HHI de 1900 y una variación de 150 será considerada poco probable de tener efectos anticompetitivos, esta misma operación se presumiría anticompetitiva frente a la FTC o el DOJ.

En conclusión, quienes advocan por la inclusión de este objetivo en el derecho de competencia sostienen que el bienestar del consumidor ha sido insuficiente y consecuencia de esto los mercados se han concentrado en perjuicio de la sociedad. Proponen como solución la persecución de la competencia como objetivo en sí mismo. Sostienen que limitando el poder de mercado de los operadores y protegiendo las estructuras de mercado competitivas se obtendrán mejores resultados, no solo para los consumidores sino para la sociedad en general.

6.3. Críticas a este objetivo

A diferencia de otros objetivos, la imposición de la competencia como un objetivo en sí mismo no busca convivir ni modificar al estándar actual por el que se persigue el objetivo del bienestar del consumidor, busca reemplazarlo⁸¹. El cambio de enfoque, pasando de uno principalmente dirigido a los efectos por uno estructural y formalista tendría consecuencias de gran importancia en la sociedad, por esto el debate, y las críticas relacionadas con este objetivo son extensas.

Quienes se oponen a la competencia como objetivo en sí mismo consideran que esto conllevaría a un ejercicio excesivo, impredecible e incoherente de esta rama del

⁷⁸ Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales, Comisión Europea, 5 de febrero de 2004, párr. 20.

⁷⁹ Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, Fiscalía Nacional Económica, mayo de 2021, 15-16.

⁸⁰ Merger Guidelines, 5-6.

⁸¹ Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, 135-139.

derecho⁸². Peeperkorn sostiene que “mientras el bienestar del consumidor provee dirección y coherencia [...], no se puede decir lo mismo sobre el objetivo de preservación de cierta estructura (no definida) de mercado o de la protección del proceso competitivo”⁸³. Para fundamentar sus críticas los autores tienden a revisar las deficiencias presentes durante la persecución de este objetivo.

Para demostrar que el ejercicio formalista de la competencia tiene como consecuencia una carga excesiva perjudicial para las autoridades y operadores Peeperkorn hace referencia a las dificultades presentes en Europa previo al bienestar del consumidor. El autor menciona como ejemplo un reporte de la Comisión en el cuál informó que recibió treinta mil notificaciones únicamente con relación a acuerdos de exclusividad⁸⁴. Consecuencia de tener que dedicar demasiados recursos a actividades económicas inocuas la Comisión adoptó las *Block Exemption Regulations*, sin embargo, en sus inicios estas también eran formalistas, lo que tuvo como resultado altos niveles de incertidumbre y elevados costos de *compliance* para los operadores⁸⁵.

En la misma línea y aunque en apariencia contraintuitivo⁸⁶, los análisis llevados en la práctica actual son más expeditos que aquellos llevados a cabo previo a la adopción del objetivo del bienestar del consumidor. Entre los años 70 y 90, donde el análisis de las conductas era formalista y estructural, las decisiones relacionadas a abusos de posición dominante le tomaban a la Comisión, en promedio, 5 años para resolver, mientras que actualmente se ha disminuido este tiempo a un promedio de 4 años⁸⁷. Esta eficacia alcanzada, aunque insuficiente aún, se debe a que el enfoque en los efectos provee una mejor estructura para el análisis de las autoridades⁸⁸.

Además, la persecución de este objetivo tiene como consecuencia una disminución en la predictibilidad de las decisiones de las autoridades. Peeperkorn provee como ejemplo

⁸² Christine Wilson, “The Neo-Brandeisian Revolution: Unforced Errors and the Diminution of the FTC”, *Remarks for the ABA Antitrust Law Section’s 2021 Fall Forum* (2021) 3-6

⁸³ Luc Peeperkorn, “The effects-based approach: still just as necessary for an effective and coherent EU competition policy”, 2, (traducción no oficial).

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ *Id.*, 2-3.

⁸⁶ Pues, el enfoque económico inherente al objetivo del bienestar del consumidor aumenta la complejidad de los argumentos.

⁸⁷ Luc Peeperkorn, “The effects-based approach: still just as necessary for an effective and coherent EU competition policy”, 2.

⁸⁸ Luc Peeperkorn, “The effects-based approach: still just as necessary for an effective and coherent EU competition policy”, 2.

como frente a una concentración en un mercado moderadamente concentrado que tiene como consecuencia un aumento en la diversidad del tamaño de operadores, pero una disminución de competidores, no se puede predecir si los efectos a la competencia serán considerados legales o no a menos que se ligue el análisis a el bienestar del consumidor⁸⁹.

Por último, la competencia en sí misma como objetivo puede ser económicamente ineficiente. Ver al poder de mercado como un problema por sí mismo tiene como consecuencia la implementación de un ejercicio del derecho más agresivo contra las concentraciones⁹⁰, y un desincentivo a los operadores de ser eficientes. Por un lado, las concentraciones, en especial las verticales, generalmente se presumen procompetitivas, pues mediante la integración los operadores tienen acceso a eficiencias como por ejemplo las economías de escala, estas permiten reducir los costos de producción, eficiencia que le permitirá aumentar el bienestar⁹¹. Por otro lado, el poder de mercado puede ser conseguido por méritos del operador, ya sea por haber alcanzado un alto nivel de eficiencia o consecuencia de una innovación importante en su mercado. Consecuentemente desincentivar el alcanzar niveles elevados de poder de mercado tendría consecuencias negativas a la economía.

En conclusión, la implementación del objetivo de la competencia en sí misma, podría tener como resultados: una disminución en la eficiencia de los juzgadores a la hora de resolver casos, un incremento en la incertidumbre de que prácticas son consideradas anticompetitivas y una disminución en la eficiencia económica.

7. Cuidado ambiental

El cambio climático es una problemática real. Aunque existan opiniones divergentes, el 97% de los científicos climáticos están de acuerdo en que las actividades humanas tienen como consecuencias efectos perjudiciales al medio ambiente. Estos efectos perjudiciales tienen el potencial de convertir a nuestro planeta, en el peor de los casos, en un lugar inhabitable para los seres humanos⁹². Frente a este problema diversas

⁸⁹ *Id.* 2-3.

⁹⁰ Lina Khan y Sandeep Vaheesan, “Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents”, 237.

⁹¹ Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, 25-26.

⁹² Lyon, et al. “Climate change research and action must look beyond 2100”, *Global Change Biology* 28, (2022), 351–357.

organizaciones internacionales han planteado una serie políticas que permitirían alargar el tiempo que llevaría a llegar a un punto de no retorno, o en el mejor de los casos, evitarlo por completo.

Debido a la naturaleza de este trabajo de titulación no se explorará la gravedad de la situación, ni las posibles políticas planteadas para remediarla. Pues, independientemente de esto, la situación actual del medio ambiente ha tenido un efecto innegable en el derecho de competencia. Como respuesta al cambio climático ha surgido una ola de doctrinarios que promueven la conservación del medio ambiente como un objetivo que debe ser necesariamente incorporado a esta rama del derecho⁹³.

Quienes están a favor de la incorporación de este nuevo objetivo consideran que el objetivo del bienestar del consumidor es insuficiente. Por ejemplo, Holmes identifica dos problemas en la aplicación de este objetivo. En primer lugar, considera que el entendimiento de consumidor es injustificadamente estrecho, pues, las conductas de los operadores económicos tienen consecuencias que, al afectar al cambio climático, perjudican o benefician a la sociedad entera⁹⁴. Y, en segundo lugar, sostiene que es incorrecto mantener un enfoque esencialmente relacionado al precio al momento de analizar el bienestar, en su opinión bienestar debería ser entendido de manera amplia, abarcando la salud y felicidad de las personas⁹⁵.

A lo largo de este punto se analizarán: 7.1) compatibilidad con el marco jurídico ecuatoriano; 7.2) exenciones para acuerdos con fines ambientales; 7.3) análisis de efectos ambientales en supuestos abusos de poder de mercado; y 7.4) críticas a este objetivo.

7.1. Compatibilidad de este objetivo con el marco jurídico ecuatoriano

Siguiendo la estructura planteada, se realizará un análisis de la LORCPM y la Constitución para determinar si la incorporación de este objetivo tiene cabida en el derecho de competencia ecuatoriano.

⁹³ Ver, Jurgita Malinauskaite, “Competition Law and Sustainability: EU and National Perspectives”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 13 (2022) 336-348; Markus Gehring, “Competition for Sustainability: Sustainable Development Concerns in National and EC Competition Law”, *Review of European Community & International Environmental Law* Vol 15 (2006) 172-184.

⁹⁴ Ver, Simon Holmes, “Climate change, sustainability, and competition law”, 354-375.

⁹⁵ *Id.*

La parte final del artículo 1 de la LORCPM establece como finalidad de la ley “el establecimiento de un sistema económico social, solidario y *sostenible*.”⁹⁶. La falta de expansión sobre la definición de las características otorgadas al sistema económico perseguido reviste de ambigüedad a nuestra legislación. Sin perjuicio de esto, mediante una interpretación a la luz de nuestra constitución, podemos asumir con bastante seguridad que el uso de este adjetivo hace alusión al cuidado ambiental. Así, para este trabajo de titulación se entenderá sostenibilidad según lo han definido las Naciones Unidas “satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de futuras generaciones de satisfacer sus necesidades propias”⁹⁷. Aunque la mención a la sostenibilidad en la ley es corta su presencia en el artículo uno, mismo que busca definir el objeto de la ley, es innegable.

Lo recogido en la LORCPM encaja con la naturaleza de nuestra Constitución, misma que se caracteriza por una extensa protección al medio ambiente, siendo pionera en el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos. A lo largo de nuestra carta magna se impone la obligación de cuidar el medio ambiente⁹⁸. De esta manera, la autoridad podría interpretar el artículo 1 de la LORCPM para establecer el cuidado ambiental como objetivo del derecho de competencia en nuestro país.

Habiendo sentado que la SCE está legalmente habilitada a interpretar el cuidado ambiental como uno de los objetivos del derecho de competencia ecuatoriano, compete analizar si la inclusión de dicho objetivo al derecho de competencia en general sería beneficioso o no.

7.2. Exenciones para acuerdos con fines ambientales

La forma más común por medio de la cual se sostiene que se podría incluir este objetivo en el derecho de la competencia es el permitir acuerdos entre competidores cuando dichos acuerdos tengan finalidades sostenibles. En general, los acuerdos entre competidores son anticompetitivos. Estos, reemplazan la competencia con colaboración y reducen los incentivos de los operadores para ofrecer mejores productos a los mejores precios, de esta

⁹⁶ Artículo 1, LORCPM, R.O. R.O. suplemento 555 de 13 de octubre de 2011, reformado por última vez R.O. suplemento 311 de 16 de mayo de 2023. (énfasis añadido)

⁹⁷ Naciones Unidas, *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future* (Oxford: Oxford University Press, 1987), 59. (traducción no oficial).

⁹⁸ Se puede apreciar en artículos de la Constitución como: 14 inciso 2, 15 inciso 1, 30, 31, 32, 66 numerales 2, 15 y 27 y 71 inciso 3.

manera se reduce el bienestar de los consumidores. Sin embargo, no todos los acuerdos son anticompetitivos.

En Europa, el artículo 101 (3) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea presenta una excepción a la regla general de la sanción de los acuerdos entre competidores⁹⁹. En el caso CECED, la Comisión Europea permitió un acuerdo mediante el cual competidores coordinaron dejar de comercializar lavadoras ambientalmente ineficientes¹⁰⁰. A primera vista el acuerdo parecería perjudicial a los consumidores, pues, mediante el acuerdo se redujo la cantidad de opciones a las que estos tenían acceso, elevando el precio medio al que se podría adquirir una lavadora¹⁰¹. Sin embargo, la Comisión tomó en consideración circunstancias particulares al caso que conllevaron a la permisión de este.

Además de los beneficios económicos individuales que percibirían los consumidores, la Comisión tomó en consideración los beneficios ambientales colectivos producto de la operación. La Comisión otorgó un valor económico a los daños marginales ambientales evitados gracias al acuerdo. Por medio de un estimado razonable concluyó que los beneficios percibidos por la sociedad superan al perjuicio del aumento del costo promedio de adquisición en una razón de siete a uno¹⁰². Así, determinó que los beneficios sociales otorgarían una participación equitativa en el beneficio resultante para los consumidores. Habiendo verificado que se cumplan los demás requisitos previstos por la ley, la Comisión decidió permitir el acuerdo¹⁰³.

Este ejemplo muestra lo argumentado por aquellos quienes avocan por la inclusión de este nuevo objetivo. Mediante la incorporación de efectos fuera del mercado a el análisis de la legalidad de un acuerdo, se permitió un comportamiento que, en caso de únicamente haber revisado los efectos dentro del mercado, habría sido considerado anticompetitivo. Gracias al análisis realizado por la autoridad europea se evitaron daños valorados en EUR 20 por tonelada de dióxido de carbono, EUR 3000 por tonelada de dióxido de azufre y EUR 2000 por tonelada de óxido nitroso.

⁹⁹ Artículo 101 (3) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

¹⁰⁰ Caso IV.F.1/36.718., Comisión Europea, 24 de junio de 1999, 1-8.

¹⁰¹ *Id.*, 4-8.

¹⁰² *Id.*, 6

¹⁰³ *Id.*, 5-8.

En Ecuador, el artículo 12 de la LORCPM contiene las exenciones a la prohibición de acuerdos y prácticas restrictivas. Este, al estar inspirado en la normativa europea, tiene una redacción similar al artículo 101(3). Así, podemos apreciar que, en caso de considerarlo apropiado, la autoridad podría hacer uso de un análisis similar al expuesto por la Comisión. La diferencia entre las normativas recae en el segundo inciso del artículo ecuatoriano. En este, se impone a la SCE la obligación de mantener constante vigilancia sobre el acuerdo permitido por estas exenciones, esto impondría una mayor carga sobre la autoridad, sin embargo, reduciría la probabilidad de que degenera en una conducta con efectos anticompetitivos.

7.3. Análisis de efectos ambientales en supuestos abusos de poder de mercado

Quienes están a favor de la inclusión de este objetivo también proponen que se tome en consideración el cuidado ambiental al momento de analizar presuntos abusos de poder de mercado. Argumentan que los efectos ambientales de las conductas de los operadores pueden ser usados, tanto para encuadrar a una conducta dentro del tipo sancionatorio, como para defenderse de acusaciones de abuso de posición dominante.

Existe evidencia que permite relacionar la dimensión de las empresas con prácticas ambientalmente indeseables¹⁰⁴. Iacovides y Vrettos encontraron que 27 de 86 operadores analizados en su investigación incurrieron en prácticas perjudiciales para el medio ambiente¹⁰⁵. Sostienen que la legislación europea permite encuadrar conductas de operadores dominantes con efectos adversos al medio ambiente como abusos de posición dominante¹⁰⁶. Consecuentemente, argumentan que el derecho de competencia debería proteger al medio ambiente de estas prácticas.

Según los autores los operadores dominantes, mediante prácticas ambientalmente indeseables, reducen sus costos de producción. Estas prácticas pueden conllevar a costos, como litigios y multas, que podrían desincentivar a ciertos operadores, sin embargo, las

¹⁰⁴ Es importante tomar en consideración que la investigación no sostiene que esta relación sea causal.

¹⁰⁵ Marios Iacovides & Christos Vrettos, “Falling through the cracks no more? Article 102 TFEU and sustainability: the relation between dominance, environmental degradation, and social injustice”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 10, Issue 1, (2022), 49.

¹⁰⁶ *Id.* 32-45

ventajas de incurrir en estas tienden a superar los desincentivos¹⁰⁷. Así, los operadores que incurran en estas prácticas adquirirían ventajas competitivas, no basadas en sus méritos, frente aquellos que no lo hagan.

Holmes propone usar los fines proambientales de conductas de operadores dominantes como exenciones a la sanción de abuso de posición dominante. El autor enlista una serie de ejemplos en los cuales una conducta abusiva tiene un fin ambiental¹⁰⁸. De manera similar al argumento previo, la propuesta del autor conlleva tomar en consideración los efectos fuera del mercado positivos y pesarlos en contra de los efectos dentro del mercado negativos. Para su aplicación, la autoridad podría asignar valores a los daños mitigados y pesarlos contra los perjuicios a la competencia sufridos. De esta manera, se podría permitir únicamente aquellos abusos que proveen más beneficios al medio ambiente, que perjuicios al consumidor.

7.4. Críticas a este objetivo

Como se ha podido observar a lo largo de esta sección, la inclusión de este objetivo tiene como elemento principal el tomar en consideración efectos fuera del mercado para el análisis de la conducta investigada. Así, este objetivo no busca reemplazar al bienestar del consumidor sino ampliar el entendimiento de este. Sin embargo, esta inclusión tendría como consecuencia un detrimento al ejercicio de la competencia, pues, le restaría predictibilidad, administrabilidad y coherencia¹⁰⁹.

Para empezar, se analizará como se afecta a la predictibilidad y administrabilidad. Para poder tomar en consideración los efectos ambientales de una conducta es necesario realizar una valoración económica de los efectos fuera del mercado evitados u ocasionados y, una vez determinados, balancearlos en contra de los efectos positivos o negativos dentro

¹⁰⁷ Marios Iacovides & Christos Vrettos, “Falling through the cracks no more? Article 102 TFEU and sustainability: the relation between dominance, environmental degradation, and social injustice”, 46-49.

¹⁰⁸ Simon Holmes, “Climate change, sustainability, and competition law”, 388-389. “i. cobrar precios más altos con la finalidad de cubrir costos ambientales o de reinvertir en protección Ambiental, como defensa en contra de una alegación de precios explotativos; ii. Diferenciar los precios a los consumidores dependiendo de que tan ambientalmente amigable será el uso que se le dará al producto adquirido, como defensa a alegaciones de discriminación de precios; iii. Atar la compra de un producto a otro ambientalmente amigable como defensa a una alegación de ventas atadas; iv. Ofrecer productos a precios excesivamente bajos para impulsar un producto ambientalmente amigable, como defensa a una alegación de precios predatorios; v. Rehusarse a permitir acceso a un bien esencial a un operador que tenga intenciones de usarlo con fines ambientalmente indeseables, como defensa a una alegación de negativa de venta.” (traducción no oficial)

¹⁰⁹ Luc Peepkorn, “The effects-based approach: still just as necessary for an effective and coherent EU competition policy”, 18-19.

del mercado relevante. Al referirse a los métodos por los que se otorga un valor económico a estos efectos Peeperkorn expresa “[n]o solo son complejos, sino que también muestran variaciones importantes [...], a menudo variando por un factor de 10 o más”¹¹⁰. Consecuentemente, tanto las autoridades como los operadores tendrían que incurrir en costos superiores, las investigaciones se prolongarían, y la predictibilidad de las decisiones se reduciría.

En la misma línea, permitir acuerdos y abusos, generalmente considerados anticompetitivos, debido a la persecución de fines ambientales tendría como consecuencia una disminución en la coherencia en el derecho de competencia. Como se estableció en la sección 5.3, un sistema será coherente cuando las decisiones tomadas se alineen con el objetivo perseguido. En la actualidad contamos con evidencia que demuestra como los mercados competitivos proveen de incentivos a los operadores para incurrir en prácticas ambientalmente deseables¹¹¹. Como contrapartida tenemos que los acuerdos entre competidores, incluso aquellos con objetivos proambientales, producen resultados menos ambientalmente deseables que la competencia en sí misma¹¹². Es así como permitir acuerdos y abusos con fines ambientales tendría como resultado un sistema menos coherente.

En conclusión, la persecución de este objetivo es indeseable. La complejidad y la poca certeza de los métodos por los que se cuantifican los efectos ambientales fuera del mercado tienen como consecuencia una disminución en la administrabilidad y predictibilidad en el derecho de competencia. Mientras que la permisión de acuerdos y abusos con fines ambientales tiene resultados menos eficientes en la persecución de este objetivo que la competencia, por lo que permitirlos disminuiría la coherencia de esta rama del derecho.

8. Conclusiones

¹¹⁰ Luc Peeperkorn, “Competition and sustainability: What can competition policy do?”, *Concurrences No. 4* (2020), 22.

¹¹¹ Marteen Schinkel y Leonard Treuren, “Green antitrust: (More) friendly fire in the fight against climate change” en *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*, ed. de S. Holmes, D. Middelschulte y M. Snoep (New York: Concurrences, 2021), 9-11.

¹¹² *Id.*, 10-11.

Habiendo revisado el marco jurídico ecuatoriano se puede concluir que, debido a la amplitud y vaguedad en la redacción de la LORCPM, este puede abarcar los objetivos analizados y más. Sin embargo, la autoridad debe ser cuidadosa a la hora de implementarlos o evitar hacerlo por completo. Pues, del análisis de los beneficios y perjuicios de la persecución de estos objetivos propuestos se concluye que la expansión de los objetivos del derecho de competencia trae consigo más posibles perjuicios que beneficios.

Encontramos que el objetivo ideal del derecho de competencia es el bienestar del consumidor, en tanto del análisis realizado se encontró que es el único cuya persecución provee de beneficios como la predictibilidad, administrabilidad y coherencia al derecho de competencia. En contrapartida a esto, se apreció que la persecución de la competencia como objetivo en sí mismo y/o el cuidado ambiental podrían tener más consecuencias negativas que positivas. Por un lado, la competencia en sí misma puede: afectar a la eficiencia económica; disminuir la predictibilidad de que prácticas son consideradas anticompetitivas al no contar con un estándar claro de que disminución a la competencia es ilegal, y reducir la eficacia de los juzgadores. Por otro lado, la inclusión del cuidado ambiental como objetivo en conjunto al bienestar del consumidor, reduciría los beneficios alcanzados por este. Así, producto de este trabajo se encontró que, entre los analizados, el bienestar del consumidor es el objetivo más deseable para el derecho de competencia y por qué ampliar su entendimiento sería peligroso, por lo que las agencias alrededor del mundo deben actuar con extremo cuidado al tratar de conseguir los beneficios de su inclusión.

Es necesario reconocer las limitaciones este trabajo de titulación. Por un lado, debido a la extensión de este, distintos objetivos propuestos quedaron fuera su alcance. Es así como objetivos interesantes como el bienestar total y la protección de los trabajadores no pudieron ser explorados. Por otro lado, entendiendo que las economías de los estados funcionan de maneras distintas y que falta información sobre las consecuencias de la aplicación del derecho de competencia en países en vías de desarrollo, los hallazgos de este ensayo podrían no ser aplicables a todos los estados.

Ecuador cuenta con la suerte de poder aprender de las experiencias ajenas. Tomando en consideración el corto período de vida de la Superintendencia de Competencia Económica se sugiere mantener al bienestar del consumidor como objetivo único del derecho de competencia ecuatoriano, teniendo cuidado con las interpretaciones que se le da

a nuestra ley. Sin perjuicio de esto, es igual de recomendable mantener la perspectiva abierta y analizar los medios y resultados de jurisdicciones más grandes y autoridades con más experiencia, por ejemplo, Estados Unidos con la persecución de la competencia como objetivo en sí mismo. Pues, en caso de obtener los beneficios de adoptar nuevos objetivos evitando los riesgos, sería ideal replicar sus métodos.