



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TÍTULO DE ABOGADO

**Análisis crítico-jurídico de la conflictividad del poder de mercado en las
aerolíneas nacionales: Caso TAME EP.**

TRABAJO DE TITULACIÓN.

AUTOR: Mora Toro, Camilo Sebastián

DIRECTOR: González Cajamarca, Leonardo Stalin, Mgtr.

LOJA – ECUADOR

2016



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

Septiembre, 2016

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Magister.

Leonardo Stalin González Cajamarca

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación: Análisis crítico-jurídico de la conflictividad del poder de mercado en las aerolíneas nacionales: Caso TAME EP, realizado por Camilo Sebastián Mora Toro ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, noviembre de 2016,

f)

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo Camilo Sebastián Mora Toro, declaro ser autor del presente trabajo de titulación: Análisis crítico-jurídico de la conflictividad del poder de mercado en las aerolíneas nacionales: Caso TAME EP, de la Titulación de Derecho, siendo Mgtr. Leonardo Stalin González Cajamarca director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y no aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f.

Autor: Camilo Sebastián Mora Toro

Cédula: 1104547466

DEDICATORIA

A mi familia.

AGRADECIMIENTO

A mi familia que me ha apoyado siempre, a mi director el Mgtr. Leonardo González Cajamarca, que a lo largo de este proceso me ha orientado y direccionado de manera profesional y brindado el apoyo y el conocimiento necesario para la realización de este trabajo. A mi tutora Ad-hoc PhD. Gabriela Moreira, quien me brindó la ayuda necesaria para la elaboración de esta investigación y a todos quienes se han hecho presentes en mi educación universitaria, pues todos han aportado con algo que me ha ayudado a mejorar no solo profesionalmente sino también en el ámbito personal.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARATULA.....	i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE TITULACIÓN.....	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	iii
DEDICATORÍA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	vi
RESUMEN	1
ABSTACT.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y EL PODER DE MERCADO, UN ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DOCTRINARIA.....	5
1.1 Aspectos generales del derecho de la competencia.....	6
1.2 El nacimiento y origen del derecho de la competencia.....	8
1.3 Objetivos del derecho de la competencia.....	11
1.3.1 Protección del consumidor.....	11
1.3.2 Defensa de la competencia.....	12
1.3.3 Redistribución de la riqueza.....	13
1.4 Principios Reguladores del derecho de la competencia.....	14
1.4.1 Principio de unidad del mercado.....	14
1.4.2 Principio de igualdad de las personas.....	15
1.4.3 Principio de libertad de empresa.....	16
1.4.4 Principio de libre competencia.....	17
1.5 Bases económicas del derecho de la competencia.....	19
1.5.1 Fundamentos de la teoría económica del derecho de la competencia.....	19
1.5.2 Estructura de mercado.....	21
1.5.2.1 Competencia perfecta.....	21
1.5.2.2 Competencia imperfecta.....	22
1.5.2.3 Monopolios.....	23
1.5.2.4 Oligopolios.....	26
1.6 El poder de mercado, un dominio sobre la estructura mercantil.....	27
CAPÍTULO II LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ECUADOR.....	29
2.1 Derechos económicos y su relación con el derecho de la competencia.....	30

2.2 Prácticas restrictivas al derecho de la competencia.....	32
2.2.1 Prácticas de abuso de poder de mercado o abuso de la posición de dominio.	32
2.2.2 Prácticas de competencia desleal.....	42
2.2.3 Prácticas colusorias.....	46
2.2.4 Régimen de ayudas públicas.....	49
2.2.5 Derechos exclusivos o especiales de empresas públicas.....	51
2.3 Preceptos constitucionales de la República del Ecuador en defensa de la competencia: Una Constitución Económica.....	53
2.4 Legislación en defensa del derecho de la competencia en el Ecuador, una protección para los operadores económicos.....	60
2.4.1 Análisis a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado o Ley Antimonopolio.....	62
CAPÍTULO III ANÁLISIS DEL PODER DE MERCADO DEL CASO TAME EP.....	65
3.1 Contextualización de las empresas públicas.....	66
3.2 Régimen jurídico de empresas públicas en el Ecuador.....	70
3.3 Derecho de la competencia y empresas públicas, una relación singular.....	72
3.4 Antecedentes de la empresa pública TAME EP y su funcionamiento.....	74
3.4.1 Competencia de la empresa, una contienda histórica.....	76
3.5 El poder de mercado de la empresa pública TAME EP en el Ecuador, con mención especial en la provincia de Loja.....	78
3.6 TAME EP ¿Monopolio natural, artificial o legal?.....	80
CAPÍTULO IV ANÁLISIS EMPÍRICO.....	84
4.1 Investigación de campo.....	85
4.2 Aplicación de los instrumentos de investigación.....	85
CONCLUSIONES.....	88
RECOMENDACIONES.....	90
BIBLIOGRAFÍA.....	91
ANEXOS.....	96

RESUMEN

El presente estudio está predestinado a analizar de manera sistemática el derecho de la competencia y el poder de mercado, a través de su evolución histórica y enfoques doctrinarios, examinando tanto los objetivos como también los principios reguladores del derecho de la competencia y las bases económicas del mismo. De igual manera, se reconocerán los derechos económicos vulnerados al momento de violentar el derechos de la competencia a través de las diferentes prácticas restrictivas que se han reconocido en la mayoría de las legislaciones de los países del mundo, que han normado y regulado el derechos de la competencia, y emitido legislaciones antimonopolios. Para posteriormente estudiar los postulados en defensa de la competencia en el Ecuador a través tanto de la Constitución Económica, como también la Ley Antimonopolio o Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Subsiguientemente se estudio el contexto de las empresas públicas en el Ecuador, y en especial la situación de la empresa pública TAME EP con el fin de esclarecer su situación monopólica de manera especial en la provincia de Loja, y su vulneración a la legislación nacional al convertirse en un monopolio público o estatal, que abusa de su poder de mercado, lo cual se complementa con un análisis empírico realizado.

Palabras clave: Derecho de la competencia, poder de mercado, monopolio, monopolio público o estatal, libre competencia, prácticas restrictivas.

ABSTRACT

The current study is fated to systematically analyze the competition law and market power through its historical development and doctrinal approaches, examining both the objectives and also the regulatory principles of competition law and economic bases same. Similarly, the violated when violating the rights of the competition through various restrictive practices that have been recognized in most of the laws of the countries, that have regulated and regulated the rights of economic rights are recognized competition and antitrust laws issued. To further study the principles in competition in Ecuador through both the Economic Constitution, as well as the Organic Law Antitrust Law or Regulation and Control of Market Power. Subsequently the context of public companies in Ecuador study, and especially the situation of the public company TAME EP in order to clarify its monopoly situation especially in the province of Loja, and breach national law by becoming in a public or state monopoly abusing its market power, which is complemented by an empirical analysis.

KEYWORDS: Competition law, market power, monopoly, government monopoly, restrictive business practice.

INTRODUCCIÓN

El sistema jurídico ecuatoriano, siguiendo las corrientes internacionales de defensa a la libre competencia a lo largo de los últimos años ha promulgado diferentes legislaciones; es así que el Ecuador se ha consolidado como un país neoconstitucionalista siguiendo la tendencia de Dworkin, observando los principios para la elaboración de normas "... no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad". De acuerdo a lo que dispone el artículo 1 de la Constitución, el Ecuador es un "Estado constitucional de Derechos y Justicia Social" lo que consolida un "Estado de Derecho", es decir que el Estado Social de Derechos se le concibe, desde el punto de vista iusfilosófico, como la "última ratio" del constitucionalismo contemporáneo e inclusive se le cataloga como una conquista histórica de la humanidad (Picard de Orsin & Useche, 2006). Con el fin de proteger estos postulados constitucionales en Derechos Económicos, propongo esta investigación para defender a la libre competencia e igualmente favorecer a los derechos de los consumidores de los bienes y servicios prestados por las empresas y sociedades ecuatorianas, ya sean estas de capitales privados o públicos.

Sin embargo, a pesar de la nueva normativa y del modelo económico propuesto por el gobierno ecuatoriano en el Plan Nacional del Buen Vivir y el Plan Nacional de Desarrollo, en la actualidad se podría evidenciar violaciones a los derechos económicos y a la libertad de competencia regulada de manera especial por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Esta investigación realizará un estudio de un caso en concreto del funcionamiento legal y administrativo de la Empresa Pública TAME Línea Aérea del Ecuador "TAME EP". Pensaría que esta empresa al ser pública debería ser el ejemplo de respeto a la legislación nacional y proporcionalmente a sus competidores directos. Puesto que, al revisar algunos antecedentes se demostraría que en el mercado de la provincia de Loja, es la única aerolínea que presta sus servicios, los cuales no son ni han sido a lo largo de los años los mejores, aprovechándose de su poder de mercado local; lo cual es inadmisibles, puesto que al no existir competencia los principales perjudicados son los consumidores.

La doctrina indica que la competencia debe ser "libre", en palabras del Dr. Víctor Cevallos es aquel derecho subjetivo público de libertad de empresa y concomitantemente con ello la libertad de competencia, entendiéndose por competencia el deseo de conseguir una misma

cosa por dos o más agentes económicos; de esta manera se pone en juego la creatividad de los productores de bienes y servicios, siempre ajustándose a derecho y siguiendo las normas éticas; es decir que exista una igualdad entre los competidores ante el derecho. Por lo cual el estado está obligado a impulsar la libre competencia y sancionar aquellas prácticas que la impidan, incluso en los casos en que son las mismas empresas estatales las que estén vulnerando dichos principios.

Con los antecedentes señalados, y por considerar que la libre competencia y los derechos económicos de los empresarios y ciudadanos, deben ser garantizados por el estado ecuatoriano, ya que no solo se menoscabarían los derechos de los agentes económicos; sino también de los consumidores, que equivalen a todos los ciudadanos; me he propuesto desarrollar la investigación que titula “ANÁLISIS CRÍTICO-JURÍDICO DE LA CONFLICTIVIDAD DEL PODER DE MERCADO EN LAS AEROLÍNEAS NACIONALES: CASO TAME EP.” Realizando una investigación bibliográfica y de campo para de esta manera, determinar la efectiva vulneración a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, así como también a los derechos en materia económica de la competencia y los consumidores.

Por tanto, el desarrollo de la investigación se dividirá en cuatro capítulos. El primero constituye una descripción en general del derecho de la competencia y la libre competencia a través de su desarrollo histórico y doctrinario. El segundo capítulo trata acerca de los derechos económicos y el derecho de la competencia en el Ecuador. El tercer capítulo se desarrolla entorno las empresas públicas, la empresa TAME EP y su comportamiento en el mercado, el cuarto capítulo es un análisis empírico del caso de estudio; culminando con las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I
EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y EL PODER DE MERCADO, UN ANÁLISIS
SISTEMÁTICO DE SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DOCTRINARIA.

1.1. Aspectos generales del derecho de la competencia económica.

Etimológicamente la palabra competencia proviene del latín *competentia*, “aspirar” o “pretender algo al mismo tiempo que otro”; la Real Academia de la Lengua Española, la define como la situación de una empresa que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio. Cabanellas (2006) afirma: “Oposición, rivalidad; sobretodo en el comercio y la industria”; he incluso su definición va más allá, al manifestar que existe la “Competencia Desleal: Abusiva práctica del comercio por quien trata de desviar, en provecho propio, la clientela de otra persona, establecimiento comercial o industrial, empleando para conseguirlo equívocos, fortuitas coincidencias de nombre, falsas alarmas, o cualquier medio de propaganda deshonesto” (Cabanellas, 2006,p.89)

La Competencia, debe entenderse como la pugna entre dos o más sujetos, con el fin de conseguir o lograr un objetivo común; por tanto, el Derecho de la Competencia, también llamado Derecho de Defensa de la Competencia o Derecho de la Competencia Económica, es concebido como aquella rama del derecho que propone la regulación de la competencia económica, o las relaciones entre las empresas ya sean estas públicas o privadas, con el fin de permitir que las diferentes actividades económicas, dentro de determinadas jurisdicciones se las realice respetando tanto a los competidores como a los consumidores de sus productos, ya sean estos bienes o servicios. Signes (2013) afirma: “Se trata del conjunto de normas, principios y estándares que tienen como finalidad evitar que, bien los agentes privados, bien las autoridades públicas, incurran en comportamientos que pudieran falsear o distorsionar la disciplina que impone la competencia en el mercado.” (p.36)

Es decir, su fin último es el de regular las actividades comerciales, mediante la prohibición de prácticas que vulneren los derechos económicos de las personas o empresas, a través del abuso de su posición dominante, o prácticas que limiten la libertad de la competencia, tales como los monopolios; buscando así promover una competencia sana en el mercado, lo cual da como resultado una mejora de los bienes y servicios prestados, lo cual garantiza un mercado activo y eficaz.

Puede deducirse, que esta área relativamente “nueva” del derecho nace tanto para el ámbito público como privado, como lo manifiesta anteriormente Juan Signes de Mesa;

puesto que no solo está dirigido a la regulación del mercado privado nacional, sino que también está destinado a normar el ámbito público con el fin de que no existan abusos por partes de empresas que nacen al interior del aparato estatal. Es necesario aclarar que no existe un solo tipo de actividad que pueda falsear a la competencia y perjudicarla, pues son varias las conductas que lo hacen y que son sancionados en diferentes jurisdicciones a nivel internacional; de igual manera, los comportamientos restrictivos hacia la competencia pueden ser realizado por uno o más sujetos activos del mercado, que por un acuerdo mutuo tienen como objetivo acabar con cierto sector del mercado. Cevallos (2001) refiere que el Derecho de la Competencia es una nueva orientación o camino que ha tomado el derecho mercantil, con el fin de tutelar o proteger los derechos de los consumidores y usuarios principalmente, dentro de un mundo cada vez más globalizado, siempre y cuando estas regulaciones se rijan al principio de libre competencia.

Miranda Londoño (como se citó en Loma-Osorio, 2013) manifiesta que:

El derecho a la Libre Competencia Económica implica dos aspectos fundamentales: de una parte garantiza la libertad de los competidores para concurrir al mercado en busca de una clientela; y de la otra implica la libertad de los consumidores para escoger y adquirir en el mercado, bienes y servicios que se ofrezcan en condiciones de competencia. (p.52)

El autor nos manifiesta claramente, que el Derecho de la Competencia está destinado a regular las acciones en el mercado, con el fin que las empresas que producen o prestan los bienes o servicios, busquen sus consumidores de manera justa, sin restringir el derecho a sus competidores, y de esta manera da como resultado directo la libertad de las personas para elegir el servicio o bien que van a pagar evaluando sus pros y sus contras, prefiriendo aquella opción que más le beneficie.

El Derecho de la Competencia, regula el mercado a través de la intervención por parte del Estado con la intención de delimitar la participación de los agentes en el mismo. Así, este Derecho se enmarca en la naturaleza del derecho Administrativo, debido a que el Estado da las directrices para que se ejerza la libertad de empresa en el mercado, como también fomenta y preserva constantemente la competencia justa en el mercado (Loma-Osorio, 2013). Por esto, se puede inducir que esta rama del derecho está dirigida a regular las

prácticas anti-competitivas, que están destinadas a ganar una fracción del mercado a través de prácticas restrictivas de la competencia, prácticas desleales, o actividades que lesionen los intereses de los consumidores o que vulneren la protección a la propiedad intelectual; en resumen, todas estas actividades vulneran o limitan la competencia libre y justa en el mercado, afectando no solamente a los productores, sobretodo de la pequeña y mediana empresa; como a los consumidores en general (Witker y Varela, 2003).

Por lo tanto, podemos concluir que las normas brindadas por el Derecho de la Competencia son aquel conjunto de normas, reglas o disposiciones, que tienen como finalidad, el brindar las reglas para salvaguardar un mercado de competencia justa, en el cual los bienes o servicios que se brindan en el mercado sean intercambiados de manera ecuánime, respetando los derechos económicos de los participantes en el mercado, tanto de los productores como de los consumidores. Es un derecho con un contenido en esencia económico y social, que protege los derechos patrimoniales, y en general gran parte de derechos que poseen los participantes en el mercado. Regulariza la intervención de los proveedores o empresarios en un ambiente o contexto de libertad manipulando su iniciativa y todos los medios materiales e intelectuales para disputarse lícitamente un mercado o un segmento del mismo, según sus ofertas respecto a la calidad, precio, condiciones de los bienes o servicios; habiendo como contrapeso la libertad de elección u opción de los consumidores, de acuerdo a los beneficios de las ofertas.

1.2. El nacimiento y origen del derecho de la competencia.

El Derecho de la Competencia o Libre competencia, como prefieren llamarlo algunos autores, se lo ha considerado como una rama independiente del derecho en tiempos recientes; sin embargo, este tiene sus orígenes desde hace ya varias décadas, e incluso algunos autores se atreven a decir que esta rama del derecho viene formándose y especializándose ya desde la época de la antigua Grecia.

A pesar de que se considera a Estados Unidos de Norteamérica, el Estado propulsor de esta rama del Derecho y el fundador de la tendencia en contra del abuso de poder de mercado por parte de los productores. Empero, Loma-Osorio (2013) manifiesta que ya Aristóteles exteriorizaba su desacuerdo por los abusos en la Grecia de aquella época por parte de los comerciantes, elevando precios injustificadamente. Una asociación de vendedores de grano fue juzgada por el Tribunal de la Heliea en la ciudad de Atenas,

quienes aprovechando las condiciones convinieron un aumento de precios afectando de manera directa a los consumidores (Signes, 2013).

En Roma se promulgaron leyes con el fin de sancionar cuestiones relativas a los fraudes por parte de los comerciantes, por ejemplo la *Lex Julia de Annona*, bien sea por actos colusorios o acciones que perjudiquen a la población, como aumento de precios, o demora en el suministro de alimentos en los mercados. En el año 301, Diocleciano publica el “Edicto sobre los Precios” o “*Edictum De Pretiis Rerum Venalium*” fijando los precios máximos de más de 1300 productos (Kent, 1920), tratando de dar confianza al mercado y establecer precios para que la economía no sufra consecuencias en el Imperio. Ya en el año 483 la Constitución de Zenón se encarga de dar especial reconocimiento a los consumidores y su prevalencia sobre los empresarios, decretando sanciones contra todos aquellos mercantes que restrinjan el acceso a alimentos, incluso en el caso del establecimiento de monopolios. Por lo tanto, es necesario señalar que la defensa de los derechos de la competencia, es un fenómeno que ha sido manifestado y buscado desde hace ya siglos, pero su legislación es reciente; pues el desarrollo de la humanidad y la evolución de los sistemas económicos y de producción, han exhibido la necesidad imperante de los seres humanos de regular el comercio y respetar a los pequeños productores o empresas, puesto que los derechos económicos han llegado a ser incluso reconocidos con jerarquía de derechos humanos, es decir fundamentales para el desarrollo del ser humano en la sociedad, como lo ha reconocido la misma Organización de las Naciones Unidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y más adelante el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales.

Diversos autores coinciden en marcar como el lugar de nacimiento del Derecho de la Competencia mediante su positivización a los Estados Unidos de Norteamérica. Existen referentes Jurisprudenciales desde el año 1675, en el caso *Craft v. McConoughy*¹. El Estado de Maryland en su Constitución de 1776 restringe la creación de monopolios por ir en contra de los Principios de Comercio (Loma-Osorio, 2013). La Corte Suprema en el año 1807, marca precedentes al manifestar que en lo que respecta a materia de Comercio interestatal, es competencia del Congreso de los Estados Unidos, y que los Estados no pueden legislar de manera tal que se restrinja el comercio regular en el mercado, más aún

¹ La Corte Suprema del Estado de Illinois declara ilegal un acuerdo entre cinco vendedores de grano que habían acordado precios y distribución de costos.

en relaciones comerciales entre individuos o empresas de distintas jurisdicciones estatales (United States Supreme Court, 1824). Las empresas ferrocarriles empezaron a tener su época de auge en los Estados Unidos, por lo que la población empezó a demandar una mayor regulación a los proveedores de dicho servicio, lo que da como resultado la aprobación de la Interstate Commerce Act, con el fin de controlar a los monopolios de ferrocarril que sacaban provecho de su gran poder económico y de mercado, creando así la Comisión Interestatal de Comercio (ICC por sus siglas en inglés), con el propósito de que gestione el cumplimiento de las disposiciones establecidas en el Acta antes mencionada.

Es hasta el año de 1890, cuando se publica la Sherman Antitrust Act del Congreso de los Estados Unidos, la cual marca los antecedentes para una Ley Antitrust o Ley de Competencias. La doctrina a lo largo de los años a considerado a la Sherman Antitrust Act como la piedra angular del nacimiento del Derecho de la Competencia, en donde se prohíben las prácticas anticompetitivas y regulación de los *trusts*², instituyendo el primer sistema de Derecho de la Competencia con validez hasta la actualidad. Esta ley fue concebida por el Senador por el Estado de Ohio John Sherman, como lo expresa Signes (2013) “como medio para proteger las relaciones comerciales en tanto que expresión de la libertad del individuo a competir en el mercado” (p.53), es decir en base a los principios reconocidos de libertad que tiene cada una de las personas para participar en el mercado, y así obtener beneficios de manera justa, sin afectar la intervención de competidores que oferten productos o servicios similares, y por otra parte salvaguardar las relaciones amistosas que se producen dentro de comercio ya sea este nacional o internacional, puesto que su funcionamiento adecuado permite el crecimiento de la economía afectando de manera directa al desarrollo estatal, más aún en sistemas capitalistas, como es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica; quienes dependen de las grandes industrias que manejan gran parte de los sectores productivos. La Sherman Antitrust Act estableció como ilegal todos aquellos tipo de contratos u asociaciones, así como también monopolios o cárteles, y acuerdos; que afecten al comercio libre en igualdad de condiciones. Más

² Los Trust, es un término americano que se utiliza para referirse a aquellos negocios o asociaciones financieras que poseen un poder de mercado significativamente amplio en relación a sus competidores, que trata de monopolizar una determinada industria; históricamente se lo ha utilizado para referirse a los monopolios estadounidenses durante la Segunda Revolución Industrial a finales del siglo XIV e inicios del siglo XX, inicialmente era un mecanismo legal para consolidar el poder de las empresas., eran conglomerados especializados principalmente en los servicios de transporte en ferrocarril, telecomunicaciones y energía.

adelante en el año 1914 se emite la Clayton Antitrust Act, una ley federal con el fin de complementar y redimir las falencias existentes en la Sherman Act; y en el año 1950 se promulga la Celler-Kefauver Act, una ley que reforma la Clayton Act, y que es conocida también como Anti-Merger Act o Ley Antifusión, ya que permitía al Gobierno limitar aquellas fusiones o concentraciones que ponían en peligro el principio de libre competencia (Signes, 2013). Todas estas forman parte de la Ley Antitrust de los Estados Unidos o Ley de Competencia, la cual es una colección de leyes federales y de gobierno que regula la conducta de organizaciones y corporaciones, con el fin de promover de manera adecuada la libre competencia que beneficie de mejor manera a los consumidores, sus leyes más importantes son las mencionadas inicialmente, como también la Federal Trade Commission Act de 1914.

Es por esto que los Estados Unidos ha sido referido como el precursor de este tipo de Legislación y el lugar donde se dio origen al Derecho de la Competencia, tendencia que se expandió a nivel global, de manera tal que en la actualidad es realmente importante el establecimiento de políticas a favor de la competencia con el fin de brindar seguridad jurídica tanto a los empresarios de los Estados como también a inversionistas extranjeros.

1.3. Objetivos del derecho de la competencia.

Los objetivos y el fin último del Derecho de la Competencia han sido analizados por varios autores, y han sido la razón de regulaciones en la mayoría de los Estados industrializados del mundo; sus objetivos deben perseguir principalmente dos fines últimos, es decir deben tener como piedras angulares dos conceptos, por un lado la libertad de empresa y por el otro la libertad de competencia; los cuales se complementan generando el Derecho de la Competencia, para el cual sus principales objetivos son:

1.3.1. Protección del consumidor.

El consumidor es definido como aquel individuo que adquiere productos o utiliza los servicios que se le han ofrecido y que están a su alcance (Real Academia de la Lengua (RAE),2014). Es decir es un agente económico que posee necesidades, y que satisface la misma a través de su participación dentro del mercado, obteniendo un beneficio a cambio de un valor numerario; se puede enunciar que todas las personas llegamos a ser consumidores de un producto o servicio en determinado momento de nuestra vida, puesto

que desde las necesidades básicas para la supervivencia del ser humano como el agua, los alimentos, etc. se los obtiene a través de dicho intercambio económico.

A su vez, todos los consumidores poseen un conjunto de derechos establecidos en normas positivas, destinadas a protegerlos, otorgando una variedad de derechos y obligaciones. Es así que un gran número de Estados han promulgado leyes con el fin de defender a los consumidores, que son sus mismos ciudadanos, la necesidad de proteger a los individuos consumidores se manifiesta de mayor manera en las sociedades capitalistas, donde normalmente se deja de lado a la dignidad de la persona, a cambio de la libertad de producir y de recibir beneficios económicos a base de dicha actividad, por lo tanto a sido de extrema necesidad buscar una manera de precautelar los derecho de dichos compradores o usuarios. Zigmunt Bauman (2007) ya nos manifestaba que “el consumo es una condición permanente e inamovible de la vida y un aspecto inalienable de ésta... se trata de una función imprescindible para la supervivencia biológica”(p.43).

Por lo tanto podemos concluir que la Protección al Consumidor es el conjunto de normas, leyes e instituciones elaboradas con el fin de salvaguardar los derechos de los consumidores, en un mercado justo con competencia legítima y de prácticas adecuadas; protegiendo así sobretodo a las personas más vulnerables en el mercado. Es claro que el consumidor puede ser beneficiado, directa e indirectamente, a través del Derecho de la Competencia promoviendo un mercado competitivo, consistente y con gran eficiencia económica. En el Ecuador los consumidores no son solo protegidos por una normativa específica, sino que también esto se encuentra amparado en la misma Constitución de la República del Ecuador, por lo tanto es un derecho fundamental de todas las personas recibir un trato justo por parte de las empresas o productores de bienes y servicios.

1.3.2. Defensa de la competencia.

Los competidores dentro del mercado, más que ser un obstáculo cumplen un papel muy importante dentro de la economía y del desarrollo; habría que detenerse a analizar un momento que hubiese sucedido en el mundo si Henry Ford, o Steve Jobs nunca habrían tenido competencia en el mercado, tal vez no estaría realizando el presente trabajo en un dispositivo portátil que pesa menos de 3kg, o los automóviles en los que nos movilizamos en la actualidad no sobrepasarían los 80 Km/h; por lo tanto, es claro la importancia de los competidores en el desarrollo tecnológico, social y cultural; así como también en las

oportunidades de trabajo para que las personas obtengan réditos económicos gracias a sus actividades, y que los consumidores tengan una amplia gama de opciones al momento de utilizar cierto producto o servicio, de acuerdo a su calidad y precio. Esto no solo se enmarca en el derecho de dichos consumidores, sino en el de todas las personas, como se manifiesta en la Constitución de la República del Ecuador, de trabajar para este sea su fuente de realización personal y base de la economía.

Es por esto que ha sido de estricta necesidad de los Estados el fomentar una competencia justa en base a dicho derecho, como también al derecho de poseer condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, puesto que esto no solo se debe entender como el derecho al trabajo y condiciones de trabajo en relación de dependencia, sino en todo su contexto; pues al permitir un tipo de anarquía en el cual se deje al libre albedrío de los empresarios sus decisiones, es muy probable que las personas o empresas con mayor poder de mercado y grandes recursos económicos, se aprovechen de estos para eliminar a sus competidores y establecer monopolios, a través de diferentes prácticas restrictivas de la competencia.

1.3.3. Redistribución de la riqueza.

La Redistribución de la riqueza, dentro de la economía social de mercado se refiere a que no solamente la riqueza debe estar repartida dentro de la sociedad de manera equitativa sino también que el ser humano debe ser considerado como lo que es, y no como una herramienta de mercado para aumentar la riqueza de determinado grupo o empresa, redistribución que no es propia de ningún sistema político, pues tanto las dos líneas políticas más predominante como lo es el capitalismo y el socialismo, han demostrado que el fin que todos persiguen, de igualar la distribución de la riqueza con el fin de mejorar el nivel de vida de todos los ciudadanos; no han sido fructíferos, puesto que han fallado en dicha labor. Pues llegar al punto de equilibrio adecuado ha sido una misión casi imposible por parte de todos los gobiernos de los diferentes Estado. Es por esto que a través de la libre competencia y el respeto a los preceptos del Derecho de la competencia, se prevé que se logre una redistribución objetiva y equilibrada del capital.

Es por lo expuesto que gran parte de la sociedad está de acuerdo con la aplicación de políticas de regulación del mercado, en consideración que su visión ideológica es de un mundo justo con igualdad de oportunidades en el mercado, otorgándoles así bienestar

social a través del bienestar económico. Como lo manifiesta (Delos,1981) “El individuo tiene derecho de ser protegido a la vez contra sus iguales y contra los abusos de poder” (p.53). Siendo el Estado un agente pasivo y regulador del mercado, donde pone las reglas del juego claras para todos los actores mercantiles; con el fin proteger a los consumidores y pequeños productores. Parafraseando a Cevallos (2001), se puede esgrimir que esta disciplina del derecho tiene como objetivo asegurar la existencia de una competencia adecuada y procurar que cuando la misma ya se haya consolidado, permitirle perdurar en el tiempo, evitando ataques a la libre competencia o sancionando actos que la pongan en peligro de desaparición, y de tal manera asegurar de proveer bienes o servicios de calidad a los consumidores.

1.4. Principios reguladores del derecho de la competencia.

El Derecho de la Competencia, como toda rama del derecho tiene su base en varios principios reguladores que tienen como fin buscar el bienestar de las personas, sin importar la clase social o su participación en el mercado; es decir proteger a todos por igual en base a los siguientes principios (García-Cruces, 2014):

1.4.1. Principio de unidad del mercado.

Es fundamental para el desarrollo de la economía “la existencia de un mercado único en todo el territorio” (García-Cruces, 2014, p.15); ya que así se descentraliza los sistemas de producción y aumentan las plazas de trabajo a nivel no solo regional sino también nacional, y se aumentan las relaciones comerciales entre productores miembros del mismo Estado, como también el incremento de uso de productos de origen nacional, es decir producidos dentro del mismo país lo cual influye directamente en todos los nacionales de dicho Estado.

Prieto Álvarez (2002) nos dice que este principio “es un concepto integrado, conjunción del principio de unidad económica y del principio de mercado, y que en hipótesis, tal unidad económica puede lograrse tanto mediante políticas basadas en el mercado como mediante políticas planificadoras”; muchos autores han confundido el principio de unidad de mercado con el mercado único, como es el caso del mercado único europeo, sin embargo estos conceptos no deben mezclarse, como se ha clarificado anteriormente la unidad de mercado se refiere a la interacción de todo el mercado es decir productores y consumidores de manera conjunta, con libertad de participar en todo el mercado que este

dentro del territorio en el cual está permitido participar; en cambio, el mercado único se refiere a todos aquellos convenios o tratados entre Estados donde se permite la libre participación en el mercado de otras jurisdicciones otorgándoles a todos los mismo derechos y obligaciones, sin importar el lugar de establecimiento de los productores, y sin privilegios para productores de uno u otro Estado miembro de dicho Convenio, es decir es la piedra angular del mercado común.

1.4.2. Principio de igualdad de las personas.

Este principio esta inmerso en todos los derechos que poseen los seres humanos no solo a nivel nacional, sino a nivel global; puesto que desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos hasta la Constitución de la República del Ecuador, se reconoce que todas las personas deben ser tratadas como iguales, reconociéndoles a todos los mismo derechos y obligaciones incluso cuando se traten de actividades mercantiles; por lo tanto se puede decir que al ser la igualdad un principio regulador del Derecho en general, se lo entiende también como un principio inmerso en el Derecho de la Competencia.

Desde los tiempos de Aristóteles, ya nos manifestaba que la igualdad era un requisito necesario para la convivencia de las *polis*, es decir todos los ciudadanos tenían igualdad para participar en las decisiones que afecten su vida diaria, como lo manifiesta Castañé López (2013) “La interacción de la libertad y la igualdad en Aristóteles parte de la idea de una libertad limitada por la misma igualdad de las polis”, en este caso nos hace referencia a la necesidad de la libertad de los seres humanos para tomar sus decisiones, pero esta es condicionada por la igualdad de derechos que gozan los demás, por lo tanto somos libres hasta el punto de respetar la igualdad de los demás. Bobbio (1991) nos dice que el ser humano tiene el deber de buscar la igualdad con el fin de no solo mejorar los resultados de la convivencia armónica, sino también por el fin moral de la justicia; es así que podemos afirmar que la búsqueda de la igualdad dentro del Derecho de la Competencia se basa en dar igualdad de oportunidades a todos los productores y ofertante de bienes y servicios, con el fin de que su participación en el mercado sea justa, con las mismas oportunidades tanto las pequeñas y medianas empresas, al igual que las grandes empresas.

Al respecto, García Cruces (2014), ha opinado que:

La igualdad de traduce en el ámbito de la economía... significa que rigen las mismas condiciones básicas para el ejercicio de la actividad económica en todo el mercado nacional. La igualdad implica en este ámbito que las condiciones establecidas para poder participar en el mercado se establecen con carácter general aplicable a todos los que deseen ejercer una actividad económica, esto es, las exigencias para acceder al mercado rigen para todos de la misma manera y en el mismo sentido también deben establecerse normas generales aplicables a todos os que participan en el mercado para las actividades dentro del mismo.(p.15)

Como se ha podido concluir a lo largo de la historia todas las personas somos iguales ante la ley, y es por esto que al tratar de empresas hablamos de igualdad entre todas las personas jurídicas, ya que detrás de esta se encuentran personas que gozan de todos los derechos reconocidos en la jurisdicción, y por lo tanto el Estado debe garantizar el goce de dichos derechos, puesto que se estaría atentando sobretodo a los derechos económicos de las personas, de participar en un mercado justo, con igualdad de oportunidades con el fin de conseguir beneficios económicos y perseguir la satisfacción de sus necesidades básicas necesarias para su subsistencia.

1.4.3. Principio de libertad de empresa.

La acertada acepción del Dr. Víctor Cevallos (2001) define a la empresa como:

La organización de los factores de la producción, movida por la idea organizadora del empresario y puede ser una persona natural o jurídica y en este último caso, pública o privada cuyas actividades se desarrollan o ejecutan con plena libertad e independencia económica.(p.17)

El principio de Libre empresa está relacionado estrechamente con la libertad económica del ser humano para realizar sus actividades dentro del mercado. La Libre Empresa debe ser entendida como aquella facultad de las personas para participar en el mercado sin coerción o limitaciones por parte de otros o intervencionismos estatales. De acuerdo a la teoría racionalista de la libertad individual, el mercado debe ser libre para que se de su funcionamiento sin intervenciones, dando así con un mercado de competencia perfecta donde todos los participantes del mismo logran beneficiarse.

El presente tema es muy delicado, ya que existen diferentes teorías por un lado más liberales y pertenecientes a una ideología capitalista, donde se establece que el mercado debe regularse solo y por sí mismo, permitiendo a los agentes económicos participar de manera libre sin restricciones, ya que serían los propios consumidores quienes regulen el mercado, al adquirir ciertos bienes o servicios de acuerdo a las opciones que se encuentren en el mercado y que satisfagan de mejor manera sus necesidades. Aquí es donde entra la libertad económica, idealizada por Adam Smith (1776), quien en su obra “Una Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la riqueza de las Naciones” nos describe como el mercado libre sin intervenciones estatales o de entes reguladores, se desempeña de manera óptima debido a la existencia de una “mano invisible”, que guía o “empuja” el mercado a su orden natural, es decir al ejercicio económico libre que nos lleva al bien común; pero la historia de la humanidad nos ha demostrado que es necesaria la existencia de normas mínimas para el ejercicio económico, caso contrario se dejaría en un estado de indefensión a los productores más vulnerables del mercado, dando así cabida a monopolios y demás estructuras de mercado que no cumplan con su objetivo principal que es el de buscar el bien común para toda la sociedad, no para pequeños grupos de poder.

Por tanto el Principio de libertad de empresa, no debe ser entendido como el espacio donde se deja al libre albedrío las actividades mercantiles, donde claramente sobrevivirán solo las grandes empresas; sino, como aquel principio fundamental de la necesidad de una economía de mercado, en donde las empresas sean libres de constituirse en los negocios que les parezcan adecuados, sin limitaciones, fijando los objetivos que deseen y tengan la opción de participar en el mercado ofertando cualquier tipo de bien o servicio que sea lícito, y esto a su vez beneficiando a los consumidores al darles una mayor gama de opciones a elegir (García-Cruces, 2014). Permitiendo la libre creación de empresas, escogiendo el tipo o modelo jurídico que se adapte de mejor manera a la misma, ejerciendo su labor de manera libre y facilitando la conclusión de las mismas actividades con facilidad.

1.4.4. Principio de libre competencia.

La libre competencia es uno de los principios más importantes dentro del Derecho de la Competencia, cuando existe un mercado que se rige por los principios analizados anteriormente, conducentemente permite la existencia de un mercado regido en la libre competencia. Lo que se refiere a un mercado en el cual todos los ofertantes pueden

participar de manera libre, es decir sin la existencia de obstáculos por parte de otros agentes, es decir un espacio donde los operadores económicos pueden participar económicamente, realizando las ofertas de sus productos, ya sean estos bienes o servicios, de la manera que consideran más adecuada con el objetivo de captar clientela, es decir aumentar su participación en el mercado. Sin embargo, considero necesario acotar, que la manera de captar compradores o usuarios, deben ser no solamente lícitas, es decir estar dentro de lo permitido por la ley; sino que también deben ser legítimas, con el fin de que puedan coexistir los competidores, en igualdad de condiciones, sin preferencias para uno u otro agente económico.

El fin principal perseguido por este principio es el de impulsar a los productores a mejorar sus productos con el fin de que la competencia no acabe con los mismos, y de igual manera buscar métodos a través de los cuales, se producen bienes o servicios de altísima calidad, tratando de ofertarlo con el menor precio posible, por lo tanto podemos esgrimir que la competencia ayuda a los agentes económicos a mejorar sus productos y reduciendo costos, beneficiando principalmente a los consumidores, que son la razón de ser de dichos productores, ya que sin estos el mercado económico como lo conocemos hoy no sería el mismo.

Los operadores mercantiles, son susceptibles que realizar acuerdos o acciones que vulneren a la libre competencia, constituyendo así monopolios por ejemplo, eliminando a aquellos competidores directos que ponen en peligro la hegemonía económica; es decir el mercado tiende a actuar a través de convenios, apartando a los agentes que ejercen competencia, que pone en peligro no solo la estabilidad y solidez de la persona jurídica, sino también transgrede los derechos económicos de las personas naturales detrás de estas, contraviniendo así claramente contra derechos constitucionales (García-Cruces, 2014). Por lo tanto debido a la persuasión económica que ejercen estos convenios fraudulentos y los frutos que pueden generar a sus negocios, es primordial para un correcto funcionamiento del mercado, legislar de manera clara y precisa, a través de leyes de competencias o “anti-trust”, imposibilitando prácticas restrictivas y de abuso de poder por parte de los agentes económicos, defendiendo el derecho de competir en el mercado libremente, con igualdad de derechos y en equidad de condiciones para su participación; es una defensa obligatoria a la libertad de empresa cuando esta se encuentre amenazada.

En conclusión, la defensa a la libre competencia en el mercado debe ser normado por los Estados, en defensa a los derechos económicos de los ciudadanos, previniendo, impidiendo y hasta sancionando actos o circunstancias que dificulten el desarrollo de la competencia en el mercado, defendiendo así a los empresarios.

1.5. Bases económicas del derecho de la competencia.

La regulación del Derecho de la Competencia y sus bases fundamentales no han sido concebidas en base a criterios subjetivos u opiniones conjuntas de criterios de autores, sino que ha sido establecido como una rama del Derecho que se relaciona estrechamente con Derechos Humanos básicos, así como también con el Derecho Económico y con la economía en general, es por esto que en la actualidad se ha visto la necesidad de congregar los conocimientos del Derechos con los conocimientos económicos, para por un lado entender el mercado y su funcionamiento, y de la misma manera comprender la estructura del mercado y como esta se divide en monopolios, oligopolios, y tipos de competencia; como lo expresa Signes (2013) “En su conjunto, la teoría económica nos ofrece una base de orientación indispensable para dilucidar qué es lo que, en definitiva, las normas que componen el régimen de competencia han de estar orientadas a evitar y proteger” (p.53).

Actualmente, gran parte de los Estados, incluyendo el Ecuador han optado por realizar primeramente análisis económicos, con el fin de regular de mejor manera las relaciones mercantiles, la libre competencia y el poder de mercado; puesto que la aplicación de métodos económicos facilitan la determinación de acciones que atentan contra la competencia económica; además ayuda a la autoridad pública o reguladora a evitar la toma de decisiones que vayan en contra de la libertad de mercado. Es decir contribuye con el poder estatal para evitar la impunidad de prácticas restrictivas de la competencia, y por otro lado delimitar hasta donde pueden llegar sus regulaciones, hasta el punto que se conserve la esencia misma del mercado libre, donde el Estado no participa de manera autoritaria, sino como un ente observador-regulador.

1.5.1. Fundamentos de la teoría económica del derecho de la competencia.

El mercado se lo ha podido definir como el espacio donde concurren tanto productores o ofertantes, y consumidores o demandantes; y se adquieren bienes o servicios con el fin de satisfacer ciertas necesidades que tiene el ser humano.

Carlos Sabino (1991) precisa que el mercado:

Es el contexto dentro del cual toma lugar la compra y venta de mercancías, o donde se encuentran quienes demandan bienes y servicios con quienes los ofrecen; conjunto de interacciones humanas que, si bien tienen algún punto espacial de referencia, no deben por fuerza limitarse a un lugar determinado. El mercado se concibe como un contexto donde se encuentran quienes ofrecen y quienes demandan mercancías: de allí que la oferta y la demanda sean las dos fuerzas que intervienen en el mismo para determinar el precio al que las mercancías se intercambian.(p.198)

Por lo tanto ya definido lo que es el mercado, la economía ha tratado a lo largo de la historia tratar de comprender su comportamiento y predecirlo. Y se ha concluido que este se rige gracias a la oferta y la demanda, que como lo dice Sabino, son las dos fuerzas que imponen el camino por donde se guía. Es decir las relaciones comerciales dependen de las ofertas en dichos mercados, y las cantidades demandadas a determinados bienes o servicios. También es necesario destacar que el comportamiento del mercado y la conducta de los consumidores obedece a los costos y beneficios que les conllevan dichos productos, que son considerados incentivos para la producción y el consumo.

De tal forma que, luego de lo expuesto podemos discernir que el mercado se guía en base a cuatro factores importantes:

- Productores,
- Consumidores,
- Oferta, y;
- Demanda.

Los productores, como su nombre lo indica son aquellas personas naturales o jurídicas que son las encargadas de fabricar u ofrecer todos los bienes o servicios que se encuentran en el mercado común. Estos operadores mercantiles son los gestores de la oferta es decir, aquellos quienes disponen un número determinados de bienes o servicios al alcance de los consumidores. El precio es el principal factor o variable que influye en la oferta, la ley de la oferta nos menciona que cuando el precio de un producto sube, lo hace también la oferta e inversamente cuando el precio baja la cantidad también se reduce; y la curva de la oferta del mercado se la llega a calcular a través de las ofertas individuales que existen en el mercado. La

oferta también puede modificarse por otros factores como el surgimiento de tecnología o incluso el aumento o disminución de la competencia en un mismo mercado, puesto que ha mayor cantidad de ofertantes, mayor es mi competencia y por tanto los esfuerzos para obtener consumidores deben ser mayores.

Por otro lado están los consumidores, aquellas personas que acuden al mercado común con el fin de obtener bienes o servicios que se adecuen a sus necesidades y las necesidades, como también que cumplan con ciertos requisitos, los consumidores evalúan los productos no solamente por los beneficios sino también por el precios; los mencionados consumidores influyen directamente en la demanda, la cual es definida como “La cantidad de un producto que los consumidores están dispuestos a comprar al precio del mercado.” (Fischer de la Vega, 2011, p.146).

Por tanto se puede puntualizar que el mercado depende de los productores quienes ofertan los bienes y servicios en el mercado común; sin embargo, el miembro más importante son los consumidores quienes demandan los productos que necesitan y que sus adquisiciones se guían principalmente en el precio.

1.5.2. Estructura de mercado.

El mercado y la participación está condicionada por el número de participantes en el mismo, es decir por como se estructura o se forma el mismo, Signes (2013) se refiere a dicha estructura y nos menciona que las decisiones tomadas por parte de las empresas y los consumidores, dependen de la cantidad de competidores existentes; y la competencia puede existir o no, por lo tanto la doctrina ha optado por establecer diferentes tipos de estructuras o agrupaciones de mercado.

1.5.2.1. Competencia perfecta.

La competencia perfecta es el ideal de todo mercado, que beneficia tanto a consumidores como productores, es la meta a la cual pretender llegar los Estados a través de sus legislaciones a favor de la competencia, así como la Comunidad Internacional busca con el fin de respetar y garantizar los derechos económicos de las personas. Para Signes de Mesa (2013) el mercado es perfectamente competitivo cuando comercializan dentro del mismo un sinnúmero de compradores y vendedores, y debido a la gran cantidad de competidores las acciones positivas o negativas no influyen de sobremanera en el resto del mercado y sobretodo

en los precios; y así mismo, existirán igualdad de oportunidades para todos los operadores económicos, y las prácticas realizadas en este serán legalmente aceptables.

Las condiciones teóricas de dicha competencia perfecta son realmente restrictivas y en la práctica nos encontramos más habitualmente con mercados de competencia imperfecta... En una estructura de mercado de competencia perfecta las empresas no obtienen más que el rendimiento que retribuye al productor por sus costes de oportunidad, es decir, obtiene un beneficio económico nulo. (Alonso y Rosell, 2015, 112)

Entonces podemos concluir que la competencia perfecta, es aquel tipo de mercado en el cual participan en igualdad de condiciones una gran cantidad de productores y consumidores; dando como resultado un mercado amplio con infinidad de opciones para los compradores, y evitando que existan prácticas que atenten contra la libre competencia, favoreciendo a los consumidores y con estabilidad de precios para los productos ofertados.

1.5.2.2. Competencia imperfecta.

La competencia imperfecta, como su nombre lo define es lo contrario a la competencia perfecta analizada anteriormente, es decir es un mercado en el cual los competidores o productores tienen poder en el mercado, donde pueden influir en precios y/o comportamiento de los compradores, ya sea a través de acciones legítimas o prácticas fraudulentas.

Por esto, la competencia imperfecta es aquella que se encuentra presente en la mayor parte de jurisdicciones, debido al aprovechamiento por parte de grandes empresas o monopolios que se han hecho con el poder de mercado sobre distintos territorios o productos, por lo cual las pequeñas y medianas empresas se vuelven vulnerables y les es muy complicado competir contra aquellos que ya se han consolidado en el mercado, de manera tal que a través de precios predatorios, acuerdos colusorios y demás prácticas desleales; que tienen como fin acabar con la competencia y prevalecer su poder de mercado.

Signes de Mesa (2013) nos habla de la competencia imperfecta y señala que:

“Es una situación de mercado en la que los vendedores o empresas que compiten en él tienen cierto control sobre el precio en el mercado. Además, en este tipo de mercados, existe información incompleta y comportamiento emocional de compra... Los vendedores pueden controlar en alguna medida el precio de su producto” (p.64).

Es decir, la competencia imperfecta es aquella situación del mercado en la cual uno o unos pocos operadores económicos manipulan las condiciones de los productos, como precio, cantidad ofertada, etc; afectando directamente el resto del mercado gracias al poder que tienen en el mismo. Afectando a la competencia y con consecuencias negativas para el mercado, dando como resultado una afectación directa al bienestar de los consumidores y de la pequeña competencia. Es debido a la existencia de este tipo de competencia que los gobiernos de los Estados han optado por establecer diferentes políticas y normas a favor de la competencia.

1.5.2.3. Monopolios.

Monopolio proviene del griego “*monos*” uno y “*polein*” vender, un solo vendedor en el mercado. Cabanellas (2006), entiende por monopolio:

Venta que hace uno solo, con exclusión de los demás. Constituye, pues, el tráfico abusivo y odioso por el cual un particular o una compañía vende con carácter exclusivo mercaderías que, entregadas al libre comercio, reducirían su precio, aumentarían su calidad por efecto de una sana competencia y beneficiarían a mayor número de personas.(p.258)

Entonces Monopolio es aquella situación o condición del mercado en la cual un solo productor-vendedor posee el control absoluto y el poder de mercado respecto a un producto, es decir es el único agente económico que oferta determinado bien o servicio.

Los monopolios se han venido evidenciando desde hace ya varios siglos, en el siglo 7 a.C. por ejemplo la sal se encontraba bajo el poder del monopolio del gobierno chino, la cual fue usada como una de sus principales fuentes de ingreso a lo largo de la historia, hasta que esto tuvo fin en el año 2014. (Hornby, 2014). Compañías como AT&T tuvieron el monopolio sobre la comunicación al ser los únicos proveedores de telegrama o telefonía a mediados del siglo XX; y así, se pueden encontrar diversos casos en los cuales compañías o empresas han obtenido grandes ganancias gracias a sus prácticas monopolísticas, a tal punto que han generado fortunas de miles de millones de dólares, como es el caso de John D. Rockefeller, quien monopolizó la extracción petrolera con su compañía Standard Oil, quien llegó a ser la persona más acaudalada de la historia según la revista Fortune o el New York Times.

Para que se pueda configurar la existencia de un monopolio es necesario que no existan competidores de productos iguales o similares, los cuales puedan reemplazar el producido por

la empresa, es decir ser la única opción que existe en el mercado para ser adquirida por el consumidor; por lo tanto al no existir competencia el productor tiene un gran poder de mercado, y la entera potestad de definir la cantidad producida del producto, la oferta, el precio, entre otros.

Los monopolios pueden llegar a formarse debido a la falta de existencia de competidores, esto muchas veces suele ocurrir debido a que los costes de producción de cierto bien o servicio son demasiado altos, por lo cual no existe la posibilidad de cualquier persona para entrar en el mercado. Por otro lado existen también otras maneras de que dichos monopolios se conformen, esto puede ser a través de *Trusts* término anglosajón que se refiere a un conjunto de empresas las cuales se hayan controladas por las decisiones de una tercera empresa o compañía, es decir varias empresas poseen una sola dirección. El trust para Casillas (1996) es en conclusión un negocio mercantil en el cual una sociedad administra bienes que no son propios, con el fin de beneficiar a un tercero. Además, existe otro mecanismos de conformación de monopolios como los *Cárteles*, entendiéndose los mismo como aquellos acuerdos o convenios que realizan dos o más productores que ofertan bienes o servicios similares, o que dependen uno del otro; con el fin de acabar con otro competidor en determinado mercado; y están dirigidos a controlar la producción y distribución de los productos, abusando así de su poder de mercado. Este es un caso sui generis de monopolio debido a que si bien no existe un solo productor u ofertante, las ganancias se las percibe como uno solo, ya que las sociedades se dividen sus ganancias (Saldaña, 1981), entonces el Cártel “si bien es cierto que no se puede categorizar como un tipo de monopolio es menester mencionarlo ya que quizás es la forma de asociación monopolista más conocida” (Obando, 2015, p.5).

Wikter (2000) refiere que los monopolios pueden ser como de tipo puro, natural, artificial y legal; entendiéndose el primero como aquel que existe cuando una sola empresa ofrece determinado bien o servicio en el mercado, es muy difícil que se dé en situaciones reales de mercado. El segundo, el monopolio natural que se forma debido a que por su situación económica o de producción es muy difícil que existan dos productores u ofertantes del mismo servicio, se da cuando gracias a las condiciones de una empresa puede producir determinado producto u ofertar un bien o servicio a menor coste que cualquier otra empresa, debido a sus posibilidades económicas y tecnológicas.. El tercero en cambio es el que se forma en base a acuerdos para restringir la competencia con el fin de generar mayor ganancia, los cuales se pueden crear de acuerdo al autor en base a cuatro métodos que son:

- **Monopolización o Abuso de Posición Dominante:** Se refiere a la capacidad de los operadores económicos de participar en el mercado de manera independiente, sin la necesidad o la dependencia de otros operadores, ya sean estos competidores, compradores, proveedores o cualquier otro segmento del mercado, que son necesarios para un desempeño óptimo. Cabanellas (2006) lo define como “la superioridad, potestad o facultad legítima de una persona sobre otra” (p.135) debe entenderse en el presente caso a persona como persona jurídica o empresa que participa en el mercado. Bolaño Berh (2000), se refiere a la posición de dominio a la acción donde:

Pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, desarrollo tecnológicos o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución.(p.3)

Por lo tanto, podemos deducir que la posición de dominio se refiere a aquella noción jurídica, que manifiesta la fortaleza de índole económica de uno o varios agentes económicos, que puede actuar independientemente de las acciones de sus competidores o clientes. Al igual que en el poder de mercado, las empresas pueden también ejercer acciones de abuso de posición de dominio, lo cual es una infracción clara contra el Derecho de la competencia cuyo resultado es el aprovechamiento de la dominación del mercado afectando de manera directa a la competencia y a los consumidores al igual que en el abuso de poder de mercado

- **Acuerdos Horizontales:** Como su nombre lo indica los acuerdos horizontales son aquellos convenios que pueden llegar a realizar dos o más competidores reales, o que pueden llegar a serlo, y que se encuentran en el mismo nivel de poder es decir el uno es independiente del otro. Estos se pueden dar mediante el reparto del mercado, de clientes o limitaciones de producción. Para la doctrina este tipo de acuerdos son siempre nocivos y nunca van a beneficiar ni a la competencia, y peor aún a los consumidores. Posner (2007) expresa que al prohibir estos “podría ser capaz de impedir el surgimiento de un oligopolio tan cerrado que se vuelva factible la colusión puramente tácita” (p.471).

- **Acuerdos Verticales:** Por otro lado se encuentran los acuerdos verticales, que pueden darse tanto entre empresas totalmente independientes como dentro de la misma empresa. Estas prácticas son más comunes y mayormente aceptadas, ya que en algunas situaciones

pueden ser utilizadas como métodos procompetitivos, sin embargo para que se den los mismo y sean aceptados por los órganos estatales de control deben cumplir ciertos parámetros o requisitos, con el fin de precautelar que el uso de los mismos no tengan como fin perjudicar a uno o más competidores.

- **Concentraciones, fusiones y adquisiciones:** La Doctrina también nos habla de las fusiones como medios para constituir o consolidar un monopolio, a través de la unión de dos personas jurídicas ya sea esta por absorción, es decir una compañía absorbe todos los derechos y obligaciones de otra haciéndola desaparecer; o fusión simple, que es cuando dos compañías se extinguen para conformar una nueva. Es por esto que las fusiones deben ser analizadas y reguladas por los organismos de control, debido a que su realización puede llevar a la constitución de monopolios donde se evita la existencia de la competencia en un mercado, y que como ya se lo ha analizado esto afecta principalmente a los consumidores.

Por último, el monopolio legal es aquel que se crea por mandato de la ley, puesto que se establece en base a una disposición de la administración pública, normalmente se encuentran relacionados con los derechos exclusivos que otorgan los Estado, también conocidas como concesiones. La entrada de la competencia se encuentra restringida por la administración estatal.

1.5.2.4. Oligopolios.

Los Oligopolios provienen del idioma griego, y se refiere literalmente a pocos vendedores, para Signes de Mesa (2013) los oligopolios se refieren a:

Aquellos mercados en los que operan un número reducido de productores que ofrecen bienes y/o servicios similares o idénticos. Los oligopolios se encuentran así entre el escenario de la competencia perfecta y el escenario del monopolio. En ocasiones algunas de las empresas participantes en un mercado oligopolístico pueden tener una cuota de mercado tan amplia que le puede resultar rentable reducir la oferta en el mercado y aumentar los precios de manera muy similar a como lo haría un monopolista... Los resultados económicos dependen en buena manera del comportamiento agregado de las empresas que operan en él... La fuerza de esta "interdependencia", más que la talla de cada una de estas empresas o su número total, es la clave para determinar la existencia de un comportamiento oligopolístico.(p.66)

Entonces podemos concluir que el oligopolio es aquel tipo de mercado el cual es dominado por un pequeño número de productores o vendedores (oligopolistas), los cuales pueden darse como resultado de diversas prácticas que reducen la competencia, y permiten obtener mayores ganancias para los productores; y al existir menos productores, las empresas se relacionan más ya que cualquier decisión tomada por un oligopolista afecta de manera directa al otro, por lo tanto se podría concluir que el mercado y su comportamiento, así como la oferta de determinado bien o servicio depende enteramente de los mismos.

1.6. El poder de mercado, un dominio sobre la estructura mercantil.

Anteriormente ya se ha mencionado que para hablar de una estructura de mercado y sus diferentes tipos se necesita cierto poder de mercado, es por eso que es necesario analizar detenidamente a que se refiere que ciertos productores tengan menos o mayor poder de mercado y como influye esto en el comportamiento de dicho mercado.

Poder de Mercado de acuerdo a la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado (2011) de la legislación ecuatoriana se refiere a “La capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva”; el tener poder de mercado implica gran responsabilidad para los agentes económicos ya que los mismos pueden abusar de este y dando así como resultado prácticas anticompetitivas, que los Estados están obligados a proteger, ya que existe el bien jurídico de competencia económica que debe respetarse para todos los productores y compradores del mercado. No es en sí el poder de mercado de las empresas el que afecta a la competencia o al bienestar general de los ciudadanos, sin embargo las maneras de obtener este o las prácticas con el fin de aumentar el poder que se posee sobre determinado mercado son las que muchas veces atentan contra los principios básicos del Derecho de la Competencia y a los derechos tanto de consumidores como de los competidores en el mercado. Es necesario también señalar que existen varios criterios o factores que deben ser tomados en cuenta para analizar el poder de mercado de una empresa, y que al determinar el mismo se debe prevalecer la competencia leal y evitar su abuso, el cual consiste en la infracción a la libre competencia utilizando dicha capacidad de influir en el mercado con el fin de obtener mayores ganancias, perjudicando a los competidores, lo cual en el Ecuador ya ha sido regulado, y debe analizarse su cumplimiento cabal.

Sin embargo, es importante puntualizar que el poder de mercado o el poseer posición de dominio no siempre es malo, puesto que esta situación puede haber sido obtenida mediante acciones legales y legítimas, por ejemplo el atraer a mayor número de clientes por la excelencia del servicio prestado, pero este poder de mercado debe ser cautelosamente utilizado con el fin de no perjudicar a otros. El problema radica en la situación de abuso de dicho poder de mercado que primeramente no ha sido obtenido de una manera legítima y que, al poseer este se saca provecho del mismo con el fin de eliminar la competencia, aumentar las ganancias y no permitir que otros operadores económicos se arrebaten dicho poder con el fin de tener un monopolio consolidado.

CAPITULO II
LOS DERECHOS ECONOMICOS Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ECUADOR

2.1. Derechos económicos y su relación con el derecho de la competencia.

Las personas en general, sin importar la condición, raza, situación económico o cultural, etc. Poseen una serie de derechos fundamentales los mismos que no son reconocidos solamente por las legislaciones internas de cada uno de los Estados, sino también en diversos instrumentos internacionales que reconocen los derechos humanos que poseen las personas y que los Estados deben garantizar su efectivo cumplimiento con el fin de otorgar un nivel de vida adecuado a cada uno de sus ciudadanos.

La doctrina y los organismos internacionales han optado por dividir a los derechos fundamentales o derechos humanos en derechos de varias generaciones. En la primera generación encontramos los derechos civiles y políticos, basados principalmente en la igualdad ante la ley de todas las personas y de las facultades que poseen las mismas de participar en el poder político. Más adelante surgen los derechos de segunda generación, los cuales les prestaremos especial interés, estos son los derechos económicos, sociales y culturales; a partir de aquí surge el constitucionalismo y el Estado de derecho en aras de un cumplimiento efectivo de estos derechos de parte del Estado y de permitir el pleno goce de los mismos. Le se prestará especial atención al apartado que se refiere a los derecho económicos en sí.

Los derechos económicos se los puede entender como aquel conjunto de derechos fundamentales que poseen los seres humanos, y que tienes como fin el de permitir a las personas disfrutar su vida en el ámbito económico, con el objetivo de que puedan acceder a bienes, poseerlos y así mismo desarrollarse de manera económica, entendiéndose esto como la facultad y necesidad de mejorar su situación económica para así poder satisfacer todas sus necesidades y tener un nivel de vida alto. Estos derechos económicos fueron reconocidos desde un inicio en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) su artículo 22 establece “la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.” Por otro lado, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y además, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales también conocido como Protocolo de San Salvador; hablan respectivamente sobre los derechos económicos. A continuación hablaremos sobre uno los derechos económicos más reconocido, el derecho al trabajo, dentro de este derecho se reconoce la igualdad de salario, la oportunidad de elegir libremente su trabajo, el derecho a una remuneración, entre otros. Considerando el

trabajo como un derecho económico fundamental para el desarrollo del individuo y también como un deber social que poseen las personas. Por tanto, si todos los mencionados instrumentos reconocen la importancia del derechos al trabajo ¿Cómo puede permitirse que a través de prácticas restrictivas al derecho de la competencia se limite este derecho?

El derecho al trabajo es un deber y un derecho de todas las personas, las prácticas en contra del derecho de la competencia se dirigen directamente a transgredir este derecho fundamental de las personas, pues al permitir que se limite el ejercicio normal de la competencia dentro del mercado, se esta limitando la facultad de una o varias personas de ejercer su derecho al trabajo. Es por esto que los Estado tienen la obligación a través de sus organismos administrativos o jurisdiccionales impedir que se limite la competencia y el derecho al trabajo de sus ciudadanos, y fomentar una participación legítima en el mercado para que las personas desarrollen libremente sus actividades económicas, sin perjudicar los derechos económicos de los demás.

Por otro lado, existen otros derechos diferentes a la económicos que las prácticas en contra de la competencia pueden transgredir, los derechos de los consumidores que si bien no han sido catalogados como derecho económicos pero su afectación influyen directamente sobre los factores económicos de las personas. La doctrina de los últimos años a través del estudio generacional de los derechos, a sugerido la existencia de una derechos de tercera generación, denominados derechos de solidaridad entre los cuales encontramos el derecho al desarrollo económico y el derecho de los consumidores (González, s.f.). Por esto, podemos concluir que al quebrantarse el derecho de la competencia, no se vulneran solo los derechos de los competidores directos, sino que también se perjudican a los consumidores; pues como ya se ha mencionada con anterioridad los objetivos de este derecho no es solo defender a los competidores y su derechos al trabajo y libertad de empresa; sino también se busca la defensa del consumidor, pues al tener una empresa un control del mercado ilegítimo, esta puede incurrir en acciones que perjudiquen a la clientela y por tanto a la economía de los mismo.

Es por todo lo mencionado, que es necesario analizar cuales son las prácticas restrictivas a la competencia en las que pueden incurrir los agentes económicos, con el objetivo de tener claro dichas actitudes y prevenir las mismas, y de esta manera que no se vulneren los derechos económicos de los operadores económicos que ejercen la competencia en el mercado, y los derechos de los consumidores. Derechos económicos reconocidos en el Ecuador no solo en

base al derecho internacional, sino también a su legislación interna donde reconoce los derechos económicos como derechos de igual importancia que el resto grupo de derechos o derechos de otras generaciones, no se puede permitir que operadores económicos, como TAME EP, al ser un agente económico estatal que participa en el mercado nacional vulneren derechos de ninguna índole, menos aún económicos; pues al vulnerar los mismos se falsea el correcto funcionamiento del mercado y la competencia, y sería una entidad económica del ámbito público, una de las principales violadoras de derechos económicos fundamentales no solo de los contendientes del mercado, sino también se pueden violentar los derechos económicos de los consumidores, que son las personas más importantes dentro del mercado, ya que sin la existencia de estos la existencia del mercado sería irrealizable.

2.2. Prácticas restrictivas al derecho de la competencia.

El derecho de la competencia puede estar sujeto a diversas restricciones, las cuales de acuerdo a la doctrina se ha establecido que pueden ser legales o ilegales, sin embargo estas no siempre serán justas, puesto que muchas veces los Estados que son los entes encargados de la regulación de las actividades económicas y por ende de la competencia, permiten que se transgredan los derechos principalmente de los empresarios pequeños y medianos; es decir, los grupos de poder y las grandes empresas suelen siempre salir beneficiados por ayudas estatales o por la falta de cumplimiento de las regulaciones que proporcionan los Estados. Es por esto que a continuación analizaremos las diferentes prácticas que de acuerdo a la doctrina están prohibidas o restringidas con el fin de que no se alteren los derechos de los competidores.

2.2.1. Prácticas de abuso de poder de mercado o abuso de la posición de dominio.

Para hablar de este tipo de restricciones a la competencia, primeramente se debe entender que el disfrutar una posición de dominio dentro de un determinado mercado no es por su naturaleza malo, puesto que muchas veces este poder de mercado o la posición de dominio de la empresa se ha obtenido mediante medios legítimos, y por lo tanto su posición ha sido conquistada gracias al esfuerzo y al trabajo responsable que se ha realizado. Sin embargo, de acuerdo a la doctrina la posición de dominio dentro de un mercado no es la ideal, puesto que primeramente no se cumpliría la competencia perfecta, que es el ideal de un mercado; y segundo, porque el poseer posición de dominio confiere a un operador económico la facultad de condicionar a la competencia en base a diferentes parámetros como el precio, la oferta o la calidad del servicio, perjudicando a los demás y en especial a los consumidores (Signes, 2013).

Para la doctrina y la jurisprudencia europea, existen tres requisitos básicos para determinar la existencia de posición de dominio en el mercado. Rodríguez, Aranda y Pastor (2013) afirman:

Una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tuviera en éste poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto.(p.175)

Es decir, la posición de dominio que puede poseer una empresa debe cumplir ciertos factores, con el fin de que se identifique la existencia de la misma, a través del poder económico o la aptitud para poder modificar el precio del producto sin que exista mayor repercusiones en la demanda por dicho producto, así como también la independencia de comportamiento al poder tomar decisiones sin la necesidad de consultar o someter a conversaciones con las entidades estatales, los competidores directos o los consumidores en general; es así que las reacciones de los competidores, distribuidores o consumidores no cobran importancia para el operador económico al producir modificaciones en el bien o servicio que distribuye. Es por esto que la posición de dominio debe ser vigilada cautelosamente por parte de los Estados, pues al tener un agente económico que puede tomar decisiones unilateralmente que lo beneficien económicamente se pone en riesgo no solamente el derecho de los consumidores y en un contexto más amplio el derecho de la competencia; sino también el funcionamiento adecuado de la economía de mercado, y la creación de un mercado de competencia imperfecta.

En este sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya se ha pronunciado respecto a la posición de dominio que posee una empresa dentro del mercado europeo, más concretamente en los casos *United Brands v. Comisión de las Comunidades Europeas*, *Hoffman-La Roche & Co. V. Comisión de las Comunidades Europeas*, entre otros este Tribunal ha expresado la necesidad de definir la posición de dominio, y a través de sus sentencias emblemáticas, se puede determinar que la misma debe ser entendida de la siguiente manera:

La posición de dominio afecta a una posición de potencia económica detentada por una empresa a la que le da el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva

en el mercado en cuestión, al proporcionarle la posibilidad de comportamiento independientes en una medida apreciable respecto de sus competidores, de sus clientes y, finalmente, de los consumidores.

Podemos dilucidar de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal que la posición de dominio debe ser entendida como la facultad o el poder que tiene un operador económico para poner obstáculos o entorpecer la existencia de competencia respecto a la misma, a través de modificaciones en el precio, calidad, oferta, distribución de insumos necesarios, etc. Sin embargo, debemos aclarar que la existencia de la posición de dominio por sí sola no es la que produce daño a los competidores, sino el abuso de dicha posición. Cevallos (2001) menciona un punto importante y dice que “la posición de dominio es lesiva porque puede imponer precios, limitar la producción y eliminar o limitar la competencia en perjuicio de los consumidores y usuarios de una comunidad” (p.40).

La posición de dominio de acuerdo a la doctrina y a jurisprudencia comunitaria, debe ser analizada en base a un conjunto de factores que, analizados individualmente no pueden demarcar un peligro para el derecho de la competencia, pero examinados en su conjunto nos pueden dar una base clara de la existencia o no del denominado dominio o poder de mercado; estos factores son los siguientes:

- **Barreras de entrada:** Son aquellas actuaciones por parte del operador económico o de una entidad controladora influenciada por dicho operador, donde impiden o entorpecen la entrada de un competidor en el mercado. Estas barreras pueden ser legales, ya sea esto por cuestiones de autorización administrativa, propiedad intelectual, etc; económicas; o por la fuerza de determinadas marcas, normalmente transnacionales.
- **Cuotas de mercado:** Por sí sola no corresponde posición de dominio por parte de la empresa y este análisis debe ser complementado, pero se refiere a la cantidad de clientes o consumidores que posee la misma lo cual va directamente relacionado con su volumen de ventad. Pero ¿Qué cantidad de poder o dominio dentro de un mercado debe poseer una empresa para aludir a esta como dominante en el mismo? Autores como Víctor Cevallos por ejemplo, en su obra “Libre Competencia, Derechos de Consumo y Contratos”, menciona que una empresa debe poseer al menos el 50% del mercado relevante o más para enfrascarse dentro de un agente económico con posición de dominio; sin embargo, jurisprudencia europea ya se ha manifestado al respecto, y ha declarado que en el caso de cuotas de mercado entre el

20 y 40% podría existir una posición de dominio; a partir del 40% hasta el 50% otorga indicios demostrativos de la posible existencia de la posición del dominio; y en el caso de que la cuota sobrepase el 50% claramente existe el dominio de dicho mercado por parte del operador económico. Empero, la determinación de la posición de dominio en base únicamente a la cuota de mercado es engañosa, Rodríguez, Aranda y Pastor (2013) han manifestado:

Una cuota que a priori parecería conceder poder de mercado, puede no ser determinante si el mercado, por ejemplo presenta una alta sustituibilidad de la oferta o tiene barreras de entrada significativamente bajas; por otra parte, una empresa con una cuota de mercado baja, podría tener un poder de mercado significativo si el segmento competitivo que enfrenta está constituido de muchas empresas pequeñas de limitada capacidad o si el mercado presenta altas barreras de entrada.(p.178)

Por tanto, el establecer el poder de mercado de una empresa únicamente en base a la cuota de mercado, sería caer en un análisis impreciso pues existen cuotas de mercado relativamente bajas que, sin embargo ostentan una posición de dominio; además debe entenderse que muchas veces la cuota de mercado también existe por la prestación de bienes y servicios de alta calidad y que por lo tanto dicha cuota ha sido obtenida de manera legítima en el mercado, lo cual no podría ser castigado.

- **Análisis de conducta:** Podemos entender por análisis de conducta como la facultad del operador económico de influir intensamente en las circunstancias o contextos en que la competencia se desenvuelve o cumple su actividad; dicho de otra manera, es la capacidad para influenciar mediante sus decisiones la conducta de los competidores.
- **Análisis de dependencia:** Este factor ha sido dejado de lado por la doctrina y las legislaciones extranjeras debido a que se refiere al vínculo en el que una parte es la contratante obligatoria de la otra, sin embargo, esto ya ha sido aceptado de acuerdo a criterios internacionales.

Por otro lado, la existencia de la posición de dominio se da en un mercado relevante afectado, es decir puede que una empresa posea poder sobre un mercado determinado, mientras que en otros no lo tenga; es por esto que para determinar la posición de dominio debemos primeramente realizar un análisis del mercado relevante o mercado de referencia y así determinar si el comportamiento del operador económico es abusivo. “El objetivo principal de la definición del mercado es determinar de manera sistemática las inmediatas presiones

competitivas, identificar, tanto en su producto como en la dimensión geográfica, todos los reales competidores de una empresa que son capaces de condicionar su comportamiento” (Rodríguez, Aranda y Pastor, 2013, p.182).

El mercado relevante puede ser determinado y distinguido en dos tipos:

- **Mercado Relevante de Producto:** Podemos entender por este tipo de mercado a aquel en el cual los productos y servicios ofrecidos por los operadores económicos son sustituibles o intercambiables con facilidad en razón al uso, precio o características de los mismos. Para analizar el mercado relevante, existen tres factores fundamentales para determinar el mismo que se pueden dividir en: sustituibilidad de la demanda, de la oferta y la competencia potencial (Loma Osorio, 2013). El primero de estos se refiere a la facilidad para que un producto pueda ser modificado en cuestión de calidad, precio o características; como también la facilidad de que la demanda se desplace hacia productos sustitutivos. La sustituibilidad de la oferta en cambio representa la capacidad de los fabricantes o proveedores de productos y servicios de variar la cantidad de bienes y servicios ofrecidos u ofertados. Por último, la competencia potencial constituye la posibilidad de imposibilitar una competencia real y así ejecutar su actividad de manera independiente en relación a los competidores y consumidores. En resumen, el mercado de producto se lo evalúa de acuerdo al producto o servicio y la sustitución del mismo en base al precio, uso, costos y posibilidades de sustitución.
- **Mercado Relevante Geográfico:** El mercado geográfico por su parte se refiere a aquella área geográfica donde se analizará la relevancia del operador económico y como un cambio significativo en los bienes o servicios ofertados pueden influir en el comportamiento de los consumidores de dicha zona delimitada geográficamente, así como también la igualdad de condiciones que se mantiene entre los diferentes competidores. Es decir, comprende la zona en donde los agentes económicos desarrollan sus actividades y las circunstancias son homogéneas para todos.

Ahora bien, como ya se había mencionado anteriormente, la mera existencia de posición de dominio en un mercado no es el problema que ha sido abordado por los autores y que restringe la existencia de un derecho de la competencia; sino el abuso del mismo en base a su poder de mercado, con el fin de falsear la competencia y de esta manera aumentar sus réditos económicos para favorecerse de esta posición dominante; por tanto, que se impida el abuso de

esta posición de dominio significa que el operador económico que posea poder de mercado tenga una responsabilidad adicional a sus competidores de no permitir que su gestión imposibilite la existencia de una competencia legítima, justa y positiva para el funcionamiento del mercado. Respecto al abuso de la posición dominante, Juan Signes de Mesa (2013) refiere a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea donde se ha definido de cierta manera el abuso, y señala que consistiría en aquellas prácticas realizadas por las empresas que gozan de poder de mercado apartándose de las reglas para la existencia que una competencia normal, es así que la definición del tribunal en la sentencia Hoffman-La Roche v. Comisión de las Comunidades Europeas, declara:

Se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia.(p.266)

En otras palabras, son las actuaciones o diligencias por parte de la empresa dominante para falsear la competencia existencia o impedir el desarrollo y crecimiento adecuado de la misma, mediante actos ilegales, ilegítimas e injustos; con el fin de impedir que su posición dominante prevalezca. Esta ilegitimidad, es de carácter netamente objetivo, puesto que las alegaciones respecto a la falta de intención o desconocimiento de los resultados dañosos, no justifican el cometimiento de actos perjudiciales contra la competencia. Es en el régimen de competencia europeo, donde encontramos varios dictámenes y resoluciones tanto del Tribunal como de la Comisión de las Comunidades Europeas, donde a la luz de su legislación se analizan los casos donde se puede sancionar a una empresa por el incumplimiento de los preceptos legales, mismos preceptos que sancionan los siguientes actos como abusivos de la posición de dominio: imposición directa o indirecta de precios, limitación de la producción o desarrollo en perjuicio de los consumidores, aplicación de condiciones desiguales a terceros contratantes, subordinar a los contratantes a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de los contratos. Lo que se intenta en base al derecho de la competencia impedir es que las empresas con posición de dominio en el mercado, no utilicen dicha posición con el fin de alterar la estructura del mercado para percibir mayor beneficio de

carácter económico. Es por esto, que el poseer posición de dominio, conlleva a las empresas dominantes a tener una responsabilidad especial, esta es la de mantener a través de su comportamiento condiciones que fomenten una competencia efectiva en el mercado; es de aquí de donde se derivan los beneficios de la competitividad de las empresas. Incluso, esta responsabilidad especial va más allá, y manifiesta que por la posición misma de dominio existen actos que serán prohibidos, pero que para los pequeños competidores serán posibles.

La posición de dominio y sus prácticas abusivas, para autores como Juan Signes de Mesa (2013) pueden incluso clasificarse en dos tipos: Conductas de explotación o abusos explotativos, que son aquellas predestinadas a obtener beneficio del mercado en base al poder de mercado; y las conductas de exclusión o abusos anticompetitivos, que en cambio son aquellas conductas dirigidas a perjudicar la estructura competitiva del mercado e imposibilitar su normal desenvolvimiento; la primera de estas se afecta directamente a los consumidores, mientras que la segunda a los competidores.

Tabla 1. Conductas de explotación y exclusión de las empresas dominantes.

Conductas de explotación	Conductas de exclusión
	Contratos exclusivos
	Primas de fidelidad y descuentos
Precios excesivos	Discriminación de precios
Limitación de la producción	Precios predatorios
Condiciones de transacción no equitativas	Denegación de suministros
	Compresión de márgenes
	Vinculación y venta por paquetes

Fuente: Signes (2013), Derecho de la Competencia

Elaboración: Camilo Mora

A continuación se procederá a analizar brevemente cada una de estas prácticas de abuso de posición de dominio que explotan económicamente a los consumidores o excluyen a través de su poder de mercado a sus competidores. Dentro de las conductas de explotación encontramos primeramente los precios excesivos, que no es más que la conducta por parte de los operadores económicos en donde, se imponen precios de venta desmesuradamente altos, aprovechándose de la posición dominante sobre dicho mercado, obteniendo a costa de los consumidores mayores beneficios; muchas veces este fenómeno se da en los mercados donde

se ostenta posición de dominio debido a que no existe otra empresa que oferte los mismos bienes o servicios es decir competidores, por lo cual se entiende que los precios excesivamente altos atraerían a nuevos ofertante por las grandes ganancias percibidas; sin embargo, existen casos donde por un exceso de barreras de entradas impuestas por la misma empresa, con el fin de ser la única ofertante de los productos o servicios no concurre la competencia; es en este último caso donde se configuraría el abuso de la posición de dominio por parte del operador económico. Otra conducta de explotación son las condiciones de transacción no equitativas, al respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso BRT y Société belge des auteurs, 1974; ha manifestado que se establece como “el hecho de que una empresa... que ocupa una posición dominante, imponga a sus socios compromisos que no son indispensables para la realización de su objeto social y que, por lo tanto, obstaculizan de forma no equitativa la libertad de un socio para ejercitar su derecho”; dicho de otra forma, las condiciones de transacción no equitativa se dan cuando un agente económico realiza transacciones abusando de su posición de dominio para que las mismas beneficien a sí mismos. Por último, constan las limitaciones por parte del operador económico que goza de poder de mercado o posición de dominio, donde aprovechándose de dicha posición limita su producción o la distribución de sus productos, ya sean estos bienes o servicios con el fin de que la demanda por parte de sus consumidores aumente, y de esta manera los precios puedan elevarse; este tipo de conductas son consideradas de explotación cuando por el ejercicio de su poder de mercado, limitan la producción sin una razón o causa legítima con el único objetivo de causar perjuicio a los consumidores.

Por otro lado, tenemos las conductas de exclusión entre las que encontramos los acuerdos de compra exclusiva que se refiere a aquellos acuerdos entre dos empresas donde la una se compromete con la otra a contratar todo o la mayoría de las necesidades con la otra, este acuerdo cuando se lleva a cabo entre dos agentes económicos “normales” no afecta al derecho de la competencia; no obstante, al realizar este tipo de acuerdos una empresa que goza de posición dominante está destinada a falsear la competencia, según la doctrina, “esta práctica es susceptible de afectar a la competencia en la medida que, puede dar como resultado el reforzamiento de su posición en el mercado, y por otro, impide que nuevos competidores consideren entrar en él”(Signes, 2013, p.252 y 253). Sin embargo no se considera la existencia de derechos por parte de las empresas que gozan de posición de dominio, pues al ser esta ganada de manera legítima, no deberían existir dichas restricciones por el simple hecho de

tener poder en un mercado relevante, pues se estarían vulnerando también el derecho de los agentes económicos de participar libremente y en igualdad de condiciones en el mercado.

La siguiente conducta son las primas de fidelidad y descuento, entendiéndose las mismas como las actividades a través de las cuales los operadores económicos que tienen una posición dominante inducen al cliente a que adquiera la mayoría o todas sus necesidades a una empresa en específico; en esencia se refiere a los casos donde los descuentos o rebajas ofrecidos se dan como contrapartida de la obligación del cliente a comprar una gran cantidad de productos a la empresa dominante, por ejemplo en el caso que Supermaxi ofrezca grandes descuentos solamente en el supuesto que el cliente compre una gran cantidad de productos Nestlé, caso contrario los descuentos no serán efectuados. Un sistema de descuentos mediante el cual se pretende reforzar la clientela se puede justificar de manera objetiva, sin embargo el uso indiscriminado de los mismos con el fin de aumentar el dominio en el mercado de una empresa en específico es considerado como un presupuesto a falsear la competencia y excluir del mercado a los pequeños productores. A continuación, tenemos la discriminación de precios que es la conducta de exclusión donde un ofertante aplica diferentes precios de venta a los consumidores sobre bienes o servicios iguales, o viceversa precios iguales por bienes o servicios diferentes; en otros términos se aplican precios diferentes en base a las condiciones de los consumidores, para que exista esta discriminación de precios se deben cumplir cuatro condiciones que son: condiciones desiguales, prestaciones equivalentes, terceros contratantes y desventaja comparativa.

En lo que se refiere a los precios predatorios, se puede considerar una de las prácticas más controvertida y que mayor daño pueden causar a la competencia, además de su dificultad de aplicación debido al grave riesgo que corre la empresa que lo aplica; no es más que la actuación por parte de la empresa con posición de dominio, donde abusando de esta incurre premeditada y voluntariamente en pérdidas o renuncia a beneficios en corto plazo, aplicando precios de venta inferiores al precio de coste de sus productos; esta actuación está dirigida a acabar directamente con la competencia y puede ser realizada únicamente por empresas dominantes con cuotas de mercado altas y que pueden efectuar su actividad incluso cuando tienen varios meses con pérdidas en sus haberes. Pero la conducta de los precios predatorios va más allá de la sola eliminación de la competencia, sino que luego de haber obtenido esto eleva sus precios más allá de sus precios anteriores, esto con el fin de recuperar las pérdidas mientras existía esa lucha con los competidores. Lo controvertido de esta conducta, es que

muchas veces resulta complicado determinar si la baja de precios se realiza con el fin legítimo de competir con otros operadores económicos, o si esta es una acción de abuso de posición dominante; pues la reducción de precios es uno de los procesos normales y esperados en el mercado competitivo y de competencia perfecta; pero ¿Hasta qué punto la reducción de precios puede ser considerada competitiva? Signes de Mesa (2013) manifiesta que la Comisión de la Unión Europea ha considerado que no es necesario que los competidores salgan del mercado para considerar la reducción de precios como sospechosa, por tanto los precios pueden ser reducidos por los agentes económicos siempre y cuando no se afecte al derecho de los competidores, debido a que esto puede tener un alto costo social (González de Cossío, 2006). En conclusión, se estima que las conductas de reducción de precios y el ser considerados precios predatorios, es un tema subjetivo y que debe ser analizado a fondo por la autoridad administrativa controladora, y cuando estos precios tienen una pequeña posibilidad de afectar al funcionamiento normal del mercado y coartar los beneficios de los consumidores, esta conducta debe ser sancionada.

En cuanto a la denegación de suministros, esta cuestión es un tanto complicada pues se refiere a que una empresa dominante tiene la obligación de dar suministros, permitir el acceso a instalaciones necesarias para la actividad o conceder licencias de propiedad intelectual; de cierta manera ayudar a sus competidores y la misma se negara; sin embargo, es cuestionable puesto que los competidores aprovechándose de esto pueden decidir no invertir o aventajarse de la empresa dominante; es por esto que el sancionar esta actividad ha sido sumamente difícil en el derecho comparado. Por otro lado, la compresión de márgenes también conocida como *margin squeeze* se refiere a aquel acto por parte de un proveedor que al mismo tiempo es el competidor en el mercado, y que aprovechándose de esto provee el producto o insumo esencial a un precio que no le permite las ganancias suficientes al competidor, y por ende no puede persistir en la actividad económica o competir de manera efectiva; es decir, el precio de compra es tan alto que al momento de venderlo no genera las ganancias suficientes. (OECD, 2009).

Por último, la vinculación y venta por paquetes consiste en que una empresa explotando su poder de mercado obliga a que los consumidores adquieran sus productos solamente cuando compren por paquetes, es decir un conjunto de productos y no solo lo que necesita el cliente; en cambio la vinculación se refiere a que esta empresa abusando su posición dominante obliga a la empresa que le provee a aceptar contratos donde se obliga también a contratar otro

servicio o adquirir otro producto, que no es complementario es decir que nada tiene que ver con el objeto principal del contrato, una obligación suplementaria.

En conclusión, se determina que la existencia en sí de la posición de dominio dentro de un mercado relevante no es en esencia negativa, puesto que esta posición dominante puede haber sido obtenida de manera legítima por parte de los operadores económicos; no obstante, el ostentar la posición de dominio puede conllevar a que las empresas realicen actividades que estén dirigidas a falsear la competencia y afectar de manera directa el derecho de la competencia por el hecho de tener el poder sobre el mercado, es por esto que los agentes económicos que gozan de una posición de dominio tienen la responsabilidad especial o adicional de permitir un funcionamiento adecuado que no perjudique directa o indirectamente a los competidores para que el mercado funcione de manera correcta, y no realice conductas abusivas en base a su posición dominante para que la estructura de mercado beneficie no solo a los competidores, sino también a los consumidores. Así también, podemos discernir que el abuso de la posición de dominio o abuso del poder de mercado, es una actitud muy amplia que puede ser llevada a cabo por todos los agentes económicos que ostenten esta posición, y la misma se puede configurar de diversas maneras, y cumplirse varios abusos o solo uno de ellos. En el caso de las aerolíneas nacionales, que es lo que nos compete podemos establecer que a nivel nacional existen dos aerolíneas principalmente que son las cuales manejan el mayor número de frecuencias, la compañía LATAM, una entidad de capitales privados y con domicilio en el extranjero, y la compañía de aviación estatal TAME EP. Como ya lo hemos manifestado anteriormente, que estos operadores posean poder de mercado no puede ser prohibido ni tampoco debe ser tachada como una actitud en contra de la competencia, lo que el Estado a través de sus organismos administrativos de control debe hacer es vigilar cuidadosamente las actitudes de estas empresas con el fin de prevenir o sancionar abusos al poder de mercado que gozan, que puede incurrir en detrimento de sus competidores en actitudes dolosas en aras de aumentar sus ganancias, quebrantar los derechos económicos de la competencia como también de los consumidores, y que se lleve a cabo un incumplimiento del derecho de la competencia en el Ecuador.

2.2.2. Prácticas de competencia desleal.

Definir la competencia desleal por parte de los competidores a sido una materia muy difícil para diversos autores, primeramente debemos entender que se entiendo por desleal, la RAE (2014) menciona que es aquellas actitudes que en su obrar no cumplen las leyes de la fidelidad y del

honor; por tanto, son los actos que se ejecutan de mala fe, prevaleciendo el interés personal sobre el social. Pero no todo acto competitivo por parte de los operadores económicos puede ser considerado como desleal, Jorge Otamendi (1998) nos aclara que “no es competencia desleal el captar un cliente de un competidor, ya que esa es la esencia de la competencia. La cuestión está entonces en los medios que se utiliza para captar ese cliente”(p.1); en consecuencia, son considerados desleales aquellos actos realizados por parte de las empresas a través de prácticas deshonoradas e ilícitas destinadas a arrebatar la competencia, aquellas prácticas deshonestas que van en contra de la moral y las buenas costumbres competitivas.

Estas prácticas son tan antiguas como el comercio mismo, es así que la primera ley especializada en contra de la competencia desleal se da en Alemania en el año 1909 (Cevallos, 2001). Los preceptos contra la competencia desleal impiden la participación equivocada de los agentes económicos en el mercado, pues se estima que deben participar con buena fe. La competencia coexiste, y deben guiarse en base a los mandatos éticos y jurídicos.

Existen diversos actos que han sido recogidos tanto en la jurisprudencia como en las normativas de leyes en defensa de la competencia alrededor del mundo, que son consideradas como prácticas desleales en contra de los competidores, las cuales son:

- **Competencia desleal por confusión:** Cuando un competidor imita a otro con el fin de causar confusión en la clientela, ya sea mediante el uso de signos o productos que no puedan ser fácilmente diferenciables entre los prestados por un operador y por otro; Reimer Dietrich (como se citó en Otamendi, 1994) hace referencia a la confusión en sentido estricto cuando el consumidor por error arroga un servicio o mercancía a una determinada empresa, y la confusión en sentido amplio cuando por sus similitudes asume la existencia de una conexión entre los ofertantes.
- **Competencia desleal por imitación:** La imitación por parte de un competidor se configura cuando este de manera premeditada calca los aspectos técnicos y estéticos de los productos con el fin de imposibilitar la afirmación en el mercado; esta imitación debe extralimitarse al comportamiento natural del mercado y la competencia.
- **Competencia desleal por aprovechamiento de la reputación ajena:** Para Víctor Cevallos (2001) este supuesto de competencia desleal se encuentra relacionado a los actos de imitación y confusión, ya que el competidor pretende aprovechar la popularidad y mercado de otro. El acto restrictivo en sí, es el beneficiarse del prestigio que posee un servicio o producto de otro operador económico.

- **Competencia desleal por actos de engaño:** Este tipo de actos no solo son castigados y han sido desarrollados en el derecho de la competencia exclusivamente, sino que ya ha sido desarrollado y tipificado con anterioridad en las normas penales y de defensa del consumidor; y son aquellas circunstancias en las cuales los proveedores de bienes y servicios engañan ya sea a través de publicidad, cantidad de productos vendidos, técnicas de sugestión, ventajas o beneficios falsos, entre otros; todo esto con el fin de afirmarse en el mercado, evitando el desarrollo de las actividades económicas éticas de los demás competidores.
- **Competencia desleal por denigración y comparación:** Primeramente la comparación se refiere a confrontar o contrastar bienes, productos o servicios que ofrece la empresa con los de un tercero, esto con el fin de desacreditar al otro y obtener parte de su mercado, para Otamendi (1998) “La publicidad comparativa es una forma de combatir una posición de liderazgo... El problema está en lo que se dice de ellos”; entendiéndose por ellos a la competencia que se hace alusión; es decir la comparación está permitida hasta el punto en que es meramente informativa, muchas legislaciones permiten una comparación lícita donde no se atente el honor y la honra tanto de la empresa como de las personas que pertenecen a la misma. La denigración se refiere críticas, ya sean basadas en hechos o en opiniones, donde descalifican los productos que oferta la competencia. Este tipo de competencia desleal se ha dado mucho en el ámbito global, los casos más recordados son aquellos donde tanto *Coca Cola Company* y *Pepsi Co.* Donde incluso han llegado a tribunales por las publicidades donde se comparan sus bebidas y llegan a denigrar a las de la marca rival (Tirado, 2009). Por esto, debemos concluir que no toda publicidad comparativa es ilícita, y las legislaciones aceptan mucha publicidad de este tipo; sin embargo, cuando va más allá de los límites y se vuelve denigrante esta debe ser penada por el Estado, y no permitir el afianzarse como líder de mercado, a base de actuaciones en contra de la ética comercial.
- **Competencia desleal por violación de secretos:** Un tipo de competencia desleal clásica es el aprovechamiento de los secretos de la competencia, que se han obtenido de manera fraudulenta. Pero el secreto debe ser aquella información valiosa y de carácter reservado de una empresa; para la doctrina, el secreto debe poseer una novedad ya sea esta relativa o absoluta, y el propietario del mismo lo salvaguarda con discreción. Los secretos pueden ser de tipo comercial e industrial, y estos pueden ser revelados por empleados, ex empleados o terceros que obtuvieron dicha información. La competencia desleal, radica no solo en obtener esta información privilegiada de un competidor, sino en hacer uso de esta para aprovecharse y afianzarse en el mercado; incluso pueden incurrir en este tipo de competencia desleal empresas que no compiten por ofertar el mismo bien o servicio, pero que al obtener

secretos comerciales los utilicen para su beneficio. Es por lo mencionado anteriormente, que la legislación ecuatoriana se ha volcado a proteger los secretos empresariales y el mal uso de esto a través del Código Orgánico Integral Penal, que en su art. 179 establece sanciones a la persona que por su empleo o profesión tenga conocimiento y lo revele de seis meses a un año; así también, el Código Laboral instituye que es una obligación del trabajador el guardar los secretos del empleador, y que incluso puede configurarse una causa de terminación del contrato el revelar dichos secretos. La Ley de Compañías prohíbe a autoridades de control inmiscuirse en inspecciones en lo referente a cuestiones de reserva en relación a la competencia, con el fin de impedir que los secretos industriales y comerciales sean conocidos; y por último, la ley de Propiedad Intelectual protege los secretos con el fin de que los mismo no sean reveladas y utilizados por competidores. Por consiguiente, podemos afirmar que este tipo de competencia desleal es prácticamente imposible que se lleve a cabo, ya que la normativa del Ecuador de varios campos la previene.

- **Competencia desleal por ventas a pérdida:** Este tipo de competencia no es más que aquel acto deshonesto por parte de la competencia donde realiza sus ventas a menor precio del que le cuesta la adquisición o producción del bien o servicio que oferta. “La venta a precios bajos es ilegal cuando es por debajo de los costos y no existen razones que la justifiquen” (Otamendi, 1998, p.43). Por supuesto, que existen algunas razones mercantiles por lo que las ventas son debajo del costo por cuestiones como las liquidaciones. El fin de este tipo de competencia desleal, es el falsear a la competencia a través de precios extremadamente bajos que harán que la clientela consuma únicamente estos productos, y la falta de consumidores ocasiona la quiebra de los competidores; por su naturaleza este tipo de actos pueden llevarse a cabo únicamente por empresas con capitales lo suficientemente alto para resistir un determinado tiempo trabajando a pérdida.

En el caso de la compañía TAME EP debe prestarse especial atención al último tipo de competencia desleal que hemos mencionado, puesto que los anteriores no se llevarían a cabo ya que al no existir competencia en el mercado local, no existe la necesidad de falsear la competencia de esa manera. Sin embargo, el caso de la competencia desleal por ventas a pérdida puede ser llevada a cabo al momento de la existencia de competidores pequeños, que no pueden resistir competir contra una empresa estatal como lo es TAME EP, que es inyectada capital a través de los fondos públicos del Estado en comparación con las compañías privadas donde normalmente nacen en base a grandes endeudamientos de sus socios o accionistas y necesitan de un lapso amplio de tiempo para empezar a generar ganancias, es

por esto que la empresa pública TAME EP es más susceptible a competir deslealmente reduciendo sus precios a tal punto que impida el normal desarrollo del competidor, hasta llevarlo a un punto donde deba cesar su actividad, y de esta manera se apodere como actor monopólico de las frecuencias.

2.2.3. Prácticas colusorias.

Cuando hablamos de prácticas colusorias nos referimos a las prohibiciones que tienen las empresas, interpuestas por el Estado, con el fin de evitar que dos o más agentes económicos se unan de manera lesiva con el fin de afectar la competencia en el mercado, y por tanto fortalecer el poder de mercado que poseen dichas empresas, sin permitir el ingreso de nuevos operadores que puedan favorecer a la estructura mercantil. Como lo ha manifestado acertadamente García-Cruces (2014):

Las concertaciones entre empresas... constituyen un grave atentado contra ésta, toda vez que por esta vía las empresas sustituyen la actuación autónoma en el mercado tratando de obtener el éxito económico en base a la bondad de sus prestaciones, por una actuación coordinada en la que los incentivos para la captación de clientes se ven reducidos, en perjuicio de estos y de la eficiencia del sistema en general.(p.62)

Las concertaciones que se llevan a cabo perjudican directamente a los clientes, es decir a los consumidores y a los demás agentes del mercado, puesto que no se obtiene la clientela a base de métodos legítimos y prestaciones de calidad, sino que se aprovecha de las relaciones con otras empresas que pretenden aumentar sus ingresos, realizando actos para obtener mayores beneficios de lucro en base a cuestiones ajenas a una prestación de servicio adecuado. Es por esto que los Estados tienen la obligación de controlar y vigilar a las empresas, sobretodo a las que tienen mayores cuotas de mercado, para que no existan acuerdos, ya sean tácitos o expresos entre las mismas, con el fin de beneficiarse mediante el aprovechamiento del cliente, desfavoreciendo a la sociedad en general.

Algunos doctrinarios han manifestado que las prácticas colusorias son muy similares a las prácticas de abuso de posición dominantes, diferenciándose en este caso por ser prácticas abusivas que no las realiza un operador económico con poder de mercado, sino que se realiza en base a acuerdos de dos o más empresas, que pueden o no tener posición de dominio, pero que al concertarse producen acciones igualmente perjudiciales. Es por esto que muchas de las

prácticas de abuso de posición dominante pueden repetirse pero mediante el acuerdo entre dos empresas, donde algunos autores lo han llamado el abuso de posición dominante conjunta, realizando estos acuerdos y disponiendo del mercado los operadores económicos para fijar precios, realizar restricciones territoriales o condicionadas, la división de cuotas de mercado, entre otras prácticas; con el fin de aumentar su poder en el mercado o amplificar su volumen de ventas, sin ejercer una competencia justa con otros competidores, que por lo general son más pequeños.

Ahora dentro de las prácticas colusorias de carácter horizontal o concierto de voluntades que se pueden dar entre dos o más agentes económicos podemos encontrar las siguientes:

- **Los cárteles:** Cuando hablamos de cárteles, nos referimos a aquellos acuerdos secretos que se dan entre empresas cuando por prácticas colusorias acuerdan realizar diferentes prácticas como fijación de precios, reparto de mercados, cuotas o restricciones a la producción, o acuerdos de intercambio de información (Signes, 2013). Su principal característica es como lo han manifestado diversos autores su carácter de secreto, es decir sin constancia de la existencia de dichos acuerdos realizados; estos con el fin de restringir la actividad normal de la competencia o asegurar su poder en el mercado. Los operadores económicos coordinan su comportamiento anticompetitivo dentro del mercado respectivo; los mismos han sido de acuerdo a la práctica difíciles de probar, “por definición los cárteles constituyen acuerdos secretos, por lo que, pese a tratarse de acuerdos explícitos de colusión entre empresas, no siempre quedará el rastro suficiente como para probar la existencia del acuerdo” (García-Cruces, 2014, p.199). Para Posner (2007) estos cárteles son contratos donde se acuerdan los precios entre vendedores, pero suelen funcionar poco justamente debido a que los vendedores podrían vender más a un precio menor, y por lo tanto concurren al engaño a los otros cartelistas; asimismo, manifiesta que existen ciertas características que contribuyen a la creación de los mencionados cárteles, como son un número reducido de vendedores, homogeneidad en el producto o servicio, elasticidad de la demanda, condiciones de entrada difíciles y un mercado en crecimiento.
- **Los acuerdos:** Los acuerdos se dan cuando los agentes económicos manifiestan su consentimiento de manera expresa o tácita su decisión de efectuar ciertas prácticas, que normalmente no son ilegales, pero que lo son cuando están destinadas a falsear la competencia en su beneficio. Este acuerdo se da de forma escrita o verbal.

- **Las decisiones:** Estas prácticas se dan cuando las asociaciones o grupos de empresas toman decisiones donde todos los miembros deben cumplir, estas decisiones no deben ser siempre ilegítimas pero se las considera restrictivas a la competencia cuando las mismas producen efectos negativos o perjudiciales a los demás competidores que no son parte de dicha asociación.
- **Las prácticas concertadas:** Las prácticas concertadas fueron definidas ya por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE actual TJUE) como “una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a ser un convenio propiamente dicho, sustituye a sabiendas los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas... se exterioriza en el comportamiento de los participantes”; es decir, sin que exista un acuerdo previo entre los operadores económicos, optan por realizar actos que afecten a la competencia, impidiendo el comportamiento normal del mercado; considero que este hecho es muy difícil de probar debido a que no existe la manifestación expresa de las partes para llevar a cabo la práctica colusoria.

Existen también excepciones por las cuales las prácticas colusorias no deben ser prohibidas, autores como José Antonio García-Cruces (2014) defienden el hecho de que estas prohibiciones no deben ser absolutas, ya que las mismas pueden producir efectos beneficiosos dentro del mercado. Los aspectos positivos que pueden aportar estos acuerdos horizontales son: Mejora en la producción o en la distribución de los bienes o servicios, fomentar el avance tecnológico a través de la cooperación horizontal, el goce de ventajas para los consumidores generadas en base a los acuerdos.

El Ecuador no ha evidenciado dentro de su mercado la existencia de muchas prácticas colusorias, a diferencia de otros Estados donde el capitalismo ha incurrido en estas acciones con el fin de consolidarse en el mercado, en el caso de las aerolíneas este tipo de prácticas no han sido evidenciadas puesto que la mayoría de las mismas trabajan conjuntamente con otras con el fin de mejorar su servicio y poder ofertar mayor cantidad de destinos o frecuencias. La compañía TAME EP como veremos más adelante, desempeña su actividad de manera coordinada con otras aerolíneas, pero estas acciones coordinadas no pueden ser consideradas como prácticas colusorias, sino que deben ser entendidas como acciones complementarias al servicio que ofrece la empresa pública.

2.2.4. Régimen de ayudas públicas.

Existen muchas ocasiones en las cuales los Estados a través de su aparato ofrecen diversos tipos de ayuda a algunas empresas; pero un régimen de ayudas indiscriminadas puede generar un plano en el cual se empieza a vulnerar el derecho de los competidores. Es por esto que debe prestarse una especial atención a aquellas empresas que reciben ayudas por parte del Estado. “Las ayudas públicas constituyen un factor externo a las fuerzas del mercado que pueden obstaculizar, dificultar y falsear la competencia” (Signes, 2013, p.443). Por ello, al momento que un Estado va a prestar ayudas a un operador económico debe realizarse una ponderación a fin de establecer los perjuicios y beneficios que dicha ayuda va a brindar a la economía y al mercado. Este régimen se refiere a las ayudas o beneficios de carácter económico que puede prestar un Estado a una determinada empresa; el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1994) en su sentencia del caso Banco Exterior de España vs. Ayuntamiento de Valencia, da un concepto más amplio respecto a las ayudas públicas y puntualiza que:

El concepto de ayudas públicas es más general que el de subvención, ya que comprende no solo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos.(p.907)

Claramente, el Tribunal refiere a las ayudas como no solo aquellas prestaciones económicas, es decir de carácter positivo que presta el Estado hacia la empresa; sino también, todas las contribuciones que realiza la administración de carácter no monetario pero que beneficia al presupuesto de la entidad, por ejemplo en el caso de las exoneraciones fiscales, entre otros casos.

Para Cevallos (2001) el control al régimen de ayudas públicas está dirigido sobretodo a proteger las relaciones comerciales interestatales, con el fin que empresas que son subsidiadas o subvencionadas por Estados, no falseen la competencia de los operadores económicos de otros Estados para que el mercado tenga igualdad de condiciones para todos los participantes. Las ayudas públicas entonces debemos entender como los apoyos económicos que recibe un agente económico por parte del Estado, por tanto este tipo de ayudas se otorgan desde el orden público a operadores privados; en este caso, las empresas públicas no podrían ser

consideradas dentro del respectivo régimen ya que las mismas no reciben una ayuda estatal, sino que su presupuesto proviene de manera natural directamente de los fondos públicos.

La doctrina ha estimado que las ayudas públicas para que sean consideradas como tales deben reunir los siguientes elementos (Signes, 2013):

- Beneficio para el operador económico que la recibe.
- Que sea otorgada por parte del Estado.
- Que favorezca a un operador económico o a un sector específico.
- Que distorsione o falsee la competencia.
- Que afecte el comercio, y en general el mercado.

Se pueden considerar acciones de ayudas públicas permitidas por los Estados aquellas destinadas a ofrecer beneficios sociales, reparar daños causados por desastres naturales, las consignadas con el fin de favorecer la economía de determinados sectores o regiones que por su situación económica, social y estructural es estrictamente necesario; o para el desarrollo de ciertos sectores (Loma-Osorio, 2013). En estos casos, la administración debe realizar un análisis exhaustivo para determinar si la situación cumple con los parámetros mencionados y de esta manera otorgar dichas ayudas públicas en beneficio de la colectividad.

En conclusión, son ayudas públicas aquellas que se dan por parte del Estado a algunos agentes económicos, que los favorezca de tal manera que el mercado no tenga un comportamiento normal y distorsione la competencia o afecta el comercio, perjudicando a los demás competidores que no reciben este tipo de ayudas. Ayudas que provienen de los fondos públicos o que no son de carácter positivo como beneficios comerciales, fiscales, entre otros; estos beneficios repercuten directamente en los presupuestos de las empresas. Sin embargo, existen ayudas públicas que pueden ser legítimas y no deben ser consideradas como restrictivas al derecho de la competencia. En general, los Estado al ser quienes proporcionan estas mencionadas ayudas, deben precautelar el bienestar de todos los participantes del mercado, e implantar este régimen de ayudas en los casos necesarios.

En el caso de la empresa pública TAME EP es claro la ayuda pública que recibe, pues por su naturaleza de ser una empresa que se encuentra dentro del aparato estatal recibe sus fondos y se financia a través del dinero del Estado, y lo cual no está prohibido por nuestra legislación, el problema se da cuando al ser TAME EP financiada por el Estado se aprovecha de esto para

falsear la competencia en el mercado nacional. Ahora bien ¿Pueden estas ayudas públicas ser consideradas como anticompetitivas? En principio, podemos manifestar que las ayudas que recibe son del todo legales, pero debemos también analizar si TAME EP utiliza estos beneficios económicos con el fin de evitar la existencia de competidores en su mercado. Al ser TAME EP una entidad pública y por ende recibir estas ayudas por parte del Estado, el solo hecho de que la empresa violente el derecho de la competencia, es decir incurra en una práctica colusoria, desleal o de abuso de su poder de mercado, ya se podría configurar como un acto anticompetitivo, y por ende la misma debería ser sancionada. Es así que al ser empresa pública debe ser vigilada por los organismos de control de manera sustancial con el fin de proteger a los competidores del mercado aéreo.

2.2.5. Derechos exclusivos o especiales de empresas públicas.

Los Estados al momento de la creación de empresas públicas, o de otorgar competencias específicas a empresas y a su vez derechos exclusivos o especiales; deben realizar un análisis adecuado con el fin de establecer si estas empresas “privilegiadas” no alteren la competencia normal del mercado, o que las mismas empresas estatales se favorezcan ilegítimamente y discriminen a la competencia. La legislación europea con respecto al derecho de la competencia de los Estados miembros, ya establece textualmente la prohibición de favorecer a empresas públicas o empresas que mantengan derechos especiales o exclusivos para evitar medidas que puedan desfavorecer a sus competidores (TFUE, 2012, p.91). Por lo tanto existe una obligación estatal objetiva de cumplir los preceptos del derecho de la competencia, puesto que concurriría el mismo Estado protector de este derecho en un transgresor de los derechos de las demás empresas que por su condición, capacidad económica u otros aspectos no pueden competir con empresas que derechos especiales o exclusivos otorgados por parte del aparato estatal.

En un sistema de mercado, donde se defiende de manera primordial que los derechos de los competidores no sean falseados, el principio de igualdad entre cada una de las empresas adquiere una importancia significativa; esto no significa que los Estados a través de sus empresas o indirectamente, no pueden participar en el mercado; la potestad es lógica y en muchos casos necesaria, sobretodo en los casos que las empresas estatales o las empresas “privilegiadas” brindan servicios públicos; sin embargo, no pueden contravenir las leyes en defensa de la competencia primeramente porque en su calidad de empresas privilegiadas deben ser las primeras en cumplir los preceptos de competencia legal y legítima, y segundo

porque al ser el mismo Estado el ente regulador con respecto a la competencia, se concurriría una confusión jurídica al ser el mismo Estado el infractor y sancionador, o de ser el caso que empresas privadas “privilegiadas” no cumplan los mandatos mencionados, el Estado sería responsable por otorgar derechos exclusivos o especiales, sin antes haber examinado adecuadamente el comportamiento de la empresa a la que se privilegia. En consecuencia, el principal objetivo de los Estado debe ser el situar en un plano de igualdad a todos los operadores económicos, independientemente de sus circunstancias, ya sean estas públicas o privadas; en ningún caso los privilegios otorgados pueden ir más allá de su naturaleza de beneficio social, falseando la competencia y el libre mercado. Pero ¿Cuál es la diferencia entre derechos especiales y exclusivos?

Los derechos exclusivos son considerados aquellos derechos otorgados por parte de la autoridad pública, ya sean gobiernos centrales, seccionales o locales; reservando la prestación de un determinado servicio o la oferta de un bien a un operador económico de manera excepcional, ya sea este público o privado; dicho de otra forma, reservar la prestación de un bien o servicio a una sola empresa excluyendo la competencia, configurándose de esta manera lo que la doctrina lo llama un “Monopolio legal”, el cual es “un mercado donde la competencia y la entrada de nuevas empresas están restringidas por la concesión de una franquicia pública, una licencia gubernamental, una patente o por derechos de autor”(Parkin, 2004, p.258).

Los derechos especiales se refieren a aquellos derechos otorgados ya no solo a una empresa sino a varios competidores, con el fin de que todos tengas una participación especial en el mercado, se trata de una decisión estatal en base a su discrecionalidad para limitar el número de empresas que compitan en el mercado ofertando un bien o un servicio, estos criterios no deben ser objetivos ni tampoco proporcionales, pero tampoco pueden ser discriminatorios (Signes, 2013) lo cual se configura en criterios subjetivos para los Estados al momento de tomar sus decisiones. También existen otro grupo de derechos especiales, este segundo segmento no limita la actividad a un grupo de empresas, por el contrario permite la participación en el mercado de varios agentes económico empero proporciona ventajas a un grupo de empresas, dificultando el desarrollo de los competidores.

En definitiva y como acertadamente Signes de Mesa (2013) lo ha manifestado analógicamente “derecho exclusivo es a monopolio lo que derecho especial es a oligopolio” (p.403). Estos derechos o privilegios que se otorgan por parte del Estado, se encuentran ligados íntimamente

con el funcionamiento de las empresas públicas; a pesar de ello y como ya se manifestó anteriormente, estos pueden darse también en el ámbito privado, lo cual no exime al Estado de responsabilizarse por el accionar de todas estas empresas, ya sean públicas o privadas; de cerciorarse que las mismas no alteren la competencia adecuada dentro del mercado, caso contrario se favorecería y dejaría en la impunidad dichas actitudes, transgrediendo los derechos económicos de los demás operadores. Asimismo, cuando se otorgan derechos especiales o exclusivos, es decir se crean monopolios u oligopolios legales, estos deben otorgarse con el único objeto de prestar un servicio óptimo y de calidad, y que puedan satisfacer la total demanda dentro del mercado, caso contrario se violaría per se el derecho de la competencia.

En el caso que nos concierne, la compañía TAME EP en la provincia de Loja, efectivamente goza de derechos exclusivos a una empresa pública, pues es el Estado el propietario de las frecuencias aéreas y es el mismo Estado el que conceciona las mismas a las empresas que estima conveniente, lo cual lo analizaremos con posterioridad, sin embargo debemos aclarar que al TAME EP ser poseedor de derechos exclusivos, esta debe cumplir con un servicio óptimo para los consumidores del servicio, en este caso para todas las personas que utilicen el servicio de transporte aéreo desde y hacia la provincia de Loja. Es aquí donde se debe cuestionar si es realmente necesario que exista una sola empresa y que la misma sea estatal que tenga que ser la única en brindar este servicio y si el servicio que brinda es el adecuado, esto con el fin de justificar la concesión de un derecho exclusivo a través de las frecuencias a la empresa estatal TAME EP.

2.3. Preceptos constitucionales de la Republica del Ecuador en defensa de la competencia: Una Constitución Económica.

La Constitución de la República del Ecuador, es considerada una ley de avanzada debido a su amplio catálogo de derechos por la cual se ha caracterizado a nivel regional y mundial en los últimos años. Al conformarse el Ecuador como un “Estado de Derechos”, este se convierte en un garante y actor de todos los derechos que se reconocen; además, de acuerdo a la Carta Magna, el Estado pasa a ser un eje fundamental en la estructura económica del país dentro del ámbito de producción y prestación de servicios.

El que se haya definido al Ecuador como un Estado de Derechos, de acuerdo a la doctrina formula un cambio en la estructura del Estado, en el cumplimiento de derechos y en la forma de

aplicación de los mismos, pues la parte dogmática de la Constitución viene a prevalecer sobre la parte orgánica. El estado de derechos otorga un pluralismo jurídico entendiéndose este como aquel entorno en donde coexisten de manera armónica varios sistemas jurídicos, como en el caso del Ecuador donde no solo se reconoce la justicia ordinaria, sino también la justicia indígena o los jueces de paz; sin embargo en todos los sistemas deben predominar los derechos de los ciudadanos. Prevalecen por sobre los poderes estatales los derechos constitucionales, y estos poderes o funciones del Estado deben someter sus decisiones y acciones hacia un cumplimiento efectivo de todos los derechos reconocidos los cuales son de igual jerarquía e interdependientes. Es entonces que el Ecuador se convierte en un Estado en el cual, según la doctrina de Ferrajoli, se compone por normas téticas, es decir principios en los cuales se deben basar no solo los jueces sino todas las autoridades para la emisión de normas, reglas, sentencia o políticas públicas; es decir las acciones realizadas por los poderes estatales deben ser guiadas a siempre precautelar los derechos reconocidos a todos los individuos en la Constitución (Ávila, 2011).

El Ecuador como estado social de derechos y justicia, se caracteriza primeramente en lo social, puesto que en base a su dogmática reconoce al ser humano y a la sociedad sobre el capital, transformando a la persona en el centro de sus derechos y no en un medio para la realización del capital, reconoce a los individuos como el eje fundamental de la sociedad. Así también se declara de derechos, puesto que los derechos de las personas se encuentran en una posición privilegiada frente a los factores económicos, es decir toda acción es dirigida a permitir el goce de los derechos para configurarse así un Estado de Bienestar³, o como la misma Constitución lo ha referido un Sumak Kawsay o Buen Vivir, una visión subjetiva de la realización de los derechos para fomentar un contacto entre el ser humano y la naturaleza; al referirnos al buen vivir al ser un concepto amplio, la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, en su art. 275, párr. 3 nos menciona que: “El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza”; en un sentido amplio se refiere al goce de todos los derechos, deberes y obligaciones por parte de las personas y comunidades respetando los derechos no solamente del resto de personas, sino también del ambiente que nos rodea, es decir la naturaleza. En cuanto al Estado de justicia, que también refiere el art. 1 de la Carta Magna, se ha interpretado

³ Se entiende al Estado de Bienestar como aquel modelo político, económico y social en el cual las necesidades de los habitantes son satisfechas por el Estado de manera directa o indirecta a través de sus políticas públicas.

como un estado igualitario y equitativo para todos los sujetos de derechos existentes dentro de la jurisdicción ecuatoriana; tanto los individuos, los colectivos y nacionalidades poseen igualdad de derechos y estos deben ser respetados en un contexto de correspondencia entre unos y otros; por tanto la empresa pública TAME EP como sujeto de derechos se encuentra en igualdad de condiciones frente a los consumidores de sus servicios de acuerdo a este precepto constitucional.

En cuanto al buen vivir mencionado anteriormente en el aspecto económico, Agustín Grijalva (2012) acertadamente ha manifestado:

El ideal de buen vivir constituye un principio ético estructurante de la nueva economía. El buen vivir supone formas de trabajo, comercio y consumo que necesariamente consideren la dimensión ambiental atendiendo tanto a los derechos de las personas como a los de la naturaleza.(p.44)

La economía de acuerdo a la Constitución debe estar guiada de igual manera hacia la realización del ser humano, como lo describe el autor tanto el comercio como el consumo debe realizarse de manera responsable, no solo en cuestiones ambientales sino también sociales. Los preceptos constitucionales ponen de manifiesto la necesidad de que los proveedores de bienes y servicios, deben realizar dicha actividad en aras de permitir un modo de vida adecuado que permita el desarrollo de la persona a nivel integral; no ver al consumidor como una fuente de ingresos sino como un individuo al cual se presta un servicio adecuado, esto podemos dilucidar se encuentra estrechamente relacionado con la responsabilidad social que debe tener la empresa con las personas. Parafraseando a Ramiro Ávila Santamaría (2012) los derechos económicos de las personas, están dentro de los derechos del buen vivir, puesto que el bienestar económico va de la mano con el bienestar social; es así que al permitir un desarrollo económico a través de la competencia justa se permite el perfeccionamiento social dando como resultado un estado de bienestar a los ciudadanos.

La nueva visión económica del Ecuador está guiada por una economía mayormente social, en el sentido que el trabajo y los frutos económicos del mismo deben ser distribuidos de manera equitativa entre los participantes del mercado, promoviendo un intercambio de bienes y servicios de calidad óptima en base a precios justos y respetando la diversidad (Grijalva, 2012). Esta mencionada nueva visión económica empieza concibiendo al ser humano como el fin del mercado y no como una herramienta del mismo, es decir el beneficio económico pasa a un

segundo plano, poniendo por delante de este a las relaciones sociales. Igualmente este nuevo enfoque requiere la participación obligatoria de la sociedad y del Estado en el mercado, es decir el Estado pasa a ser un participante del mercado al planificar, limitar y promover las relaciones económicas en base al respeto de los derechos de todos los partícipes, el Estado adquiere un nuevo rol en el campo económico.

Otro punto importante que se debe resaltar en cuanto a la Constitución de la República del Ecuador, es la igualdad jerárquica que se otorgan a todos los derechos, es decir que deja de lado la concepción global que se posee de los derechos divididos los mismos entre civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; sino que se concibe a todos estos dentro de diversas divisiones como los derechos de participación, de protección, de libertad, del buen vivir, etc.

En cuanto a la participación del Estado en el campo económico, dentro de nuestra Constitución debemos resaltar algunos preceptos como el régimen de desarrollo, la economía social y solidaria, el régimen del buen vivir, los apartados respecto a políticas públicas y servicios públicos, los tipos de propiedad que reconoce el Estado ecuatoriano, la organización y control de empresas públicas, la gestión de los sectores estratégicos, el tipo de sistema económico el cual se reconoce como social y solidario, las políticas económicas y comerciales, los intercambios económicos y el comercio justo.

En lo que se refiere al Régimen de Desarrollo, la Constitución lo define como aquel “conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales que garantizan la realización del buen vivir, del sumak kawsay”, este régimen es la base indispensable para la construcción de un plan económico fundado en justicia, sostenibilidad e igualdad entre los participantes del mercado, generando así a través del trabajo seres humanos dignos. Este régimen ha sido forjado como imprescindible para la consecución del buen vivir de todos los ecuatorianos. Dentro del Régimen de Desarrollo, el capítulo cuarto habla de la soberanía económica dentro de la cual se menciona el sistema económico y textualmente manifiesta que:

El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en

armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.(Art. 283)

Primordialmente, es necesario precisar que el Ecuador se reconoce como soberano económicamente, en lo que se refiere a la independencia estatal y gobernanza propia en la toma de decisiones de índole económica; asimismo, se manifiesta claramente la necesidad de reconocer a la persona por sobre el capital, no solo en el ámbito público, sino también en el privado y por último garantizar el goce de todos los derechos reconocidos mediante el establecimiento de una economía que beneficie a todos los sujetos de derechos. Así las políticas económicas del Estado tienen como objetivo la distribución de la riqueza, en relación con los objetivos del derecho de la competencia mencionados en el capítulo anterior de esta investigación; incentivar la competencia en el mercado y el desarrollo productivo nacional, salvaguardar una economía estable y sostenible, favorecer a la creación de un mercado en el cual se realice un intercambio de bienes y servicios que sea justo, eficiente y transparente. En cuanto a las políticas comerciales contenidas en la Constitución dentro del Régimen de Desarrollo debemos remarcar las siguientes:

- Desarrollar, fortalecer y dinamizar los mercados internos.
- Fortalecer el aparato productivo y la producción nacional.
- Impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo.
- Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.

Este último objetivo, considero el más importante puesto que claramente podemos determinar la prohibición u objetivo primordial de impedir la existencia de monopolios u oligopolios, por tanto si es la Constitución misma la que literalmente obstaculiza dichas prácticas, esto debe ser de cumplimiento obligatorio dentro del mercado ecuatoriano; si bien enuncia que estas prácticas deben evitarse particularmente en el sector privado, esto no significa que permite o da campo abierto a la existencia de los mismo en el sector público, simplemente exalta la necesidad de evitarlas mayormente en el ámbito privado, mas no permite la exclusividad de practicar los monopolios en lo público; resumiendo, las prácticas monopólicas se prohíben en la Constitución de la República del Ecuador especialmente en el sector privado, sin embargo no permite la existencia de los mismo en el sector público, lo cual en base al principio de legalidad administrativa y el principio de vinculación positiva en el Derecho Público lo que no se permite expresamente está prohibido, por tanto al no admitir la Constitución la existencia de los mismos

en el sector público se debe entender su prohibición. En el presente caso de estudio se prohíbe claramente por la Constitución de la República la existencia de un monopolio por parte de la empresa estatal TAME EP.

Algunas tratadistas se han enfocado en la existencia de una Constitución Económica dentro de los Estado, el autor García Pelayo (como se citó en Marx Carrasco, 2015) nos define la misma como aquellas “normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico”, es decir se refiere a aquellas normas y principios fundamentales que estatuye un Estado, con la finalidad de regular y establecer ciertos parámetros que guíen el funcionamiento del sistema económica, son las pautas fundamentales para el desarrollo de todas las actividades del campo socioeconómico, no solo regulando a los individuos o participantes del mercado, sino también al Estado. Por tanto, la Constitución del 2008, posee las características necesarias, para que la misma sea considerada una Constitución económica, colocándolo al Ecuador en un apogeo jurídico por ser considerada su Constitución como completa y de avanzada, gracias a su amplio contenido dogmático y normativo.

En cuanto a los derechos económicos reconocidos por la Constitución del Ecuador, en el capítulo II referente al Buen Vivir, la sección VIII nos habla del derecho al trabajo, un derecho económico fundamental para el desarrollo del individuo, el art. 33 establece claramente:

El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por tanto podemos resumir que el trabajo es un derecho económico, pero que a su vez puede ser considerado como un deber individual de las personas, ya que el mismo está dirigido no solo hacia la obtención de réditos económicos para el individuo para tener acceso a la obtención de bienes y servicios para la mejora de la calidad de vida; sino también, este se enfoca en la realización personal, es decir la construcción de una vida digna y que contribuya a la sociedad para su desarrollo.

La sección IX, del capítulo III establecen los derechos de las personas usuarias y consumidoras, en donde a partir del art. 52 y siguientes se establecen preceptos que deben seguir las empresas o personas encargadas de prestar servicios u ofertar bienes; en este capítulo se menciona que todos los individuos deben acceder a bienes y servicios de buena calidad, que su publicidad no sea engañosa y que estos deben ser elegidos con libertad, es decir que las personas de acuerdo a una gran gama de ofertas tenga el derechos de elegir el que más le convenga de acuerdo a sus intereses. Además establece claramente que cuando una empresa es la encargada de prestar un servicio público este debe ser de excelencia y con mecanismos para medir la satisfacción de los consumidores.

La nueva Constitución del Ecuador entre su nueva clasificación de derechos, reconoce los derechos de libertad, entre estos mencionados derechos encontramos algunos que están directamente relacionados con el derecho de la competencia y los derechos económicos de las personas, en el artículo 66 que consta de varios numerales existen dos que deben ser analizados, estos son:

***Art. 66:...** 15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme con los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.*

La Carta Magna, reconoce dentro de sus derechos de libertad la facultad de todas las personas a desarrollar actividades económicas, esto significa que este derecho no puede ser restringido ni por el Estado ni tampoco por una persona ya sea esta natural o jurídica, que sienta que sus ingresos se vean afectados por la actividad económica del otro, es decir las personas tienen total libertad de poseer una actividad económica con el fin de obtener réditos monetarios para su supervivencia; inclusive cuando otra persona realiza la misma actividad que la otra, dicho de otra manera, este derecho esta ligado al derecho de la competencia puesto que permite que las personas realizan sus actividades de índole económica respetando a los competidores, sin coartar el derecho de los demás a realizar la misma actividad.

Más adelante, en el numeral 25 del artículo nombrado anteriormente se manifiesta que las personas poseen “El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características”; este derecho se encuentra estrictamente relacionado con los derechos de las personas usuarias y consumidoras; pues se entiende que si una persona

realiza un pago para recibir un servicio u obtener un bien este debe ser adecuado y cumplir con ciertos parámetros.

Está por demás referirnos a la igualdad de todas las personas ante la ley, ya sean estas naturales o jurídicas, sin importar condición alguna todas se encuentran en igualdad de condiciones ante la ley, en lo referente a cumplimiento de derechos como también de obligaciones reconocidas legalmente por el Estado, por tanto no se puede favorecer a una persona o sujeto de derechos por sobre otro.

De modo que, luego de haber realizado un análisis sobre la Constitución se concluye la efectiva existencia de una Constitución Económica en el Ecuador que reconoce los derechos económicos de todas las personas en el territorio ecuatoriano, destinada a salvaguardar el cumplimiento de dichos derechos reconocidos a nivel internacional, que regula el sistema económico estatal con el fin de preservar un sistema social y solidario, que proteja los derechos de las personas y de los ofertantes de bienes y servicios. Nuestra Constitución al tener un amplio reconocimiento de derechos, no solo reconoce el derecho de los ciudadanos a acceder a un servicio de calidad y óptimo, sino que también manifiesta la obligación tanto del Estado como de todos los sujetos de derechos de respetar el principio de libre competencia, y en general el derecho de las personas a realizar actividades económicas de manera libre, sin intervenciones estatales, ni restricciones por parte de la competencia u otras entidades, con el fin de que todas las personas a través del trabajo se dignifique como ser humano, y contribuya con el desarrollo social, guiándonos así a un Estado con un amplio espectro de responsabilidad tanto social como ambiental, y con una economía principalmente solidaria, en la cual se protege al individuo y a la naturaleza por sobre el capital, reubicando así la cosmovisión nacional en una combinación entre los principios y la ética occidental actual en concordancia con los valores ancestrales de nuestra cultura. Estos derechos económicos que reconoce la Constitución, son indispensables para un Estado de bienestar y el cumplimiento del Buen Vivir de todos los ciudadanos, y los derechos económicos que se reconocen son tanto para las competidores como para los usuarios o consumidores de los bienes y servicios, es por esto que las actuaciones de las empresas nacionales, como es el caso de la empresa pública TAME EP debe estar guiada en base a los derechos fundamentales reconocidos en la carta magna, puesto que el fin de las actividades económicas no es el lucro a través del ciudadano, sino una economía social de mercado donde lo importante es satisfacer las necesidades de los ciudadanos.

2.4. Legislación en defensa del derecho de la competencia en el Ecuador, una protección para los operadores económicos.

Para hablar sobre la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, como la norma principal que defiende la competencia en la legislación nacional, primeramente debemos examinar cuales han sido los antecedentes previos a esta ley, y como se ha regulado la competencia en el Ecuador previa promulgación de la mencionada ley. El Ecuador da sus primeros pasos en la regulación de la competencia al ser parte de la Comunidad Andina de Naciones, donde en el Acuerdo de Cartagena, el cual es el instrumento jurídico a través del cual en el año 1969 se crea la CAN, el artículo 93 reza:

Artículo 93.- ... la Comisión adoptará, a propuesta de la secretaría general, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como “dumping”, manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente (p.25).

Por tanto, se puede evidenciar claramente que ya en el año 1969, al momento de conformación de la CAN, ya se prevenían este tipo de actitudes destinadas a falsear la competencia entre agentes económicos pertenecientes a diferentes Estados; es decir, se pretende regular la competencia comercial Interestatal. Sin embargo, se podría considerar una de las primeras legislaciones a nivel sudamericano donde se prevee la defensa a la competencia en términos generales.

Más adelante la CAN mediante sus decisiones 285 y 608, de los años 1991 y 2005 empieza a regular las actividades comerciales y la competencia en el mercado, esto con el fin de prevenir desviaciones en la competencia, esto como consecuencia de las prácticas restrictvas al derecho de la competencia por parte de los operadores económicos. Por tanto, siguiendo esta línea protectora del derecho de la competencia procede en el año 2011 a promulgar la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la misma que por algunas juristas a sido denominada como Ley Antimonopolio, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 555, y posteriormente su reglamento es expedido por Decreto Ejecutivo 1152 en el mes de mayo del 2012. Así mismo en el año 2011 se crea la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que es la autoridad administrativa que controla el funcionamiento adecuado del

mercado y previene las prácticas contrarias al derecho de la competencia por parte de todos los operadores económicos que realizan sus actividades dentro del país; es decir, es la entidad del poder público que está encargada del control y la regulación de la competencia en el país. La Superintendencia de acuerdo a sus facultades puede:

- Ejecutar estudios e investigaciones referentes al mercado,
- Instaurar programas conjuntos con otros órganos administrativos con el fin de promover las actividades en defensa de la competencia,
- Prevenir, investigar, sancionar y eliminar prácticas restrictivas a la competencia; y,
- Certificar la transparencia y eficiencia en el mercados nacional.

2.4.1. Análisis a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado o Ley Antimonopolio.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2011), que más adelante se la conocera como LORCPM, en su artículo 1 establece como su objeto el siguiente:

Art. 1.- 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.

Claramente trata de implantar un sistema en el cual los agentes económicos deben cumplir su actividad mercantil, en base a comportamientos que vayan de acuerdo a una disputa legítima por el mercado. De la misma manera, es necesario recalcar el carácter sancionador que la misma norma lo establece, con el fin de precautelar un funcionamiento adecuado del mercado. La LORCPM es de aplicación general y obligatoria para todos los operadores económicos que realicen sus actividades en el territorio ecuatoriano.

Esta Ley Antimonopolio en su capítulo II sistematiza el Régimen de Regulación y Control, en donde se refiere al mercado relevante que ha sido estudiado anteriormente, el poder de mercado que puede poseer un determina operador o agente económico, y cuáles son las prácticas que se considerar de abuso de dicho poder de mercado, o como otras legislaciones lo denominan, abuso de la posición de dominio. Más adelante se refiere a los acuerdos y prácticas restrictivas que pueden llevar a cabo las empresas, y enlista varias prácticas que

pueden ser consideradas como restrictivas a la competencia. También se encuentra plasmado en la LORCPM, que son las concentraciones económicas, como se lleva a cabo su control y regulación y los criterios considerados para que una operación de concentración sea considerada como tal. Asimismo, define lo que son las prácticas desleales, y cuales de estas se encuentran prohibidas; y por otro lado se refiere a las ayudas públicas que puede llevar a cabo el Estado, estableciendo claramente cuales son las situaciones o motivos por los cuales se puede acudir a esta vía.

La LORCPM, a partir de su capítulo IV puntualiza que la regulación y rectoría del ámbito de aplicación de la ley está a cargo de la función ejecutiva, y que la máxima autoridad administrativa es la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que ya se ha mencionado anteriormente, y se detallan en el art. 38 todas sus atribuciones. En el capítulo V se detallan los procesos a seguir en los casos de investigación y posterior sanción, como también los recursos de sede administrativa y jurisdiccional que se pueden interponer en caso de una decisión que se considere vulnera los derechos del operador económico, es así que en sede administrativa se detallan tres recursos: de reposición, de apelación o jerárquico y, extraordinario de revisión que se presentan ante el propio Superintendente; en materia jurisdiccional se procederá de acuerdo a las normas del procedimiento contencioso administrativo. La potestad para iniciar un proceso prescribe en un plazo de cuatro años.

En el capítulo VI de la Ley, se establece que existen tanto medidas correctivas como sanciones que pueden ser aplicadas por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado cuando considere que se ha infringido la mencionada Ley. Las medidas correctivas no son más que las acciones que obliga a realizar la Superintendencia con el fin de prevenir, corregir o revertir una conducta que esté falseando la competencia; mientras que las sanciones son puniciones de última ratio, en caso que no se cumplan las medidas correctivas o que cometan aquellas acciones que por ley se encuentran prohibidas, las sanciones que establece la ley son de tres clases: leves, graves y muy graves; lo negativo de esto es que los medios para determinar que tipo de sanción corresponde a los agentes económicos son subjetivas, lo cual permite discrecionalidad por parte de la Superintendencia a la hora de sancionar; existiendo también circunstancias atenuantes o agravantes para fijar la sanción.

Podemos concluir que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es completa pues a lo largo del cuerpo normativo podemos encontrar las distintas conductas

restrictivas a la competencia que no están permitidas en el Ecuador, estas conductas siguen los criterios doctrinarios y de legislación comparada pues es completa a la hora de regular la totalidad de conductas que pueden llevarse a cabo con el fin de restringir un desarrollo adecuado del mercado; así mismo, podemos dilucidar el carácter punitivo de la norma lo cual considero positivo puesto que de esta manera los operadores económicos optarán por accionar legal y legítimamente a la hora de competir en el mercado. A pesar de ello, y de considerar que esta norma antimonopolio es una de las más completas en comparación con la de otras legislaciones, estimo la norma no ha sido aplicada en su totalidad y contra todos los operadores económicos que tienen acciones restrictivas o que afecten a la competencia, por tanto debe realizarse un control más exigente al cumplimiento de la norma y el trabajo realizado por la superintendencia, con el fin de que su aplicación sea de carácter general y oportuno.

Como se ha analizado es la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la entidad que en base a sus competencia debe analizar, investigar y determinar la existencia del poder de mercado en las aerolíneas nacionales y determinar la existencia de conflictos entre las mismas o de actuaciones que esten destinadas a falsear la competencia, o actos que impidan un desarrollo de la competencia en el mercado, la Superintendencia debe establecer si la empresa pública TAME EP cumple con las disposiciones de la presente ley y efectúa su trabajo en base a estas disposiciones sobretodo en el mercado geográfico de la provincia de Loja. Pues es claro que la empresa TAME EP posee un poder de mercado significativo en las frecuencias de la provincia de Loja lo cual puede ser una de las razones por las cuales no existen otros proveedores del servicio de transporte aéreo en este destino. Se debe esclarecer si la falta de existencia de los mismos se da por razones ajenas a la empresa pública como la existencia de impedimentos por parte del Estado o la falta de interés en estas frecuencias por parte de el resto de aerolíneas; o efectivamente TAME EP influencia en esta inexistencia de competidores en este mercado. Pues al ser un proveedor monopólico, los servicios de la empresa bajan de calidad, al punto en que muchas veces el servicio es deplorable sin embargo, por ser el único proveedor el ciudadano no tiene más opciones que continuar utilizando este nefasto servicio prestado.

CAPITULO III
ANALISIS DEL PODER DE MERCADO DEL CASO TAME EP

3.1. Contextualización de las empresas públicas.

La empresa pública o empresa estatal, debe ser entendida como aquella entidad o corporación, que no se encuentra dentro del sistema financiero y que posee los mismo derechos y obligaciones que una empresa privada; es decir prestar servicios u ofertar productos con el fin de obtener lucro de esta actividad, la principal diferencia radica en que los activos o el capital con el que opera esta entidad proviene del Estado, es decir el gobierno central o descentralizado, según sea el caso, es el encargado de destinar parte de sus recursos para el funcionamiento de la misma. La empresa pública es creada con el objetivo de cumplir con las políticas públicas, es decir su fin último no es el de obtener beneficios monetarios, sino de favorecer a través de sus servicios a la sociedad, ofertando un bien o servicio que al ser manejado por una compañía privada, podrían ser mal utilizados y a su vez perjudicar a los ciudadanos. Se podría aclarar que las empresas públicas son aquellas entidades creadas por el Estado para auxiliarlo en la prestación de servicios, que por mandato legal le corresponde satisfacer al mismo. Mendoza Ramírez (1983) manifiesta que tanto la filosofía y los objetivos de las empresas públicas deben ir conforme a las políticas de la administración central.

Cabanellas (2006) define a la empresa como:

Acción o propósito difícil e incierto que requiere esforzado comienzo. En general, designio, finalidad o intención. Asociación científica, industrial o de otra índole, creada para realizar obras materiales, negocios o proyectos de importancia, concurriendo de manera común a los gastos que origina y participando también todos los miembros de las ventajas que reporte... Organización de personal, capital y trabajo, con una finalidad lucrativa, ya sea de carácter privado, en que persigue la obtención de un lucro para los socios o los accionistas; o de carácter público, en que se propone realizar un servicio público o cumplir otra finalidad beneficiosa para el interés general.(p.117)

Claramente, el autor insiste que al tratarse de una empresa pública, su objetivo principal es la prestación de un servicio público que favorezca a la comunidad, no así el lucrar del servicio prestado; sin embargo, los valores recaudados por la misma son de gran importancia para mantener la calidad y el bienes económico de la empresa, el propósito es que dicha empresa sea autosustentable.

Otros autores en cambio, se han referido a las empresas públicas y han manifestado que este concepto puede ser entendido en sentido amplio y estricto; en sentido amplio se refieren a

aquellas entidades o empresas sin personalidad jurídica propia ni independencia, administradas por el gobierno central, cuyo capital está en poder del Estado; y por otro lado la empresa pública en sentido estricto es concebida como una sociedad mercantil completamente estatal, con personalidad jurídica propia, dedicada a una actividad económica y que responde netamente a normas del derecho público (Gordillo, 1967).

El sistema de empresas públicas tiene sus antecedentes en el nacionalismo, que puede ser entendido como lo explica Hans Kohn (como se citó en Meyer, 1983) como “un estado de ánimo que genera un sentimiento de lealtad hacia el Estado nacional”, se relacionan estrechamente debido a su relación teórica en la lucha por darle mayores beneficios al Estado, es así que Meyer (1983) afirma:

Si el nacionalismo da una gran importancia al Estado, entonces, desde una respectiva nacionalista, todo aquello que tienda a su fortalecimiento, debiera de ser considerado como un factor positivo. De ahí que, en principio, las empresas públicas, sobre todo las más importantes por el volumen de sus operaciones y lo estratégico de su actividad, deben ser consideradas como elementos importantes en el proyecto nacionalista. Por lo menos en teoría. (p.47)

Por tanto, mientras mayor sea la política nacionalista del gobierno de turno o de la filosofía política del pueblo, más frecuente será el encontrarse con empresas públicas dentro del Estado, y mayores serán las tendencias de nacionalización de las empresas privadas que, por decisiones estatales han sido expropiadas y puestas a disposición del aparato gubernamental, para su manejo. La mayoría de Estados poseen empresas públicas, principalmente en áreas estratégicas en las cuales por su importancia económica o por tipo de servicio posee gran uso, es así que la mayor parte de los Estados conservan por ejemplo empresas estatales de servicio postal, de telecomunicaciones o agua, entre otros; que por su estrecha relación con el aprovechamiento de los derechos humanos de los ciudadanos, es el Estado el que se debe encargarse de prestar el servicio adecuado, de tal manera que se asegure su total cobertura para todos los individuos. Además, este tipo de empresas están relacionadas con los monopolios naturales (World Heritage Encyclopedia, 2016); los cuales se refieren a monopolios que

En el Ecuador por ejemplo, el sistema de gobierno actual del Ec. Rafael Correa, de visión

política socialista y como la Constitución establece en el art. 315, que el Estado tiene la facultad para constituir empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. Es por esto que en el Ecuador encontramos alrededor de 19 entidades denominadas bajo el título de Empresas Públicas (“Así de Ordenan las Empresas Públicas”, 2016).

La empresa pública se caracteriza por sus actos administrativos, Gordillo (1967) señala que no pueden ser declaradas en quiebra, a diferencia de otras entidades estatales; la empresa pública no tiene la necesidad de realizar concursos públicos para contratar empleados. Por ende cumplen un rol importante dentro del Estado permitiendo controlar la economía, al dirigir las políticas de producción para que engendren un bien para la mayoría, es decir sean favorecidos la mayor parte de ciudadanos y no solo un grupo privilegiado; permite una conducción hacia el desarrollo pretendido por el gobierno; garantiza también soberanía económica e independencia en miras del bien común, ya que el Estado controla las áreas estratégicas; y por último satisface los mínimos de bienestar exigidos por la sociedad, bienestar que por su naturaleza la empresa privada no está destinada a satisfacer, desde una visión privatista clásica (Castelazo, 1983).

Es importante hacer mención a lo que manifiesta Meyer (1983): “Las empresas estatales, en particular las mayores, se han convertido en burocracias enormes con intereses propios y que no siempre han sido coincidentes con el interés nacional tal y como este es definido desde el Estado”(p.49); por lo tanto la doctrina señala que hay que tener especial cuidado en el manejo y control de las empresas públicas más grandes y con manejos de capitales elevados.

Entre los objetivos de la empresa pública nos manifiesta Coombes (como se citó en Vergés, 2014) nos destaca:

- a) Suministrar determinados bienes o servicios “no rentables” que se destinen a satisfacer las necesidades y beneficien de manera directa a un determinado grupo de consumidores.
- b) Beneficiar al público general de manera indirecta.
- c) Restringir ciertas actividades rentables, que por su realización puedan afectar a un determinado grupo o colectivo social.

- d) Utilizar determinados factores de producción que sean de fabricación nacional, con el fin de beneficiar económicamente a un grupo o a toda la colectividad.
- e) Ofertar un servicio adecuado a los consumidores en base a los principios de economicidad y eficiencia.
- f) En ciertos casos, prestación de servicios adecuados para un determinado grupo.

Las empresas públicas son beneficiosas en muchos casos, sobretodo cuando el objetivo es el de brindar un servicio óptimo a la mayor parte del colectivo, o a un grupo que por sus necesidades demanda un servicio especial, sin embargo no puede ser abusada por parte de los Estados y ésta debe ser utilizado en casos puntuales, o en contextos que por las situaciones del país estas sean necesarias, caso contrario se configuraría una hiper intervención estatal. Monsen y Walters (1983) por ejemplo revelan algunas razones por las que se han optado las nacionalizaciones o conformación de empresas estatales en Europa, entre las cuales se encuentra el nacionalismo económico o apoyo a la industria nacional, la competencia internacional, evitar la quiebra de ciertas compañías privadas que por su actividad puede producir un *shock* en la economía y la vida de las personas o pérdidas masivas de empleo, promocionar el desarrollo económico, o por razones políticas e ideológicas.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas, define a las mismas como:

Entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.(p.9)

Por tanto, resumiendo las empresas públicas o estatales corresponden a aquellas sociedades mercantiles que nacen y dependen de la administración estatal, ya sea esta el gobierno central o gobiernos locales, que recurren a la creación de este tipo de entidades con el fin de prestar un servicio público, que por ley corresponde al interés general de la comunidad. Su objetivo principal es la prestación de servicios óptimos, permitiendo su acceso a todas las personas o por lo menos a la mayoría de la población, por lo tanto el servicio prestado debe tener precios adecuados de acuerdo a su naturaleza y al contexto en el cual realiza su actividad económica, puesto que debe ser accesible para todos; además que, al ser una

empresa que pertenece al Estado no posee la necesidad de lucrar, debido a la ausencia de socios o accionistas que invierten con el fin de obtener réditos económicos, sino que su lucro debe estar dirigido únicamente a su estabilidad económica y ser autosustentable. Asimismo al ser una entidad que presta un servicio de beneficio general, su fiscalización debe ser constante con el fin de que no se afecten los derechos de sus consumidores, que al ser todos los individuos del Estado se podría señalar que los clientes son sus mismos propietarios. Por esto, la utilización de empresas estatales muchas veces puede producir grandes beneficios a la economía nacional y al interés social; siempre y cuando esta sea utilizada de manera eficaz, velando por el bien común.

En el caso de la empresa pública TAME EP, la misma tiene una función especial y para lo cual fue constituida que es la de prestar un servicio de transporte aéreo adecuado, óptimo y accesible para todos los ciudadanos ya sean ecuatorianos o extrajeros, para de esta manera incentivar no solo el turismo sino también un desarrollo económico, cultural y social. Sin embargo, de lo analizado en este apartado podemos colegir que la empresa pública tiene como fin prestar un servicio impecable, acorde con las políticas públicas y en beneficio del interés general, pero ¿TAME EP presta un servicio acorde con su naturaleza de empresa pública? En las frecuencias de la provincia de Loja, el servicio de TAME EP así como su oferta no son acordes con estos principios que deben regir a una empresa pública, pues se evidencia que TAME EP se guía de mayor manera por buscar un lucro más que por prestar un servicio en beneficio de la colectividad, y no nos referimos a que preste su servicio de manera gratuita ni mucho menos, pero se debería dar un servicio adecuado y que sea accesible a la comunidad, caso contrario se rompería el esquema de empresa pública y debería transformarse en una empresa de capital privado si el objetivo es obtener ganancias valiéndose de el monopolio de frecuencias que posee.

3.2. Régimen jurídico de empresas públicas en el Ecuador.

Tradicionalmente en el Ecuador, en la historia se han creado diversas leyes o normas con el fin de regular cada una de las nuevas actividades que surgían, y que el Estado tenía la obligación de regular con el fin de prevenir vacíos jurídicos que podían desembocar en problemas mayores o en afectación de derechos o incumplimiento de obligaciones por parte de los sujetos de derechos; creando así las leyes en base a las circunstancias que se presentaban. Es el caso que al tratarse de empresas públicas o estatales, el Ecuador ha optado por tratar de normar o reglamentar todos los aspectos que sean necesarios a través de varias leyes; sin

dejar de lado los decretos ejecutivos, algunos de ellos han dado origen a las empresas públicas o han sido dictados por diversas situaciones.

En la actualidad, el régimen jurídico que rige a las diferentes empresas públicas dentro de la jurisdicción ecuatoriana, se encuentran recogidos en varios cuerpos normativos. En lo referido a cuestiones legales la ley sustancial o fundamental tenemos la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la cual regula la constitución, organización y funcionamiento de todas aquellas empresas estatales que no sean parte del sistema financiero, y que efectúen sus actividades ya sea en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local; estableciendo diversos mecanismos para efectuar un control adecuado en los ámbitos económicos, financieros, administrativos y de gestión. Los principales objetivos de esta ley de acuerdo a su art. 2 son:

1. Establecer los procesos para constituir empresas públicas para encargarse de los sectores estratégicos;
2. Instalar los medios para que se garantice el cumplimiento de las políticas públicas;
3. Reglar la autonomía económica, financiera, administrativa y de gestión de las empresas públicas;
4. Promover el desarrollo integral y sustentable, para satisfacer las necesidades básicas de los habitantes, al desarrollo económico nacional y la prestación de servicios públicos adecuados;
5. Desenvolverse en concordancia con los parámetros de calidad y los criterios económicos, sociales y ambientales básicos;
6. Precautelar el patrimonio, la propiedad pública y los derechos reconocidos en la Constitución para cooperar con Plan Nacional del Buen Vivir;
7. Instituir un marco normativo apropiado para que el Estado instaure apoyos y beneficios a determinados sectores;
8. Prevenir y corregir comportamientos que desfiguren las circunstancias para proveer de bienes y servicios entre dos o más agentes económicos, destinados a impedir, restringir, falsear o distorsionar las condiciones de acceso de los usuarios a dichos bienes y servicios; y,
9. Implantar métodos para que las empresas estatales, conserven índices de gestión de acuerdo a parámetros internacionales, para evaluar su eficacia operacional, administrativa y financiera.

El numeral 8 de manera especial, ya previene que las empresas públicas no realicen actos que vayan a afectar al derecho de la competencia y a los derechos de los demás agentes económicos; es decir, la Ley Orgánica de Empresas Públicas expresamente advierte el posible cometimiento de actos que atenten los derechos económicos y las prácticas de abuso de poder de mercado y restrictivas a la competencia por parte de las empresas públicas, con el fin de que los bienes y servicios prestados por las mismas sean accesibles a todos los ciudadanos. Además el mismo cuerpo legal establece los diferentes principios a los cuales se rigen las empresas públicas como son el desarrollo sostenible y sustentable, la descentralización estatal, eficiencia, universalidad, accesibilidad, y calidad de servicios públicos, entre otros.

En cuanto a los aspectos administrativos tenemos la Ley Orgánica de Servicio Público, la cual como su art. 2 lo manifiesta:

Tienen por objetivo propender al desarrollo profesional, técnico y personal de las y los servidores públicos, para lograr el permanente mejoramiento, eficiencia, eficacia, calidad, productividad del Estado y de sus instituciones, mediante la conformación, el funcionamiento y desarrollo de un sistema de gestión del talento humano sustentado en la igualdad de derechos, oportunidades y la no discriminación.

Y su ámbito de aplicación es amplio, puesto que está destinada a normar a todas las instituciones del Estado, cualesquiera sea la función a la que pertenezcan; ya sean estas de la función ejecutiva, legislativa, judicial, electoral o de transparencia y control social. En los aspectos patrimoniales, las empresas públicas están regidas bajo la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual determina los principios y pautas a seguir en los procedimientos de contratación o adquisición de bienes o servicios.

3.3. Derecho de la competencia y empresas públicas, una relación singular.

Los Estado a través de las empresas públicas tienen la obligación de brindar servicios de calidad para sus ciudadanos, en los bienes o servicios que por su naturaleza deben ser administrados por el aparato estatal con el fin de que estos lleguen a la mayor parte de personas de una manera equitativa, justa y eficaz. La doctrina ha advertido que las empresas públicas también pueden ser sujetos de derechos que obstaculicen a la competencia y un desarrollo justo en el mercado; es así que la Unión Europea en su Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en su artículo 106 se refiere exclusivamente a la obligación de los Estados

de no adoptar normas o de otorgar derechos exclusivos a las empresas públicas que puedan afectar al normal funcionamiento de la competencia y del mercado; es decir, ya se prevé la posibilidad de que los Estados a través de sus empresas afecten los derechos de las empresas privadas, afectando directamente no solo los derechos de los empresarios, sino en algunos casos de los mismos ciudadanos.

El autor Juan Signes de Mesa (2013) destaca que en un “sistema de economía de mercado, uno de cuyos elementos fundamentales es la promoción y defensa de un régimen que garantice que la competencia no sea falseada, el principio de igualdad en la competencia entre las empresas adquiere una importancia capital” (p.395); en otras palabras, la igualdad entre empresas públicas y privadas es fundamental para un funcionamiento adecuado del mercado, respetando el derecho de todos los agentes económicos, sin obstaculizar a la competencia. En algunos casos existen limitaciones al derecho de la competencia, consentidas por los mismos Estados o lo que también se pueden considerar como derechos exclusivos en el derecho de la competencia que dan como resultado monopolios legales. Estos derechos exclusivos se refieren a “instrumentos jurídicos que los poderes públicos conceden a determinadas entidades, reservándoles a estos efectos la prestación de bienes o servicios en todo un mercado o en un segmento particular del mismo” (Signes, 2013, p.401). dicho en otras palabras, es la facultad de la entidad pública para otorgar la exclusividad de la oferta de determinado bien o servicio por diversos factores; sin embargo, en el caso de las aerolíneas no se registran en la legislación mundial un caso en el cual un Estado conceda la exclusividad de transporte aéreo a una sola empresa, debido a su papel fundamental no solo en la economía sino también por su necesidad básica. Pues la concesión de derechos exclusivos, se encuentra estrictamente ligada a servicios públicos como lo son agua potable, transporte terrestre, entre otros; en donde encontramos que por su necesidad indispensable debe ser este servicio o bien prestado con miras al interés público, donde el lucro llega a ser un complemento de esta prestación.

La empresa pública TAME EP debe ser una empresa que de el ejemplo de competencia leal y en concordancia con la legislación antimonopolio existente en el Ecuador, pues debe guiarse en base a los lineamiento de las empresas públicas y a competir de manera justa y leal en el mercado, más aún cuando esta se encuentra financiada por fondos estatales, que en parte provienen de los tributos fiscales que pagan otras aerolíneas, es decir se encuentra financiada

en parte por sus competidores, es por esto que debe cumplir con los preceptos constitucionales y legales y participar en el mercado en base a la buena fe y a la competencia leal.

3.4. Antecedentes de la empresa pública TAME EP y su funcionamiento.

De acuerdo a la página institucional de la Empresa Pública TAME Línea Aérea del Ecuador “TAME EP”, esta es una compañía Ecuatoriana de transporte aéreo con oficina matriz en Ecuador y es la aerolínea estatal del Ecuador, por ende la empresa de servicios aéreos más grande del país. Fue fundada el 17 de diciembre de 1962 bajo el nombre de Transportes Aéreos Militares Ecuatorianos (TAME por sus siglas), gracias a la propuesta formal del Coronel Luis A. Ortega, y el Coronel Guillermo Freile Posso quien autoriza su creación e inicio de operaciones por lo que durante sus primeras décadas estuvo a cargo su administración del cuerpo militar; sin embargo, por Decreto Ejecutivo 740, se transforma a TAME Transportes Aéreos Militares Ecuatorianos en Empresa Pública TAME Líneas Aérea del Ecuador “TAME EP” conformándose en una persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa, operativa y de gestión, pasando a ser regida por la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

En principio, TAME no era la única empresa de aviación del Ecuador, por lo que tuvo la necesidad de ir mejorando tanto su flota como su servicio a los pasajeros. Su servicio se ha ido aumentando no solo por sus rutas nacionales, sino también por su trabajado integrado para realizar vuelos de conexión con otras aerolíneas, y vuelos internacionales. A pesar de que la aerolínea ya realizaba vuelos internacionales tipo chárter desde el año 1974, es hasta diciembre de 1992 cuando la aerolínea realiza su primer vuelo de ruta internacional propio. En el año 2000 la aerolínea inició un proceso de renovación de flota lo cual la llevó a adquirir varias aeronaves Airbus y Embraer.

TAME EP tienen como misión desarrollar la conectividad aérea de pasajeros, carga y correo para integrar al Ecuador, a nivel nacional e internacional, estimulando el turismo, los negocios y el comercio exterior, siempre comprometidos con la sustentabilidad, la rentabilidad social y financiera; por otro lado la visión de la empresa es: Ser hasta 2017, la aerolínea emblema del Ecuador, reconocida internacionalmente, sirviendo destinos a nivel nacional e internacional, ofreciendo una excelente experiencia de viaje. “Ecuador Ama La Vida.” Las empresas tienen la obligación de ejercer sus actividades con responsabilidad social, es por esto que TAME EP ha

manifestado desde sus inicios cuales son los valores empresariales que rigen al personal de la empresa como son:

- a) Seguridad,
- b) Calidad,
- c) Calidez,
- d) Compromiso y,
- e) Transparencia e integridad.

En la actualidad, la empresa TAME EP posee relaciones comerciales con 14 aerolíneas de todo el mundo, con las cuales trabaja conjuntamente para ofertar un servicio completo con un amplio margen de rutas para sus clientes, entre las que se encuentran: Aeroflot, Aerolíneas Argentinas, Aeroméxico, Air Europa, Alitalia, Copa Airlines, Delta Airlines, Emirates, Gol, KLM Royal Dutch Airlines, Korean Air, Sky Airline, Turkish Airlines y United. Asimismo, la empresa posee una flota de 20 aeronaves entre las cuales se encuentran 10 aviones Airbus modelos A320, A320 y A319, 4 Embraer 190, 3 aviones ATR 42-500 y, 3 kodiak (Página Institucional de la Empresa Pública TAME EP, 2016). En cuanto a la estructura orgánica funcional de la Empresa Pública TAME EP, se conforma de la siguiente manera:

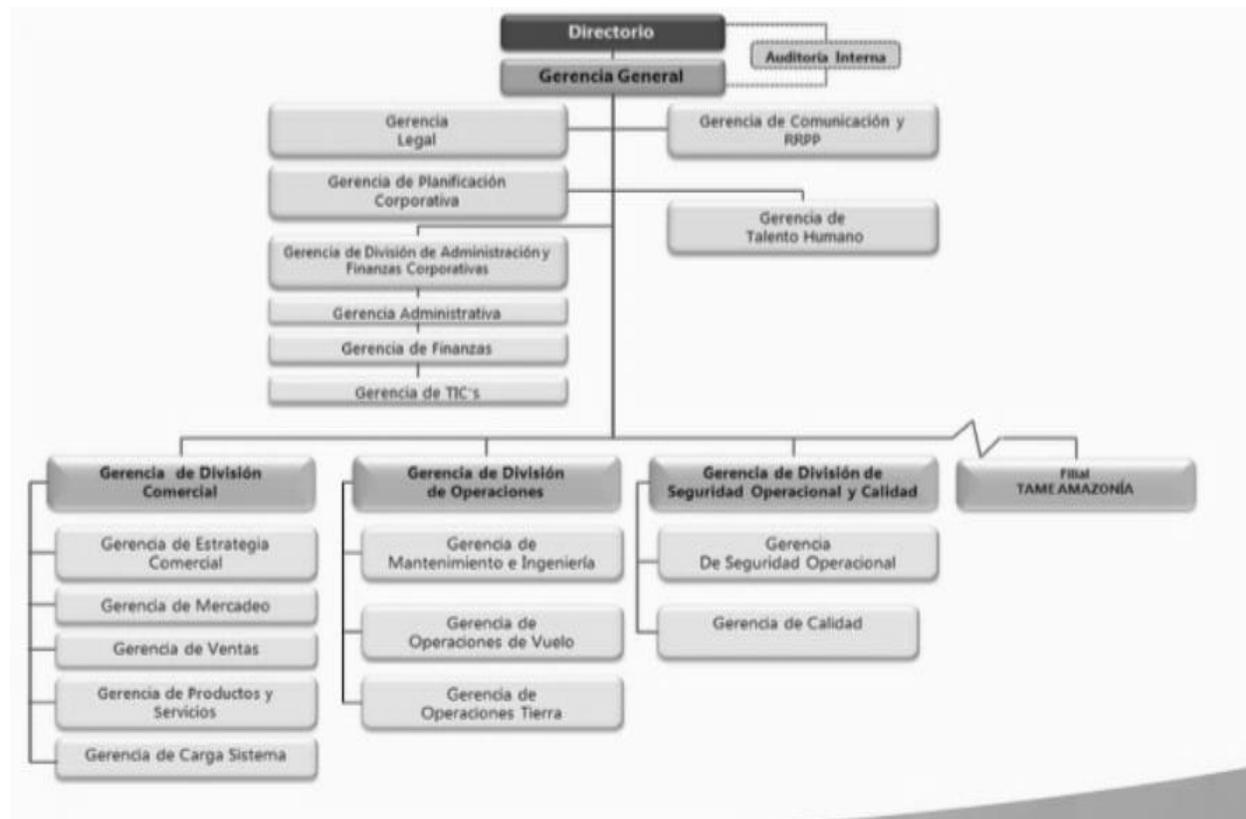


Figura 1. Estructura orgánica de la empresa pública TAME Línea Aérea del Ecuador TAME EP.

Fuente: Empresa Pública TAME Línea Aérea del Ecuador “TAME EP”

Es importante agregar que el directorio de TAME EP, de acuerdo al Art. 7 del Decreto Ejecutivo 740 y al Art. 7 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, está conformado por:

1. Ministro de Transporte y Obras Públicas (Director)
2. Titular del Organismo Nacional de Planificación o su titular.
3. Delegado del Presidente de la República.

En cuanto a la base legal que la rige, primeramente se debe destacar la Constitución de la República del Ecuador; al tratarse de una empresa pública se encuentra regida por el régimen jurídico de las empresas públicas que se trato con anterioridad como son: Ley Orgánica de Empresas Públicas, Ley Orgánica de Servicio Público, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y demás reglamentos internos de la empresa.

En lo que se refiere al presupuesto de TAME EP, para el período fiscal 2015 se obtuvieron un total de ingresos por \$280.268.249, y en cuanto a egresos se registró un valor de \$313.731.245 dando como resultado un déficit de - \$33.462.997. La empresa estatal TAME EP mantiene un personal de 352 empleados, cuya remuneración total mensual es de \$1.917.168,20, lo que da un total anual de \$23.006.018,40 (TAME, 2016).

Es necesario también mencionar los diversos beneficios que la compañía estatal TAME EP ofrece a sus consumidores, entre los cuales encontramos: promociones de vuelos a destinos nacionales e internacionales, canjeo de millas, membresía vip que brindan diversos beneficios, TAME Flycard, planes corporativos, servicio de cargo o transporte de mercancías, entre otros.

3.4.1. Competencia de la empresa, una contienda histórica.

A lo largo de la historia, la provincia de Loja ha visto la necesidad de buscar maneras rápidas y seguras de movilizarse y conectarse con las principales ciudades del país en los ámbitos políticos y económicos, como lo son Guayaquil y Quito, esto principalmente debido a que el Ecuador ha tenido siempre una sistema de gobierno demasiado centralizado. Al ser Loja una ciudad fronteriza, que se ubica al sur del país en la región Sierra, los viajes por vía terrestre a estos puntos mencionados anteriormente han sido de extrema dificultad, por cuestiones de tiempo, distancia y vías en mal estado; por lo tanto, debido a la baja frecuencia de vuelos que

ha existido varias empresas han viajado a la ciudad de Loja en rutas comerciales, pero solo una compañía TAME EP ha perdurado en la historia.

Los primeros antecedentes de la aviación en la provincia de Loja, se da en vuelos de las compañías SAETA (Sociedad Anónima Ecuatoriana de Transportes Aéreos) en la década de los sesenta, y la empresa SAN (Servicios Aéreos Nacionales) misma que realizó vuelos entre Loja-Cuenca. A fines de la década de los 70's, debido a la falta de frecuencias aéreas en la provincia de Loja, el Capitán Sergio Romero Witt constituye Aerolíneas Condor, con rutas muy especiales como lo es la Loja-Zumba-Tulcán para de esta manera unir a las dos ciudades fronterizas con el Oriente ecuatoriano, lastimosamente en el mes de septiembre de 1982 la aerolínea sufre un fatal accidente en el Oriente, terminando incluso con la vida de su dueño, razón por la cual cesaron sus operaciones (Chávez, 2010).

Otra empresa que sirvió a la provincia de Loja en el transporte por vía aérea fue la compañía Ícaro, la misma que operó durante varios años; sin embargo, por malas administraciones la misma quebró y tuvo que suspender sus operaciones, la cual ya se encuentra de acuerdo a la Superintendencia de Compañías disuelta. Por otro lado, encontramos a la aerolínea Saereo (Servicios Aéreos Ejecutivos SAEREO S.A.) una empresa con sede en Latacunga fundada en el año 2005 y que prestó sus servicios en las rutas Loja-Quito y Loja-Guayaquil, vuelos que ha decir de los ciudadanos eran de gran importancia para el desarrollo económico de la ciudad de Loja. Saereo cesó sus vuelos a Quito en el año 2006 ("Saereo dejó de volar a Loja", 2007), también reemplazó la ruta Loja-Guayaquil que fue abandonada por la empresa TAME EP ("Saereo cubre la ruta entre Loja y Guayaquil", 2009), sin embargo más tarde la empresa terminaría sus frecuencias a la ciudad de Loja, lo que perjudicó de sobremanera a la región sur pues existían también muchas personas de la provincia de Zamora Chinchipe, que se beneficiaban de su servicio; una de las principales causas para que esto suceda fue:

El ingreso en esas rutas de la empresa pública Tame con aviones... que según el presidente Rafael Correa, fueron entregados gratuitamente por el gobierno nacional, lo que les permite establecer tarifas reducidas. A esto se suma, afirma la línea aérea, el aumento de más del 300% del valor de combustible. ("Saereo suspendió vuelos a Loja y Latacunga", 2012)

Por tanto, se evidencia que ya en ese año se establecía según palabras de los empresarios una competencia ilegítima entre la empresa pública TAME EP y otros

competidores que participaban en el mercado, donde se evidenciaba que las condiciones competitivas no eran iguales entre unos y otro. Existieron también otras dos empresas que intentaron cubrir rutas desde el aeropuerto de Loja en los últimos años, esto se motivó principalmente por los excesivos precios que existían y existen en la actualidad en los vuelos que conectan a la ciudad de Loja con el resto del país, la primera fue la compañía Frontier Airlines Líneas Aéreas del Ecuador S.A. que a través de una alianza con Ícaro Express voló en la ruta Loja-Quito y se tuvo expectativas de ampliar las rutas Loja-Guayaquil y Loja-Cuenca, incluso se tenía la esperanza de aumentar una ruta internacional hacia la ciudad de Piura; sin embargo, esto no se pudo concretar y la empresa sufrió duros momentos hasta que se vio obligado a concluir su funcionamiento. La segunda empresa que también aspiró operar en las rutas desde y hacia la ciudad de Loja, fue la compañía limitada LAC (Línea Aérea Cuencana) que empezó sus operaciones en la ruta Loja-Quito el 13 de mayo de 2013, también efectuó los vuelos Loja-Latacunga. En el mes de noviembre de 2013 la compañía cerró sus vuelos a la ciudad de Loja, dando como resultado otro competidor que abandonó el mercado.

Se puede concluir entonces, que a lo largo de las últimas décadas han existido diversas empresas que han ofertado el servicio de transporte aéreo desde la provincia de Loja, hacia los principales destinos del país como lo son Quito y Guayaquil, sin embargo ninguna de estas ha podido perdurar en el tiempo y la única capaz de hacerlo ha sido la empresa estatal TAME EP, lo cual nos otorga indicios de que ha existido un comportamiento en contra de la competencia por parte de la Empresa Pública con el fin de continuar con el dominio del mercado, abusar de su poder de mercado y posición de dominio al ser la única proveedora del servicio, constituyéndose de acuerdo a lo analizado en un monopolio, en donde podría abusar de los consumidores al imponer precios monopólicos e impedir la entrada de nuevos competidores.

3.5. El poder de mercado de la empresa pública TAME EP en el Ecuador, con mención especial en la provincia de Loja.

Para determinar el poder de mercado que posee una empresa en determinado sector, debemos primeramente definir que se entiende por poder de mercado en la jurisdicción ecuatoriana, como también el mercado relevante y el volumen de negocios; es así, que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2011) nos define al poder de mercado como:

Artículo 7.- Poder de mercado.- Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.

La ley establece claramente que el obtener o el reforzar el poder de mercado no corresponde un acto que atente contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el adjudicarse o fortificar el poder de mercado, de manera tal que imposibilite, limite, engañe o desfigure la competencia, o que transgreda o afecte el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, se considera una conducta que se debe controlar, regular, y en algunos casos hasta ser sancionada por parte de las autoridades competentes y en base a la norma. Igualmente se establecen una serie de criterios para la determinación del mismo:

Artículo 8.- Determinación del Poder de Mercado.- Para determinar si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante, debe considerarse, entre otros, uno o varios de los siguientes criterios:

- a) Su participación en ese mercado, de forma directa o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas, y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder.
- b) La existencia de barreras a la entrada y salida, de tipo legal, contractual, económico o estratégico; y, los elementos que previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores.
- c) La existencia de competidores, clientes o proveedores y su respectiva capacidad de ejercer poder de mercado.
- d) Las posibilidades de acceso del operador económico y sus competidores a las fuentes de insumos, información, redes de distribución, crédito o tecnología.
- e) Su comportamiento reciente.
- f) La disputabilidad del mercado.

- g) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; y,
- h) El grado en que el bien o el servicio de que se trate sea sustituible, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas y el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.

Por tanto, luego de haber considerado los criterios que determina la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, y conocer que la existencia de uno o varios de dichos criterios pueden establecer la existencia de poder de mercado por parte de los operadores económicos; podemos determinar que la empresa pública TAME Línea Aérea del Ecuador “TAME EP” posee poder de mercado en especial en la provincia de Loja, es decir en el mercado geográfico de la provincia de Loja; puesto que se cumplen las predisposiciones de la ley al tener la facultad de fijar precios de manera unilateral en las frecuencias de vuelos LOH-UIO y LOH-GYE. De igual manera no cuenta con competidores por cuanto es la única empresa que oferta servicio de transporte aéreo desde la provincia de Loja a otros destinos. Y debe analizarse esta situación en el caso de la entrada de competidores para que su poder no se transforme en abusivo, así como también prestarse especial atención al desarrollo de su actividad y que no exista un abuso del poder de mercado en detrimento de los consumidores a través de la fijación de precios monopólicos o la prestación de servicios nefastos.

3.6. TAME EP ¿Monopolio natural, artificial o legal?.

Claramente luego de haber analizado a la empresa pública TAME EP, la legislación antimonopolio y el poder de mercado que posee la empresa, no se puede negar que la misma posee un gran poder de mercado no solamente a nivel local, sino incluso nacional. Si bien ya le hemos definido que el gozar de poder de mercado o poseer una posición de dominio no está prohibido, ni tampoco debe estarlo, existe una necesidad imperante de que el Estado controle y regule de manera primordial y substancial el funcionamiento de las mismas, con el fin de no permitir un abuso; o lo que sería peor aún la configuración de un monopolio estatal, lo cual se encuentra prohibido por la norma magna del Estado, la Constitución de la República del Ecuador del año 2008.

También se ha podido determinar con claridad, que en el mercado geográfico de la provincia de Loja, no existe competencia para TAME EP, puesto que no existen empresas que oferten el mismo servicio o por lo menos un servicio sustituto del transporte por vía aérea. Por lo tanto, es

innegable la existencia de un monopolio⁴ en la provincia de Loja, pero la pregunta principal es ¿Qué tipo de monopolio se configura? En el primer capítulo ya se mencionó los diferentes tipos de monopolios, y de acuerdo al estudio realizado nos vamos a concentrar en tres tipos de monopolios el natural, el artificial y el legal.

La empresa del transporte, entendiéndose dentro del mismo el transporte aéreo, terrestre y marítima, ha sido siempre utilizada como un medio de justificación para la existencia de monopolios para que la misma pueda funcionar (de Rus, Campos y Nombela, 2003); pues el adquirir los medios de transporte siempre ha sido costoso por lo cual solo los más acaudalados podían acceder a estos y brindar el servicio de transportación; sin embargo, esto siempre ha generado el problema de la monopolización, y por ende terminar en un abuso del poder monopolístico, ya sea a través de precios excesivos u otras maneras. Empero, esto ya ha sido dejado de lado, y se ha estimado en varias legislaciones que no son razones suficientes para que por los altos costes se configure un monopolio. Si bien la el servicio aéreo necesita de grandes inversiones, en el Ecuador existen diversas aerolíneas que prestan este servicio por lo tanto, es inaudito considerar que la empresa pública TAME EP puede configurar un monopolio natural en la provincia de Loja, esto debido a que si existen otras empresas que pueden brindar un servicio adecuado, y a través de la competencia que se genere entre estas, mejorar el servicio prestado a la ciudadanía. Por lo tanto, debemos descartar la justificación del monopolio natural en cuanto a la compañía TAME EP.

De igual manera considero importante mencionar a Posner (2007) en este apartado, quien en su Análisis Económico del Derecho manifiesta lo negativo de los monopolios dentro de las economías de mercado ya que su mera existencia reduce la producción no solo porque algunos consumidores optan por comprar diferentes productos por los precios monopólicos que se establecen, sino también porque “disminuye el incentivo de una empresa para innovar y para minimizar sus costos” (p.439). Y no solo que se reduce el incentivo a la competencia, sino que las empresas que ostentan monopolios no presentan mayores ganancias con la innovación, ni pérdidas con la falta de la misma; es el caso que cuando la empresa TAME EP al momento de haber tenido competencia en el mercado geográfico de la provincia de Loja, no solamente mejoró su servicio, sino incluso redujo sus precios monopólicos.

⁴ Richar Posner, uno de los más conocidos miembros de la Escuela de Chicago, ya nos manifestaba que cuando una firma es la única vendedora de un producto, ya sea este un bien o servicio, y no se encuentran en el mercado productos sustitutos nos encontramos frente a un monopolio.

Por lo tanto, si ya se ha definido que TAME EP no constituye un monopolio natural, se tiene dos opciones más: La primera de estas es la configuración de un monopolio artificial, que como ya lo habíamos definido anteriormente es el que se forma en base a acuerdos para restringir la competencia con el fin de generar mayor ganancia, se impide el abastecimiento de más productos para de esta manera ser el único proveedor. Estos monopolios son los más dañinos a la competencia puesto que estos solo se pueden llevar a cabo cuando dolosamente un agente económico pretende imponer un monopolio, y para que este se pueda lograr necesita de la ayuda incluso de terceros. Si se llegare a constatar la existencia del mismo por parte de TAME EP, el Estado sería subsidiariamente responsable al tratarse de una empresa pública; sin embargo, no existen indicios de que la compañía en cuestión, es decir la empresa pública TAME EP haya impedido el abastecimiento de más servicios que no sea el suyo, lo que si existe son pruebas de haber realizado actividades como reducción de precios a precios predatorios o ayudas públicas que han ayuda a la empresa, y perjudicando a los competidores privados que no cuentan con las mismas, por lo tanto no se podría especificar a la empresa como una monopolista artificial en sentido estricto.

En este caso se llegaría al último tipo de monopolio, el monopolio legal que ya en el primer capítulo se lo estableció como aquel que se crea en base a una disposición de la administración pública, y se relaciona con los derechos exclusivos otorgados por el Estado, es decir la entrada de la competencia se encuentra restringida por la administración estatal. Efectivamente se determina que TAME EP constituye un monopolio legal puesto que el Estado es quién controla el espacio aéreo y la aeronavegación en el territorio ecuatoriano (Ley de Aviación Civil, 2007) y permite la operación o concesiona frecuencias a través del Consejo Nacional de Aviación Civil (Código Aeronáutico, 2007) por lo tanto si es el Estado quien otorga los permisos o los derechos para ejercer la aviación y el servicio de transporte aéreo de pasajeros, y al otorgar derechos exclusivos en la frecuencia de la provincia de Loja, otorga derechos exclusivos a la compañía TAME EP para ejercer su trabajo en el mercado mencionado, configurándose así claramente un monopolio legal por parte del Estado y para una empresa del Estado, donde incluso podríamos ya hablar de la existencia de un monopolio público o monopolio estatal, que no es necesario que exista por la naturaleza de este servicio y porque existen más competidores que deben entrar al mercado con el fin de beneficiar en última instancia a los consumidores.

Si se analiza estos dos últimos tipos de monopolios, entonces se determina de acuerdo al estudio realizado que la compañía estatal TAME EP es un monopolio de tipo mixto, puesto que cuenta tanto con elementos del monopolio artificial como el monopolio legal. Primeramente el Estado es el encargado de otorgar las frecuencias para realizar las rutas hacia la provincia de Loja, es decir ha otorgado los derechos exclusivos a TAME EP para ofrecer el servicio de transporte aéreo a este destino, además la entrada al mercado y el ingresar a estas rutas conllevan una serie de trámites y permisos, que de acuerdo a lo estudiado pueden ser considerados como barreras de entrada para nuevos competidores, sobretodo para grandes competidores como la compañía LATAM (antiguamente LAN) que es un competidor potencial en el Ecuador de la compañía TAME EP, la cual sospechosamente no ha ingresado a un mercado donde existen precios elevadísimos y que de acuerdo a Posner (2007) “aquellos competidores que entrarían al mercado si el precio fuese alto” (p.478) ¿Por qué si los precios del servicio de transporte aéreo en la ciudad de Loja han aumentado y en la actualidad sobrepasan los \$180 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, no ha existido competencia potencial por parte de las grandes empresas? Este es un tema de debe ser analizado con cuidado por los organos administrativos y de control, puesto que se perjudica directamente a todos los ciudadanos. Eso en cuanto a la consiguración de un monopolio legal, en cuanto al monopolio artificial, se puede identificar fácilmente que la compañía TAME EP cuando han existido competidores en el mercado local, ha dirigido sus acciones directamente a falsear a la competencia, hasta el punto de impedirle operar en las frecuencias hacia la ciudad de Loja, lo que concurriría en un acto desleal a la competencia y en claras violaciones a la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado, estableciéndose de esa manera como la única empresa proveedora del servicio de transporte aéreo y estableciendo precios monopólicos.

Por lo tanto, se determina la existencia de un mopolio mixto, esto es un monopolio legal y artificial, de la compañía TAME EP en la provincia de Loja, configurándose de esta manera un monopolio público o estatal, al ser el mismo Estado quien concede las frecuencias y otorgarle a una empresa estatal, la misma que efectúa un abuso del poder de mercado no solamente en contra de los competidores que han existido, sino también en contra de los consumidores que son afectados directamente por el accionar mopólico de la empresa Estatal, que debería actuar, al ser parte del Estado, como un referente en materia de defensa y protección de la competencia, y brindar beneficios a sus consumidores, pues al ser una empresa pública, debe estar orientada a satisfacer el bienestar general de carácter social y no mercantil.

CAPÍTULO IV
ANÁLISIS EMPÍRICO

4.1. Investigación de campo.

En la presente investigación de campo se procedió a aplicar los instrumento de investigación con el fin de determinar de manera general el problema sociológico que ocurre en la provincia de Loja, en lo referente al poder de mercado y monopolización por parte del proveedor del servicio de transporte de pasajeros por vía aérea. Para proceder así a determinar, en base a la información obtenida en la investigación de campo, la existencia de una vulneración al os derechos económicos y al derecho de la competencia en el Ecuador; irrespetando las regulaciones antimonopolio establecidas en la legislación nacional.

4.2. Aplicación de los instrumentos de investigación.

Dentro de la investigación de campo se ejecuto una serie de entrevistas a diferentes personas de la ciudad de Loja, las cuáles por la actividad que realizan o en un momento han realizado actividades relacionadas con la transportación de pasajeros vía aérea, han utilizado con frecuencia el transporte aéreo es decir el servicio de la empresa TAME EP o conocen de cerca el mercado de la ciudad de Loja y el poder de mercado que influye en el comportamiento del mismo.

Es por lo mencionado que se procedió a entrevistar al Ing. Claudio Eguiguren, quien se desempeñó como presidente de la compañía Frontier Airlines Líneas Aéreas del Ecuador S.A. quien nos pudo referir que conoce las regulaciones en defensa de la competencia y el mercado, y la existencia de una Superintendencia (Superintendencia de Control del Poder de Mercado), empero el Ecuador ha estado y sigue colmado de monopolios sin cumplir el objetivo de las regulaciones, y estos monopolios se encuentran presentes en todas las áreas productivas, incluso en los servicios públicos que brinda el propio Estado, perjudicando al usuario por la baja calidad de servicios. Mencionó también que conformaron la mencionada empresa Frotnier varias personas de la ciudad de Loja y que a través de una alianza estratégica se pretendía brindar un servicio adecuado y necesario de tranporte aéreo de pasajeros a la región sur; sin embargo TAME EP al ser un mal competidor influyó en el cese de otras actividades empresariales relacionadas, y que con el fin de ser el único proveedor del servicio; por tanto concluye que es necesario la existencia de otras aerolíneas grandes que puedan competir con TAME EP, con el fin de mejorar el servicio y beneficiar al usuario, pues la competencia es lo más saludable para toda actividad mercantil. Por lo tanto; a través de los instrumentos, se puede evidenciar que el entrevistado se manifiesta en contra de las actuaciones de TAME EP y su poder de mercado, y su enfoque se dirige hacia el agravio a la

“libre competencia” postulado que pretende defender un comportamiento adecuado en el mercado, en donde todos los proveedores puedan participar en igualdad de condiciones, y respetando las actividades mercantiles de terceros. Por tanto los gobiernos, nos dice, deben implantar políticas de competencia con el fin de beneficiar a la provincia de Loja, y a todas aquellas donde la empresa pública pueda estar vulnerando las disposiciones de defensa de la competencia.

En contraste, la Ing. María Auxiliadora Hurtado, quien se ha sido representante de la empresa pública TAME EP en la ciudad de Loja por 15 años, indicó que no conoce exactamente las regulaciones antimonopolios, a pesar de ello considera que efectivamente existen monopolios en el Ecuador como por ejemplo el de TAME EP en la ciudad de Loja, pero que se da por la falta de ofertantes en el mercado, y que lo mismo se da porque las frecuencias a la ciudad de Loja no generan muchas ganancias por lo cual no son sostenibles en el tiempo, y que en el caso de TAME EP esta subsidia estas rutas con otras más rentables. No obstante manifiesta que la competencia leal podría beneficiar no solo a los usuarios sino también al mercado en general. Podemos dilucidar de la información de la entrevista, la visión proteccionista de la empresa pública TAME EP, manifestando que respeta las regulaciones en defensa de la competencia; es decir las normas legales, a través de sus actuaciones. Enmarcándose su actitud en lo manifestado en el principio constitucional de legalidad, puesto que el ejercicio y desempeño de sus actividades, las realiza de acuerdo a las leyes vigentes; es decir sus actos están sometidos al imperio de la ley.

Por otro lado el Ing. Leonardo Burneo Muller, quien ha desempeñado el cargo de gerente general del Banco de Loja por varios años, expresó que en el Ecuador a pesar de que existen varias regulaciones y organismos de control del mercado, existen monopolios y oligopolios que deben ser analizados en el campo de los sectores estratégicos, servicios básicos, incluida la aviación. Asimismo, manifestó que en el caso concreto del servicio de la compañía TAME EP a la provincia de Loja, la existencia de un monopolio y del abuso del poder de mercado es evidente, y que incluso considera la empresa ha contribuido en la monopolización del mercado, influyendo en la quiebra o cese de actividades de otras empresas que han operado en la provincia de Loja. La entrevista efectuada esclarece que considera que el principal problema dentro de la monopolización del servicio aéreo por parte de TAME EP afecta de manera directa al funcionamiento del mercado puesto que abusa del poder de mercado que posee al ser el único proveedor del servicio, afectando de manera inmediata a los derechos económicos de los

consumidores, al establecer precios monopólicos que no van acorde al servicio prestado, sin ser el mismo de calidad.

En definitiva, todos los entrevistados han podido referir que la competencia en el mercado de transporte de pasajeros por vía aérea es necesaria, siempre y cuando la misma sea leal y cumplan con todas las regulaciones establecidas por el Estado; lo cual no beneficia únicamente a los usuarios o consumidores, sino también a las empresas con el fin de mejorar sus servicios y al mercado en general contribuyendo igualmente al desarrollo de la región. Es necesario el ingreso de compañías grandes y que se encuentren ya consolidadas en el país al mercado aéreo de la provincia de Loja, con el fin de que se pueda competir de manera leal y se mejore el servicio, brindando un servicio óptimo y de calidad a los usuarios tal como lo establece la Constitución de la República, y no solo se beneficie a los usuarios, sino también al desarrollo y a la economía de la provincia de Loja y de la región sur del Ecuador. TAME EP ha sido históricamente un mal competidor abusando de su poder de mercado o posición de dominio y su condición de empresa pública, para a través de la aplicación de precios predatorios y compitiendo de manera desleal para convertirse en el único proveedor del servicio; y una vez monopolizado el mercado abusar de esto e imponer precios excesivamente altos, perjudicando a los consumidores. La empresa TAME EP ha referido que la razón de los precios altos, los mismos que afectan los derechos económicos del consumidor, y la falta de competencia en el mercado se da por la falta de rentabilidad de las frecuencias; sin embargo, otros entrevistados manifiestan lo contrario.

CONCLUSIONES

1. Que el derecho de la competencia se encuentra actualmente legislado en el Ecuador, el cual está dirigido a proteger un bien jurídico colectivo como es la estructura del mercado y su correcto funcionamiento, como también un bien jurídico individual tanto de los competidores como de los consumidores. Todo esto a través de la Constitución de la República del Ecuador y de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.
2. Que los derechos económicos, tanto individuales como colectivos, se encuentran estrictamente relacionados con la libre competencia y con el derecho de la competencia, a través del cual se los pretende proteger, lo cuál brinda un gran beneficio a la economía de mercado y al desarrollo económico del país.
3. Que la empresa pública TAME EP, como empresa estatal está obligada a cumplir de manera efectiva no solo las regulaciones emanadas por el mismo Estado, sino también cumplir su fin que es el de brindar un servicio por el bienestar general; y que por lo tanto debe cumplir la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado en todos sus preceptos. Lo cual no se cumple puesto que abusa de su poder de mercado y su situación monopólica, perjudicando de manera principal a los consumidores de sus productos, y así también a la entrada de posibles competidores.
4. Además existe un monopolio artificial debido a que a través de actuaciones en contra de la competencia, la empresa estatal TAME EP ha impedido el desarrollo del mercado, el ingreso y la estabilidad de competidores de otras aerolíneas en la provincia de Loja, estableciéndose de manera ilegítima como único proveedor del servicio y por ende como monopolio. Entendiéndose al monopolio artificial, como aquél en donde el monopolista se establece artificios a través de los cuales impide que otro proveedor ingrese al mercado o pueda competir de manera justa.
5. En consecuencia se concurre en un monopolio público mixto (artificial y legal) de frecuencias y servicios aéreos por parte de la Empresa Pública TAME EP en la provincia de Loja, lo que violenta los postulados de libre competencia establecidos en la Constitución y la Ley Antimonopolio, lesionando los derechos de los empresarios al trabajo y al libre mercado, como también de los consumidores al abusar de su poder de mercado y establecer precios monopolístico y no proveer servicios óptimos y de calidad como se establece en la Constitución de la República del Ecuador.

6. Que es el Estado quien permite el quebrantamiento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y de la Constitución de la República del Ecuador que prohíbe expresamente la existencia de monopolios. Lo cual afecta los derechos fundamentales no solo de los competidores que han existido o que deseen ingresar al mercado, sino también de los consumidores, los ciudadanos que ven afectada su economía y que incurren en costos excesivos aumentando las ganancias de la empresa monopólica, lo cual resulta incompatible para un “Estado de Derechos” como lo es el Ecuador a través de lo establecido en la Constitución.
7. Que es necesario la existencia de otra empresa que oferte el servicio de transporte de pasajeros por vía aérea, no solo con el fin de competir de manera leal con la empresa pública TAME EP ya que la competencia es saludable y por tanto de esta manera se mejoraría el funcionamiento del mercado, beneficiando no solo al desarrollo y la economía de la provincia de Loja, sino también a los ciudadanos.
8. Que la empresa pública TAME EP, aprovechándose de su condición de empresa estatal a sido un mal competidor y ha influido en la monopolización del mercado a través de precios predatorios y abusando su posición de dominio, para consolidarse como único proveedor y así aprovecharse de los usuarios.
9. Que existe un monopolio público por parte de la empresa pública TAME EP, y por ende del propio Estado, pues es quien posee las frecuencias y otorga concesiones para el uso de las mismas a través del Consejo Nacional de Aviación Civil, y que las frecuencias de la provincia de Loja han sido concesionadas de manera exclusiva a la empresa TAME EP que pertenece igualmente al Estado, creándose así no solamente un monopolio legal, sino también configurándose como un monopolio público pues el servicio es únicamente provisto por el Estado, y a pesar de esto no está dirigido a satisfacer el bienestar general y las necesidades colectivas, sino que busca lucrar de manera indiscriminada de los ciudadanos. Lo que vulnera los derechos a la libre competencia, al trabajo, a la libertad de empresa y en general al sistema económico social y solidario reconocido en la Constitución, como a los derechos económicos de las personas que complementan el conjunto de derechos para lograr el “Buen Vivir”.

RECOMENDACIONES

1. Definir si han existido precios predatorios por parte de la empresa pública TAME EP con el fin de que la misma sea sancionada, o en lo mínimo prever estos antecedentes para controlar su funcionamiento en el mercado y que no falsee la competencia. Para definir si esos precios fueron predatorios sería necesario un nuevo estudio donde se empleen los test de costos, test de ingreso vs costo viable, las reglas two-tier, reglas de control de expansión de la producción, entre otros.
2. Fomentar el ingreso y la participación en el mercado de la provincia de Loja de nuevas empresas que brinden el servicio de transporte aéreo a más de la compañía TAME EP, sobretodo de grandes empresas que puedan competir en igualdas de condiciones, con el fin de beneficiar a los consumidores del servicio.
3. Analizar la existencia de prácticas prohibidas de acuerdo al derecho de la competencia, por parte de TAME EP, en contra de las compañías aéreas que han prestado sus servicios en la provincia de Loja, y que han tenido que cesar sus operaciones.
4. Examinar la indiferencia por parte de los gobiernos y de las autoridades administrativas y de control en lo que respecta a la monopolización del mercado por parte de la empresa estatal TAME EP, y su vulneración a los preceptos constitucionales antimonopólicos del Ecuador.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso, M., y Rosell, J. (2015, junio). *Competencia Imperfecta, Regulación y política de Defensa de la Competencia*. Economía Aragonesa. Recuperado de <https://www.researchgate.net/>
- Anónimo (2016, 21 de abril). Así se Ordenan las Empresas Públicas. *Líderes*. Recuperado de <http://www.revistalideres.ec>
- Ávila Santamaría, R. (2011). *El Neoconstitucionalismo Transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Quito, Ecuador: Abya-Yala.
- Ávila Santamaría, R. (2012). *Los Derechos y sus Garantías. Ensayos críticos*. Quito, Ecuador: CEDEC.
- Bauman, Z. (2007). *Vida de Consumo*. Madrid, España: Fondo de Cultura Económica de España S.L.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los Derechos*. Madrid, España: Editorial Sistema.
- Bolaño Berh, C. (2000). *Experiencias para una Economía al Servicio de la Gente*. Lima, Perú: Nuevas Técnicas Educativas.
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Casillas, C. (Ed.). (1996). *El Fideicomiso y los Proyectos de Infraestructura*. México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Castañé López, S. (14 de octubre de 2013). Libertad e Igualdad en Aristóteles y Hobbes. Recuperado de <http://sergicastanye.com>
- Castelazo, J. (Ed.) (1983). *La Empresa Pública y la Rectoría del Estado*. México: Ediciones INAP.
- Cevallos, V. (2001). *Libre Competencia, Derechos de Consumo y Contratos*. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Chávez, G. (08 de febrero de 2010). Aerolíneas Condor [Mensaje en un blog] Recuperado de <http://www.foro.tamevirtual.org/>
- Comunidad Andina de Naciones. (1969). *Acuerdo de Integración Subregional Andino "Acuerdo de Cartagena"*. Cartagena, Colombia.
- Comunidad Andina de Naciones. (1991). *Decisión 285*. Lima, Perú.
- Comunidad Andina de Naciones. (2005). *Decisión 608*. Lima, Perú.
- Conferencia IX Internacional Americana. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá, Colombia.

- Decreto Ejecutivo 740 (2011). Transforma a TAME en Empresa Pública. Registro Oficial Ecuador, suplemento 442.
- Delos, J. T. (Ed.). (1981). *El Fin del Derecho: Bien común, justicia, seguridad*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Fischer de la Vega, L. (2011). *Mercadotecnia*. México, México D.F.: McGraw Hill.
- García-Cruces, J. (2014). *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*. Madrid, España: Tirant lo Blanch.
- Gordillo, A. (1967). *Derecho Administrativo de la Economía*. Recuperado de <https://books.google.com.ec/>
- Grijalva, A. (2012). *Constitucionalismo en Ecuador*. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/>
- González Álvarez, R. (s.f.). *Aproximaciones a los Derechos Humanos de Cuarta Generación*. Recuperado de www.tendencias21.net
- González de Cossío, F. (2006, abril). *Discriminación de precios, dumping y depredación. Tres disciplinas, un fenómeno económico*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Recuperado de <http://revistas.juridicas.unam.mx>
- Hornby, L. (1 de diciembre de 2014). *China Desintegra el Monopolio más Antiguo del Mundo*. Milenio. Recuperado de http://www.milenio.com/financiam_tmes
- Jackson, T., Evanchik, M., DeSantis, A., Cox, A., y Van Antwerp, J. (15 de julio de 2007). *The Wealthiest Americans Ever*. The New York Times. Recuperado de <http://www.nytimes.com>
- Kent, Roland G. (1920). The Edict of Diocletian Fixing Maximum Prices. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register* . 69 (1), 35–47.
- Ley s/n (2011). Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Ecuador, suplemento 555.
- Ley s/n (2009). Ley Orgánica de Empresas Públicas. Registro Oficial Ecuador, suplemento 48.
- Ley s/n (2008). Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Ecuador, suplemento 395.
- Ley s/n (1999). Ley de Compañías. Registro Oficial Ecuador, suplemento 312.
- Ley N° 2006-013 (2006). Ley de Propiedad Intelectual. Registro Oficial Ecuador, suplemento 426.
- Ley N° 2005-017 (2005). Código de Trabajo. Registro Oficial Ecuador, suplemento 167.
- Ley s/n (2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Ecuador, suplemento

180.

- Ley N° 2006-015 (2006). Código Aeronáutico. Registro Oficial Ecuador, suplemento 435.
- Ley N° 2006-016 (2006). Ley de Aviación Civil. Registro Oficial Ecuador, suplemento 435.
- Loma-Osorio, D. (2013). Tratado de Derecho de la Competencia. Pamplona, España: Thomson.
- Maillo, J. Abuso de Posición Dominante. *Expansión*. Recuperado de <http://www.expansion.com>
- Marx Carrasco, C. (2015) ¿Por qué una nueva economía en una nueva Constitución?. En CEFI (Ed.), *La Nueva Economía de la Nueva Constitución del Ecuador*. (pp. 73-86). Quito, Ecuador: Publingraf.
- Mendoza Ramírez, R. (Ed.) (1983). *La Autonomía de la Empresa Pública como Condición para un Eficiente Cumplimiento de los Objetivos Nacionales*. México: Ediciones INAP.
- Meyer, L. (Ed.) (1983). *Estado, Nacionalismo y Empresa Pública*. México: Ediciones INAP.
- Ministerio de Economía Guatemala. (2015). *Tipos de Monopolios*. Recuperado de <http://www.mineco.gob.gt>
- Monsen, R. & Walters, K. (1983). *Nationalized Companies: A threat to American business*. New York: McGraw-Hill.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2009). *Policy Roundtables Margin Squeeze*. Recuperado de <http://www.oecd.org/>
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.ccee.edu.uy/>
- Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Recuperado de <http://www.ohchr.org/>
- Organización de Estados Americanos. (1988). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"*. Recuperado de <http://www.oas.org/>
- Otamendi, J. (Octubre, 1998). La Competencia Desleal. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, (2), p.44.
- Otamendi Rodríguez-Bethencourt, J. (1994). *Comentarios a la Ley de Competencia*

Desleal. Pamplona, España: Aranzadi.

- Parkin, M. (2004). *Economics*. México: Pearson.
- Picard de Orsin, M. y Useche, J. (2006). Una Nueva Dimensión del Estado de Derecho: el Estado Social de Derecho. *Provincia*. Recuperado de <http://www.redalyc.org/>
- Posner, R. (1969, febrero). Natural Monopoly and Its Regulation. *Stanford Law Review*. Recuperado de <http://chicagounbound.uchicago.edu/>
- Posner, R. (2007). *Análisis Económico del Derecho*. (trad. Suárez, E.) México D.F., México: FCE. (Obra original publicada en 1992).
- Prieto Álvarez, T. (2002). *Políticas Comunitarias: Bases jurídicas*. Valladolid, España: Lex Nova.
- Real Academia Española (2014). *Diccionario de la Lengua Española*, 23. Ed. Madrid, España: Espasa.
- De Rus, G., Campos, J., Nombela, G. (2003) *Economía del Transporte*. Barcelona, España: Bosch.
- Sabino, C. (1991). *Diccionario de Economía y Finanzas*. Caracas, Venezuela: Panapo.
- Saereo cubre la ruta entre Loja y Guayaquil. (22 de diciembre de 2009). *El Comercio*. Recuperado de <http://www.elcomercio.com/>
- Saereo dejó de volar a Loja. (20 de marzo de 2007). *La Hora*. Recuperado de <http://lahora.com.ec/>
- Saereo suspendió vuelos a Loja y Latacunga. (29 de marzo de 2012). *El Universo*. Recuperado de <http://www.eluniverso.com/>
- Saldaña, L. (1981). Introducción. En H. Cuadra (Ed.), *Estudios de Derecho Económico*. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx>.
- Signes de Mesa, J. (2013). *Derecho de la Competencia*. Pamplona, España: Thomson.
- Smith, A. (1776). *Una Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones*. Recuperado de <https://www.marxists.org/>.
- TAME. Recuperado de <http://www.tame.com.ec/>
- Tirado Henríquez, P. (24 de abril de 2009). Demanda de Pepsi contra Coca Cola reabre polémica por publicidad comparativa. *Economía y Negocios*. Recuperado de <http://www.economiaynegocios.cl>
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (1978). *United Brands Company v. Comisión de las Comunidades Europeas*.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (1979). *Hoffmann- La Roche & Co. v. Comisión de las Comunidades Europeas*.

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (1994). *Banco Exterior de España y Ayuntamiento de Valencia v. Comisión de las Comunidades Europeas*.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (1974). *Societe belge des auteurs v. Comisión de las Comunidades Europeas*.
- Unión Europea. (2012). *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*.
- United States Supreme Court. (2016). *Gibbons v. Ogden*. Minnesota, Estados Unidos: FindLaw. Recuperado de <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/22/1.html>.
- Vergés, J. (2014). *Eficiencia Comparativa Empresa Pública vs. Empresa Privada: La Evidencia Empírica*. Universitat Autònoma de Barcelona., Barcelona, España.
- Witker, J y Varela, A. (2003). *Derecho de la Competencia Económica en México*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- World Heritage. (2016). *World Heritage Encyclopedia* [Versión electrónica], <http://www.gutenberg.us>

ANEXOS

ENTREVISTA

Nombre:

A qué se dedica:

Años de experiencia:

¿Conoce las regulaciones antimonopolios (LORCPM)?

¿Conoce la existencia de algún tipo de monopolio en el Ecuador?

¿Podría referir la existencia de un tipo de monopolio en el mercado geográfico de la provincia de Loja?

¿Considera usted que existe un monopolio en el caso de las aerolíneas en Loja (Caso TAME EP)?

¿Cree usted que la compañía TAME EP abusa del poder de mercado que posee?

¿Piensa usted que otras aerolíneas que han trabajado en las rutas Loja-Quito y Loja-Guayaquil, han desaparecido o abandonado dichas frecuencias por causas relacionadas con TAME EP?

¿Considera que si otras aerolíneas trabajaran en las frecuencias mencionadas, el servicio podría mejorar, los precios disminuir y beneficiarían a la provincia de Loja?

Entrevista al Ing. Claudio Eguiguren

¿Se ha dedicado dentro del transporte aéreo a alguna actividad?

Bueno nosotros hemos estado bastante vinculados al transporte aéreo y terrestre básicamente por dos razones. La primera hemos estado vinculados directamente al sector turístico a través del ser parte del hotel libertador, tener la agencia de viajes Vilcatur. En años anteriores también teníamos el servicio rent-a-car con lo cual digamos nos vinculamos directamente al que hacer turístico; naturalmente uno de los problemas que se generaba, y se generan actualmente es la facilidad de acceso y salida hacia la región sur del país fundamentalmente a la provincia de Loja, entonces hemos estado vinculados a este tipo de problemas y siempre hemos estado buscando algún tipo de solución. En ese sentido con un grupo de Lojanos patriotas se conformó una compañía encaminada a fundamentalmente tener una transportación aérea propia de aquí de Loja, efectivamente se hizo la compañía Frontier la cual por la complejidad de este tipo de operaciones hubo que unirse a Aeropais de Cuenca, hacer una alianza estratégica, y naturalmente escogimos como operador técnico y de la parte operativa a la compañía del coronel Saltos, Ícaro. Desgraciadamente se pudo trabajar dos años con buenos resultados, y desgraciadamente hubo su lapsus en cuanto a la parte operativa y administrativa de la compañía Ícaro, las cuales nos ocasionó que nuestra compañía termine mal, esa fue un poco la historia por las cuales no cumplimos nuestros objetivo, sino solo parcialmente.

¿Conoce las regulaciones antimonopolios en el Ecuador?

En cuanto a las regulaciones antimonopolios la nueva ley de mercados, se establece inclusive y se ha creado una Superintendencia, pero a mí entender lo que menos hacen es controlar el mercado y sobretodo el combate a los monopolios. Este país esta lleno de monopolios, lleno de exclusividades; unas son visibles otras son invisibles. Pero a mi entender no se cumple ese objetivo que la ley les ha dado, y que es un objetivo bueno que se evite los monopolios, porque ahí se abusa mucho de las condiciones de comercialización y las relaciones entre comprador y vendedor.

¿Nos puede referir la existencia de algún monopolio en el Ecuador y en la provincia de Loja?

Bueno hay muchísimos, hay muchos monopolios desde el área de comercialización de productos, el área de generación de productos, el área de producción. No sé si se podría dar nombres pero la verdad es que todas estas áreas definitivamente hay grandes monopolios, inclusive el mismo Estado tiene muchos monopolios a su haber en los servicios básicos

fundamentalmente, en los cuáles al ser únicos y exclusivos desgraciadamente no se brinda un buen servicio. En la parte particular es igual, creo que son visibles a la luz pública los diferentes monopolios, sobretodo en áreas productiva y de comercialización de todo tipo de producto; que son monopolios que se han ido consolidando y han ido tomando posesión geográficamente de absolutamente todo el país, antes veíamos determinado tipo de negocios únicamente en Quito y Guayaquil, ahora han abierto su rango de acción y los encontramos en todo el país. Entonces eso personalmente creo que no le hace bien al país.

¿Cree usted que en el caso de las aerolíneas que operan Loja, podría existir un monopolio por parte de la empresa pública TAME?

Mira eso es un poco la historia que se ha dado del mal competidor, y que termina quedándose el único. TAME es una empresa que le ha dado un gran servicio al país, no podemos negarlo y debe seguirlo dando a ese buen servicio porque de una u otra manera es la empresa que ha cubierto su servicio aéreo a todo el país y eso se merece una felicitación. Lo que es reprochable de TAME es que desgraciadamente a excepción de las tres o cuatro rutas que para ellos les resulta más atractivas como es la Quito-Guayaquil, talvez a Cuenca y a Galápagos, el resto de rutas las toman como suplementarias y no cumplen la misión que tiene la empresa por un lado. Por otro lado, también tenemos que tomar en cuenta que cuando han existido y se han dado cierto tipo de servicios que permiten la competitividad y naturalmente sale ganando el usuario, lamentablemente TAME ha sido un mal competidor, acordémonos el tiempo de Saereo, de la misma compañía Aeropaís que empezó a servir aquí; ellos aumentan frecuencias, bajan costos con la finalidad de al pequeño tratar de quebrarlo, eso se ha dado en la historia y eso es en definitiva lo que nos ha impedido que se pueda haber por lo menos dos líneas aéreas que sirvan a la provincia de Loja. Esa es una historia que la conocemos y si nos remontamos un poco más al pasado también cuando estuvo la compañía CONDOR. En otro tema que también vale la pena mencionar es que cuando el Estado ecuatoriano cedió las frecuencias para que tanto LAN como también Avianca puedan introducirse en el Ecuador, bien por el servicio porque eso es importante que más compañías vengan a servir a nuestro país, pero a su vez dentro de lo que se llegó a conocer en la primera etapa de introducción que eran dos años, ellos iban a manejar este servicio en las rutas principales que eran Quito, Guayaquil, Cuenca, Manta y también a Galápagos; el Estado les concedió ese permiso a las dos compañías que son líderes en el mercado latinoamericano pero se contemplaba que en la segunda etapa ellos también iban a servir a rutas de menor número de pasajeros como es el caso de Loja, como es el caso de Esmeraldas, el caso de Santa Rosa mismo pero

desgraciadamente pues hasta ahí llegó el ofrecimiento, solo cogieron la parte que les interesaba y no tienen esa visión social de poder cubrir a otras provincias para brindar el servicio; eso también deberíamos pensar que es un error de la aviación Civil y del gobierno que cumplan aquel ofrecimiento que ellos hicieron.

¿Piensa usted que otras aerolíneas que han trabajado en las rutas a la ciudad de Loja han desaparecido o abandonado las frecuencias debido a causas relacionadas con TAME EP?

No exactamente, el caso nuestro de Frontier fue más porque la compañía Ícaro del Coronel Saltos, desgraciadamente fracasó en su propia empresa fracasó y nos arrastró igual. Ahora el poner una compañía aérea no es una cosa fácil porque se requiere muchos componentes técnicos, económicos, de conocimiento y en la parte periférica, en la parte provincial no tenemos esto; desgraciadamente el centralismo de este país todo está en Quito y Guayaquil entonces también es difícil contar con esas posibilidades de poder tener recursos técnicos y económicos para poder armar esto, esas quizá son las razones; no creo que exactamente sea TAME, TAME podemos decir que sea un mal competidor pero no más allá de eso. Y esto afecta en gran parte ya que hacer esto repetido no es fácil y se requiere de un gran esfuerzo, por ende la competencia desleal afecta directamente a las pequeñas aerolíneas.

Y por último, ¿Considera que si otras aerolíneas trabajaran en las frecuencias de la provincia de Loja, el servicio podría mejorar?

Definitivamente la competencia es lo más saludable, cuando se consagran los monopolios definitivamente se ponen condiciones y eso hace mucho daño al usuario. En el caso puntual, del servicio aéreo a la provincia de Loja fuera ideal que compañías grandes como LATAM o la compañía Avianca tengan una frecuencia, sería muy saludable, y sobretodo esto permitiría regular costos, desgraciadamente pues al ser los únicos nos imponen tarifas sumamente altas que pasan ya de los \$200 y más dólares por un vuelo de 45 minutos, realmente es un costo muy alto; que limita el crecimiento, que limita el uso del avión. Vemos que la cooperativa Loja de alguna manera está dando un servicio que suplanta el servicio en función de costos. Si tuviéramos un costo promedio de \$120 y \$150 dólares un viaje a Quito y Guayaquil, el número de usuarios fuera muchísimo mayor, pero ya en la economía de las personas de esta región, gastarse ese valor que cuesta actualmente resulta sumamente oneroso, y se tiene que buscar alternativas que normalmente es la vía terrestre.

Entrevista a la Ing. Maria Auxiliadora Hurtado Sarmiento

¿A qué se dedica?

Administrar la oficina de TAME en la ciudad de Loja.

¿Cuántos años lleva en este cargo?

15 años.

¿Conoce usted las regulaciones a favor del poder de mercado y que regula los monopolios y la competencia?

No exactamente.

¿Tal vez conoce la existencia de algún tipo de monopolio en el Ecuador?

Bueno sí, entiendo que hay monopolios que podrían darse por la ausencia de otros servicios dentro del mercado. En caso nuestro digamos en la ciudad de Loja TAME tiene un monopolio, pero es un monopolio que se da no por el manejo exclusivo de la aerolínea, sino por la falta de ofertantes del servicio en nuestro mercado.

¿Piensa usted que otras aerolíneas que han trabajado en las frecuencias de la ciudad de Loja han desaparecido o cesado sus actividades debido a causas relacionadas con la compañía?

No, de lo que yo conozco la ruta Loja-Quito-Loja, incluso Loja-Guayaquil-Loja son rutas que no generan mayor ingreso a las compañías, en el caso de nuestra aerolínea hay rutas que ayudan a subsidiar esta ruta y por eso nosotros la mantenemos. Pero en el caso de aerolíneas que han ingresado a Loja, por ejemplo como ella ha sido conocido Ícaro en su momento, Saereo; que trataron de solamente tener este tipo de frecuencias en la ciudad de Loja, no iban a poder sostener esta ruta por mucho tiempo al no generar mayores ingresos. Necesariamente una aerolínea en este caso para poderla mantener es necesario el subsidio de otras rutas que si generan ingresos, permite poder mantenernos aún en el mercado.

¿Consideraría usted que la competencia en la provincia de Loja beneficiaría a la empresa TAME EP?

Por supuesto, nosotros tenemos bastante claro eso. Toda competencia leal no solamente es beneficiosa para el mercado o para los usuarios, sino también para las mismas compañías siempre que se salga al mercado con las reglas claras, con intereses no solamente en pro de la compañía sino también en general para la colectividad, pienso que la competencia es muy sana.

Entrevista al Ing. Leonardo Burneo

¿Conoce la existencia de algún monopolio en el Ecuador?

Bueno no podríamos hablar de un monopolio que se diga que es absoluto, porque aparentemente en nuestro país hay leyes, hay organismos dedicados a evitar este proceso; pero en el mercado definitivamente hay ciertas empresas en ciertas líneas que se podrían hablar de oligopolios sobretodo, pues hay dos o tres empresas que abarcan el mercado totalmente.

¿Podría referir a una empresa que posea un monopolio o un elevado poder de mercado en la provincia de Loja?

Bueno en general podemos hablar de las telecomunicaciones, claro las mismas leyes manifiestan que las leyes del Estado no hacen monopolio, y lamentablemente la realidad es esa, pues tenemos el monopolio de las empresas públicas, de servicios básicos, de servicios estratégicos como se los llama, donde definitivamente hay monopolios muy fuertes, muy sesgados, en los que nos dan malos servicios y al no haber la competencia por supuesto pues estos no mejoran.

¿Consideraría usted que en el caso de las aerolíneas nacionales podría existir algún tipo de monopolio u oligopolio?

Totalmente, ahí es muy marcado el caso de TAME EP y algo hace la otra aerolínea LAN Ecuador, pero en el caso concreto de TAME es terrible el asunto porque ellos son la empresa y al ser estatal son también el órgano de control la Dirección de Aviación Civil son ellos; entonces es un tema que va mucho más allá de un simple monopolio, es un tema que creo yo tiene demasiados problemas.

¿Cree usted que la compañía TAME EP abusa del poder de mercado que posee?

Evidente. Es evidente, concretamente en el caso de nuestra provincia la única aerolínea que ha volado más de 40 años es TAME. Cuando se ha visto la posibilidad de que alguna otra empresa ingrese al mercado con las dificultades concebidas de conseguir las frecuencias a Loja, nos hemos dado cuenta que automáticamente esta empresa estatal lo que hace es incrementar el número de vuelos, bajar los precios y con eso hemos visto los resultados. Todas las empresas que han tratado ingresar han tenido que salir del mercado porque esta empresa TAME es un monopolio como lo digo alcahueteada incluso por la Dirección de Aviación Civil, ha quebrado a otros pequeños competidores. Aquí en Loja tenemos el caso de un grupo de

empresarios que hicieron un intento de ingresar al mercado, hicieron una inversión compraron una aeronave y quebraron por este problema porque automáticamente TAME insistió abusó de su poder de mercado, aumentó el número de frecuencias, bajó los precios; y eso en definitiva es una competencia desleal.

¿Considera que si otras aerolíneas trabajaran en las frecuencias a la ciudad de Loja mejoraría el servicio?

Evidentemente eso no hay duda, cuando hay competencia automáticamente el servicio tiende a mejorar, entonces si es que tenemos la posibilidad de que una empresa grande por supuesto y que esté en capacidad de competir lealmente con TAME sería beneficioso para todos. Y en ese momento tendremos más frecuencias, reducción de precios y se dará un mejor servicio al cliente. Entonces es evidente y fundamental que debe existir esa posibilidad.