

PRESENTACIÓN DEL DOSSIER. UNA AGENDA DE INVESTIGACIÓN
 PARA EL DERECHO DE COMPETENCIA Y CONSUMIDORES
 Presentation of the dossier. A research agenda for competition law and consumers

ALBERTO BROWN LAVALLE
 Universidad de Edimburgo, Reino Unido

MARIO NAVARRETE SERRANO
 Universidad San Francisco de Quito, Ecuador

OSWALDO SANTOS DÁVALOS
 Universidad San Francisco de Quito, Ecuador

Han transcurrido casi ocho años desde que empezó a funcionar el sistema de regulación de competencia ecuatoriano. Uno de los objetivos de este número especial de seis artículos dedicados al tema es examinar —aunque sea parcialmente— el camino recorrido hasta ahora, aunque también interesa mirar el futuro. Asimismo, aunque el derecho de protección de consumidores tomó su forma actual en el año 2000, toda una nueva área de la disciplina, la protección de datos personales presentará importantes desafíos.

Quizás la forma más útil de contribuir al desarrollo del derecho de competencia y consumo, y facilitar las necesarias reformas legislativas que vendrán, consiste en plantear una serie de ideas que podrían dar forma a una agenda de investigación. Dicha agenda no es sino una invitación a la academia ecuatoriana y latinoamericana a buscar soluciones innovadoras a los problemas planteados por la sociedad de mercado moderna.

En este sentido, los principales temas a discutir son los siguientes: la delimitación de los objetivos del sistema de regulación de competencia y diseño institucional, protección de consumidores y datos personales, la competencia desleal, las conductas anticompetitivas y el control de concentraciones; sin perjuicio de que estas temáticas se encuentren estrechamente conectadas. En definitiva, más que brindar respuestas en el limitado espacio que tenemos, queremos plantear preguntas que posibiliten continuar con la discusión de estos temas.

El eterno debate sobre los objetivos del derecho de competencia (Ezrachi / Stucke, 2017) está indisolublemente conectado con el diseño de las instituciones creadas para su aplicación eficiente (Hodgson, 2011). Debemos preguntarnos si luego de la familiarización del público ecuatoriano con las nociones básicas de la regulación de competencia, ¿será necesario reducir el alcance de la competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (la “Superintendencia”) para que pueda enfocarse en aquellas conductas de mayor impacto adverso para los consumidores?

Comparando el sistema ecuatoriano con otros equivalentes a nivel mundial, es sin duda anómalo que cerca del 40% de casos analizados por esta entidad pública correspondan a casos de competencia desleal¹. No porque sea inherentemente negativo que la Superintendencia conozca estos casos —en tanto afecten el interés general— sino porque el sistema de justicia civil podría perfectamente cumplir este papel, logrando así una importante racionalización de recursos humanos y financieros. En el resto del mundo, no es siquiera controversial que las agencias

¹ Información tomada de El Universo (2018).

de competencia deban enfocarse en la lucha contra los cárteles, el control de concentraciones anticompetitivas y los casos más evidentes de monopolización, en ese orden. Sobre la reforma del sistema de control de concentraciones, se debe buscar la reducción exponencial del tiempo de análisis de operaciones de concentración notificado que —en su mayoría— no tendrían efectos adversos en el mercado.

En opinión de una de las principales autoridades en la disciplina, debemos empezar por reconocer que:

el derecho de competencia no puede salvar al mundo. [...] debemos plantearnos objetivos modestos [...] En su trabajo diario, la mayoría de las autoridades de competencia [...] creen que están haciendo lo posible para asegurar el funcionamiento del proceso competitivo, previniendo solamente las más graves distorsiones de la competencia, y solamente así contribuyendo con el bienestar de los consumidores (Faull, 1998).

En adición, parece insólito que la totalidad de las decisiones de la Superintendencia no estén en el dominio público, para que puedan ser debidamente estudiadas y criticadas.

¿En qué forma y medida convergen los objetivos de las normas de consumo, protección de datos y competencia? (Graef / van Alesenoy, 2016) ¿Debería haber una estructura de coordinación de las tres materias, quizás en la forma de un regulador común? Todo esto, considerando que el derecho de protección de consumidores —que incluye la protección de datos personales— y el derecho de competencia modernos se encuentran enfocados en el fomento del bienestar del consumidor (Waller, 2004). Este es un término complejo, tenemos por un lado su significado puramente microeconómico —que de por sí es disputado— y su significado más amplio y coloquial, nos referimos al segundo a pesar de la íntima relación entre ambos. En cualquier caso, como advertimos, el objeto de este artículo introductorio de este dossier no es la discusión sustantiva de ningún concepto jurídico en particular.

Precisamente, Paola Campaña presenta en el artículo que abre el dossier un análisis enfocado en la evolución del régimen inaugurado por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en el año 2000, y el importante impacto de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo de este año en el tratamiento procesal de las controversias sobre consumo. La autora plantea una serie de críticas importantes que nos recuerdan la importancia de evitar reformas legislativas sin una visión global del sistema jurídico.

Después, en materia de competencia desleal tenemos dos artículos que tratan sobre el efecto de esta normativa sobre la economía colaborativa, con énfasis en los servicios de intermediación de transporte. Rossana Torres contribuye con un comentario sobre el importante caso C-434/15, en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea decidió que las actividades de la compañía californiana no se hallaban cubiertas por la Directiva 2000/31/ CE sobre comercio electrónico. Por otro lado, Fernando Bazaña y Paúl González desarrollan un análisis sobre el concepto mismo de la economía colaborativa y la colisión de los servicios que se prestan mediante esta innovación con ciertas instituciones más tradicionales del ordenamiento jurídico.

Una tercera contribución sobre competencia desleal escrita por Alberto Brown y Pablo Letelier aborda la relación entre la acción civil de enriquecimiento injustificado y los actos de competencia desleal. El artículo se enfoca en la acción de enriquecimiento especial que surgió en España a raíz de la promulgación de la Ley de Competencia Desleal de 1991, considerando la tensión generada —y los importantes debates— en la doctrina civil sobre la pluralidad de posibles aplicaciones de dicha institución. Un tema que no se trata directamente, pero que está en el trasfondo, es la importante distinción entre la acción civil de resarcimiento meramente accesoria

de infracciones administrativas respecto a aquellas “verdaderas” (Lehaire, 2016), acciones civiles por competencia desleal, tanto aquilianas como de enriquecimiento injustificado.

Con respecto al régimen de control de concentraciones económicas, Jorge Vinicio Duque y Mauricio Esteban Vásquez analizan el régimen previsto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, según el cual la obligación de notificar una operación de concentración depende de las cuotas de mercado de los operadores involucrados. Los autores explican por qué ese régimen se puede prestar a subjetividades y puede llegar a vulnerar el derecho a la seguridad jurídica. Proponen, en su lugar, introducir criterios objetivos que eliminen esa subjetividad y den mayor certeza a los administrados.

A pesar de que en este dossier no contamos con contribuciones relacionadas con las prácticas restrictivas y los mecanismos para combatir cárteles, en su oportunidad será necesario analizar los esfuerzos realizados por la autoridad para modernizar su normativa sobre los programas de delación y los compromisos de cese. Los actuales personeros de la Superintendencia parecen haber sido receptivos a las críticas presentadas por el manejo de los programas de delación en años anteriores, y se muestran comprometidos con no repetir experiencias, como las del caso *Kimberly Clark*². Además, es claro el afán de la Superintendencia de modernizar su régimen de compromisos de cese con el fin de que no constituya una herramienta que mine los incentivos generados por los programas de clemencia.

Para concluir, cuando estamos cerca de cumplir la primera década desde que entró en vigencia la normativa doméstica sobre competencia económica, los temas mencionados en este dossier resultan oportunos al determinar el camino que debe tomar el derecho de competencia en los años que vendrán. Deberá decidirse cuál es la medida en la que se permitirá que los objetivos del derecho de consumo influyan en la agenda de la autoridad de competencia y, también, de qué manera la Superintendencia organizará sus prioridades.

¿Continuará en su afán de perseguir prácticas desleales o, como han hecho otras agencias más experimentadas, priorizará las actividades de detección y sanción de cárteles? Parte de la tarea corresponderá al legislador: ¿modernizará el régimen de concentraciones económicas o preferirá mantener el actual, a pesar de las evidentes fallas que presenta? Como indicamos, más que brindar respuestas en el limitado espacio que tenemos, quisimos plantear algunas de las preguntas que marcarán el destino del derecho de competencia. Nos corresponde a todos —a la autoridad, al foro y a la academia— velar porque las respuestas que se den sean adecuadas.

Referencias bibliográficas

- Derecho y Políticas de Libre Competencia en América Latina (2018). *Kimberly Clark vs. SCPM/SGCAN: La saga continúa..(rá)*. <https://lalibrecompetencia.com/2019/04/17/kimberly-clark-vs-scpm-sgcan-la-saga-continua-ra/>
- El Universo (2018). Réplica: De Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Cartas al director. 11 de marzo de 2018: <https://www.eluniverso.com/opinion/2018/03/11/nota/6660412/replica-superintendencia-control-poder-mercado>
- Ezrachi, A. / Stucke, M. E. (2017). The fight over antitrust's soul. *Journal of European Competition Law & Practice* 9 (1).

² Ver por ejemplo “*Kimberly Clark vs. SCPM/SGCAN: La saga continúa..(rá)*” (Derecho y Políticas de Libre Competencia en América Latina, 2018).

- Jonathan Faull. (1998). In C.D. Ehlermann y L.L. Laudati (Eds.). *European Competition Law Annual 1997: The Objectives of Competition Policy* (pp. 503–512). London: Hart Publishing.
- Graef, I. / van Aleseno, B. (2016). Data protection through the lens of competition law: will Germany lead the way? *Media Policy Blog*.
- Hodgson, G. M. (2011). What are institutions? *CS*, (8), 17-53.
- Lehaire, B. (2016). L'action en concurrence déloyale et les recours indemnitaires canadiens en matière de concurrence: quel dialogue en droit civil québécois? *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 46 (3), 507-543.
- Waller, S. W. (2004). In Search of Economic Justice: Considering Competition and Consumer Protection Law. *Loy. U. Chi. LJ*, 36, 631.