



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

Escuela de Economía

Modalidad de Estudios a Distancia

“Análisis de los fundamentos económicos de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”

Trabajo de investigación previo a la obtención del título de economista

AUTOR:

SANTOS DÁVALOS OSWALDO RODRIGO

DIRECTOR:

ORTIZ HIDALGO GUSTAVO ROGELIO

QUITO-ECUADOR

2012



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, 2018

Oswaldo Rodrigo Santos Dávalos

© 2012

Ec. Gustavo Rogelio Ortiz Hidalgo

Docente de la Universidad Técnica Particular de Loja

CERTIFICA

Que el presente trabajo de TESIS realizado por el egresado OSWALDO RODRIGO SANTOS DÁVALOS, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por lo tanto, autorizo su presentación.

Loja, agosto de 2012

Ec. Gustavo Rogelio Ortiz Hidalgo

Yo, Oswaldo Rodrigo Santos Dávalos, declaro expresamente ser el autor del presente trabajo, y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales.

Adicionalmente, declaro conocer y aceptar la disposición del artículo 67 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 que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

OSWALDO RODRIGO SANTOS DÁVALOS
C.C. 1713070017

AUTORÍA

Las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo son de exclusiva responsabilidad del autor.

OSWALDO RODRIGO SANTOS DÁVALOS
Autor

CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Oswaldo Rodrigo Santos Dávalos, declaro expresamente que cedo todos los derechos de autor, tanto morales como patrimoniales, que ostento sobre esta tesis en favor de la Universidad Técnica Particular de Loja, para que los ejerza y haga uso de este trabajo como más estime conveniente.

Oswaldo Rodrigo Santos Dávalos
C.C. 171307001-7

RESUMEN

En esta tesis se investiga los fundamentos económicos de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado. Para el efecto, se analiza el marco conceptual del derecho de competencia, las conductas de posición de dominio, los acuerdos restrictivos a la competencia, las prácticas desleales y las operaciones de concentración económica. El objetivo de la normativa de defensa de la competencia es defender la eficiencia económica. Se concluye que la normativa, a más de ser cabal, cumple con ese cometido generalmente. Empero, ciertas disposiciones deberían ser depuradas y otras podrían clarificarse. Ciertas instituciones no tienen fundamento económico alguno. No deberían formar parte de ese cuerpo normativo. Otras conductas se tipifican en más de una ocasión. La mayor parte de las conductas puede no tener efectos anticompetitivos. Es menester que la autoridad competente realice un análisis de los efectos de cada conducta caso por caso, a efectos de determinar cuál es su impacto en el excedente social. Se concluye que si la normativa se aplicara debidamente y no de manera arbitraria, tanto consumidores como productores ecuatorianos se verían beneficiados sobremanera.

*Agradezco al economista Gustavo Ortiz Hidalgo por
su apoyo durante la elaboración de este trabajo.*

A mis padres y a mi hermano.

Índice

	<u>Pág.</u>
Introducción	...17
Capítulo I: Marco conceptual del derecho de la competencia	...18
1. Introducción	...18
2. Eficiencia económica	...18
3. Excedente del consumidor	...19
4. Excedente del productor	...20
5. Mercado de competencia perfecta	...20
6. Monopolio	...21
7. Poder de mercado	...23
8. Mercado relevante	...23
9. Concentración económica	...25
10. Prácticas anticompetitivas	...26
11. Abuso de poder de mercado	...27
Capítulo II: Normativa del Derecho de la competencia	...29
1. Introducción	...29
2. Normativa antimonopolio en Estados Unidos	...29
3. Normativa antimonopolio europea	...30
4. Normativa antimonopolio latinoamericana y andina	...31
5. Legislación antimonopolio ecuatoriana	...32
5.1. Constitución de la República	...33
5.2. Código Civil	...33
5.3. Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado	...34
5.3.1. Objetivos y ámbito de la ley	...34
5.3.2. Régimen de regulación y control	...35
5.3.2.1. Determinación del mercado relevante y volumen de negocios	...35
5.3.2.2. Del poder de mercado	...36

5.3.3. Prácticas prohibidas	...37
5.3.4. Concentración económica	...38
5.3.5. Prácticas desleales	...39
5.3.6. Acción del Estado	...39
5.3.6.1. Restricciones a la competencia	...40
5.3.6.2. Ayudas públicas	...41
5.3.6.3. Aplicación de las políticas públicas y rectoría	...43
5.3.7. Facultades de la función ejecutiva	...43
5.3.8. Facultades de la Superintendencia	...44
5.3.9. Procedimientos	...45
5.3.10. Sanciones y medidas correctivas	...46
5.3.10.1. Medidas correctivas	...46
5.3.10.2. Sanciones	...47
Capítulo III: Abusos del poder de mercado	...50
1. Introducción	...50
2. Conductas de abuso de poder de mercado	...50
2.1. Dificultar permanencia o expansión de competidores	...50
2.1.1. Normativa	...50
2.2. Fijación de precios predatorios	...51
2.2.1. Normativa local y comparada	...51
2.2.2. Doctrina	...51
2.2.3. Caso: Aerogal vs. Aerolane	...53
2.2.4. Análisis y opinión	...53
2.3. Limitación de la producción	...54
2.3.1. Normativa	...54
2.3.2. Doctrina	...55
2.3.3. Análisis y opinión	...55
2.4. Barreras de entrada	...56
2.4.1. Normativa	...56
2.4.2. Doctrina	...57
2.4.3. Caso	...57
2.4.4. Análisis y opinión	...59
2.5. Discriminación de precios	...59

2.5.1. Normativa	...59
2.5.2. Doctrina	...60
2.5.3. Caso	...61
2.5.4. Análisis y opinión	...62
2.6. Ventas atadas	...63
2.6.1. Normativa	...63
2.6.2. Doctrina	...63
2.6.3. Caso	...64
2.6.4. Análisis y opinión	...65
2.7. Establecimiento de subsidios cruzados	...66
2.7.1. Normativa	...66
2.7.2. Doctrina	...66
2.7.3. Caso	...67
2.7.4. Análisis y opinión	...68
2.8. Abuso de acciones legales	...68
2.8.1. Normativa	...68
2.8.2. Caso	...69
2.8.3. Análisis y opinión	...69
2.9. Incitación a terceros a no comprar	...70
2.9.1. Normativa	...70
2.9.2. Caso	...71
2.9.3. Análisis y opinión	...72
2.10. Imposición de cláusulas de no competencia	...72
2.10.1. Normativa	...72
2.10.2. Doctrina	...72
2.10.3. Análisis y opinión	...74
2.11. Fijación de precios de reventa	...75
2.11.1. Normativa	...75
2.11.2. Doctrina	...75
2.11.3. Análisis y opinión	...75
2.12. Negativa a satisfacer pedidos	...76
2.12.1. Normativa	...76
2.12.2. Doctrina	...76
2.12.3. Caso	...77

2.12.4. Análisis y opinión	...78
2.13. Negativa a facilidades esenciales	...79
2.13.1. Normativa	...79
2.13.2. Doctrina	...80
2.13.3. Caso	...80
2.13.4. Análisis y opinión	...81
2.14. Utilización abusiva de los derechos de propiedad intelectual	...82
2.14.1. Normativa	...82
2.14.2. Doctrina	...82
2.14.3. Análisis y opinión	...83
2.15. Descuentos condicionados	...84
2.15.1. Normativa	...84
2.15.2. Doctrina	...85
2.15.3. Caso	...86
2.15.4. Análisis y opinión	...87
2.16. Exacción injustificada del excedente del consumidor	...88
2.16.1.1. Normativa	...88
2.16.1.2. Análisis y opinión	...88
2.17. Abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica	...89
2.17.1. Ruptura injustificada de relaciones comerciales	...89
2.17.2. Obtención de ventajas bajo amenaza de ruptura de relaciones	...91
2.17.3. Imposición de condiciones abusivas	...91
2.17.4. Imposición de condiciones inequitativas	...92
Capítulo IV: Acuerdos restrictivos y prácticas desleales	...93
1. Introducción	...93
2. Prácticas restrictivas	...93
2.1. Conductas restrictivas	...94
2.1.1. Fijación de precios	...94
2.1.2. Restricciones anticompetitivas	...95
2.1.3. Compra en común	...96
2.1.4. Discriminación de precios	...98
2.1.5. Ventas atadas	...98

2.1.6. Concertaciones sobre la calidad de productos	...98
2.1.7. Negativa a contratar	...99
2.1.8. Barreras de entrada	...100
2.1.9. Concertación para disuadir a un operador económico	...101
2.1.10. Precios de reventa	...102
2.2. Exenciones	...103
2.2.1. Participación equitativa de los consumidores	...103
2.2.2. Indispensabilidad de la conducta	...104
2.2.3. No afectación sustancial a la competencia	...104
2.3. Regla de minimis	...104
3. Prácticas desleales	...105
3.1. Definición	...105
3.2. Clases de prácticas desleales	...106
3.2.1. Actos de confusión	...106
3.2.1.1. Normativa	...106
3.2.1.2. Ejemplo	...107
3.2.1.3. Análisis	...108
3.2.2. Actos de engaño	...109
3.2.2.1. Normativa	...109
3.2.2.2. Ejemplo	...110
3.2.2.3. Análisis	...110
3.2.3. Actos de imitación	...111
3.2.3.1. Normativa	...111
3.2.3.2. Ejemplo	...112
3.2.3.3. Análisis	...112
3.2.4. Actos de denigración:	...112
3.2.4.1. Normativa	...112
3.2.4.2. Ejemplo	...113
3.2.4.3. Análisis	...113
3.2.5. Actos de comparación	...114
3.2.5.1. Normativa	...114
3.2.5.2. Ejemplo	...115
3.2.5.3. Análisis	...115
3.2.6. Explotación de la reputación ajena	...116

3.2.6.1.	Normativa	...116
3.2.6.2.	Ejemplo	...117
3.2.6.3.	Análisis	...117
3.2.7.	Violación de secretos empresariales	...118
3.2.7.1.	Normativa	...118
3.2.7.2.	Ejemplo	...119
3.2.7.3.	Análisis	...119
3.2.8.	Inducción a la infracción contractual	...120
3.2.8.1.	Normativa	...120
3.2.8.2.	Ejemplo	...121
3.2.8.3.	Análisis	...121
3.2.9.	Violación de normas	...122
3.2.9.1.	Normativa	...122
3.2.9.2.	Ejemplo	...122
3.2.9.3.	Análisis	...123
3.2.10.	Prácticas indebidas contra los consumidores	...124
3.2.10.1.	Normativa	...124
Capítulo V: Control de la concentración económica		...126
1.	Clases de operaciones de concentración económica	...127
1.1.	Fusión	...127
1.2.	La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante.	...128
1.3.	Adquisición de acciones	...128
1.4.	Vinculación mediante administración común	...129
1.5.	Otros actos de concentración	...129
2.	Obligación de notificación	...130
3.	Exenciones	...130
4.	Alternativas de decisión de la autoridad	...131
5.	Criterios de decisión	...132
5.1.	Situación de la competencia en el mercado relevante	...132
5.2.	Grado de poder económico del operador y de sus competidores	...133
5.3.	Necesidad de mantener la libre competencia	...133
5.4.	Adquisición o aumento del poder de mercado	...133
5.5.	Contribuciones de la concentración	...134

5.5.1. Mejora de los sistemas de producción o comercialización	...135
5.5.2. Fomento del avance tecnológico o económico	...135
5.5.3. Competitividad de la industria nacional	...135
5.5.4. Bienestar de los consumidores nacionales	...136
5.5.5. Compensación de los efectos restrictivos sobre la competencia	...136
5.5.6. Diversificación del capital social	...136
Conclusiones y recomendaciones	...138
Bibliografía	...140

INTRODUCCIÓN

Hace pocos meses entró en vigor en nuestro país la primera ley relativa al Derecho a la competencia. Dicho cuerpo normativo se denomina “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”.¹

La importancia del Derecho de la competencia es inequívoca. Su objetivo es prevenir, corregir, sancionar y eliminar las prácticas que puedan mermar la competencia económica. Para el efecto, nuestra nueva normativa crea varias figuras e instituciones que no pueden entenderse desprovistas de un análisis microeconómico. Muchas de las conductas tipificadas pueden acarrear la imposición de sanciones que podrían implicar la quiebra del agente económico responsable. Además, revelan una tensión entre la eficiencia económica y otros bienes jurídicos que el Derecho tradicionalmente ha protegido y que, desprovistos de una evaluación económica, parecerían no tener validez alguna.

El objetivo de nuestro trabajo es aportar a la comprensión de los fundamentos económicos de la ley, a efectos de que todos quienes estén involucrados en el desarrollo de esta nueva rama puedan aplicarla de mejor manera. La hipótesis que buscaremos verificar al culminar nuestro trabajo es que las instituciones creadas por la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado resultan idóneas para salvaguardar la eficiencia económica de los mercados ecuatorianos. Para el efecto, dividiremos nuestro trabajo en cinco capítulos, en los que trataremos las instituciones más importantes de la ley, nos referiremos al marco conceptual del Derecho de la competencia y haremos una somera revisión a la normativa en materia antimonopolio que rige en diferentes partes del mundo, incluido nuestro país.

Una vez que hayamos concluido el análisis materia de nuestro trabajo, daremos nuestras conclusiones sobre la idoneidad de la normativa que hemos estudiado para velar por la eficiencia económica de los mercados ecuatorianos. No nos referiremos, en

¹ La ley fue aprobada por la Asamblea Nacional y publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011. Su reglamento de aplicación fue publicado en el Registro Oficial 697 de 7 de mayo de 2012. Previamente, nuestro país aplicó las Decisiones 608 y 616 de la Comunidad Andina de Naciones y el Decreto Ejecutivo No. 1614, publicado en el Registro Oficial No. 558 de 27 de marzo de 2009.

lo posible, a aspecto jurídico alguno, sino en cuanto guarde relación con la fundamentación económica de la ley.

CAPÍTULO I

MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO DE COMPETENCIA

1. Introducción

El análisis de las conductas reguladas por la legislación antimonopolio requiere del empleo de ciertas herramientas de las que la teoría jurídica carece por sí sola. Como explicaremos, no resulta posible entender cuál es la razón de ser de la normativa que protege la competencia económica sin la asistencia de la teoría microeconómica. “El rol del análisis económico en materia de defensa de la competencia es distinto del que ocupa en relación con otras áreas jurídicas”. En esta materia, el análisis económico resulta esencial para la aplicación de la legislación positiva (Cabanellas, 2005).

Nuestro estudio de las principales instituciones de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado requerirá del empleo de ciertos conceptos microeconómicos que se repiten a lo largo de nuestro trabajo. Por ese motivo, nos resulta necesario exponer y definir brevemente esos conceptos, ya que así facilitaremos nuestra tarea de explicar cuál es, en nuestro criterio, el fundamento que subyace al cuerpo legal mencionado.

Definir el marco conceptual del Derecho de la competencia resulta menester para conocer de antemano cuál es el ámbito dentro del cual realizaremos nuestro estudio. En consecuencia, a continuación nos referiremos a siete de los conceptos básicos que requeriremos utilizar más adelante al analizar las principales instituciones de la ley. También haremos una breve alusión al abuso de poder de mercado, a las prácticas anticompetitivas y a las operaciones de concentración económica, sin perjuicio de que los estudiemos más detenidamente en los capítulos que siguen.

2. Eficiencia económica

Se ha dicho con acierto que la economía es la ciencia de la escasez. “Prácticamente todos los recursos –dice Katz- son escasos; es decir, no bastan para satisfacer las necesidades de todo el mundo” (Katz, Rossen, Morgan, 2007, p. 2). “Todos las cuestiones y problemas económicos tienen su origen en la escasez, y surgen

porque los recursos disponibles son insuficientes para satisfacer nuestras preferencias” (Parkin y Esquivel, 2001, p. 2).

La eficiencia, según Mochón (2001), es una propiedad según la cual la sociedad aprovecha de la mejor manera posible sus escasos recursos.

Siguiendo a Samuelson y Nordhaus (2002), podemos distinguir entre la eficiencia productiva y la eficiencia en la asignación. La eficiencia productiva se produce cuando la economía no puede producir mayores cantidades de bienes sin sacrificar la producción de otros, es decir, cuando se alcanza la frontera de posibilidades de producción. La eficiencia en la asignación “es un proceso por el que la sociedad extrae de los recursos existentes la máxima cantidad de satisfacción para los consumidores” (Samuelson y Nordhaus, 2002, p.249). En otras palabras, “existe eficiencia en la asignación cuando no hay ninguna reorganización posible de la producción que mejore el bienestar de una persona sin empeorar el de alguna otra” Samuelson y Nordhaus, 2002, p. 134).

Consideramos que la eficiencia en la asignación necesariamente supone la eficiencia productiva, pero no ocurre lo contrario. Si la sociedad determinó qué es lo que debe producir, cómo debe hacerlo y a quién debe distribuirlo alcanzando así el máximo bienestar que se puede alcanzar sin perjudicar el bienestar de otro individuo, habrá también, necesariamente, logrado producir tantos bienes como su frontera de posibilidades de producción lo permite.

La razón por la que este concepto resulta relevante para nuestro trabajo es que el Derecho de la competencia busca alcanzar la eficiencia en la asignación. El artículo 1 de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado dispone que su objetivo consiste en obtener “la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”. Uno de los lineamientos para la aplicación de dicha ley es buscar la eficiencia en los mercados, según su artículo 4. En el siguiente capítulo nos referiremos a este particular con más detalle.

Mientras más eficiente sea el mercado, mayor será el excedente económico o social. Como veremos, el excedente económico o social está conformado por la suma del excedente del productor y del consumidor.

3. El excedente del consumidor

La curva de demanda tiene generalmente una pendiente negativa. Eso quiere decir que mientras mayor sea la cantidad demandada, menor será el precio que los consumidores estén dispuestos a pagar por el respectivo bien o servicio.

Para Samuelson, son dos los efectos que explican por qué la cantidad demandada disminuye cuando aumenta el precio: el efecto renta y el efecto sustitución. El efecto renta quiere decir que, cuando sube el precio, somos “algo más pobres que antes”. El efecto sustitución quiere decir que cuando sube el precio de un bien “lo sustituimos por otros semejantes” (Samuelson y Nordhaus, 2002, p. 41).

En resumen, el excedente del consumidor es la “diferencia entre lo que un consumidor está dispuesto a pagar y lo que tiene que pagar” (Katz *et. al.*, 2007, p. 120).

4. Excedente del productor

La curva de la oferta tiene una pendiente positiva porque mientras mayor sea el precio, mayor será la cantidad ofrecida en el mercado por dos razones: la primera es la ley de rendimientos decrecientes, que postula que el rendimiento marginal de los factores productivos es decreciente. Es decir, cada nueva unidad de factor de producción genera menos producto que la anterior (Mochón, 2001).

La segunda explicación es que el costo marginal de los bienes ofertados es creciente. Eso quiere decir que cada nueva unidad ofertada tiene un costo mayor que la anterior. Como dice Schiller, “un aumento en la producción normalmente entraña unos costes más altos, y por tanto, ésta (la oferta) sólo aumentará si los precios son más altos” (Schiller, 2002, p. 54).

Los productores maximizarán su utilidad en el punto en el que su utilidad marginal iguale su costo marginal.

El excedente del productor, en palabras de Katz, es la “diferencia entre la cantidad que recibe un individuo y aquella por la que estaría dispuesto a ofrecer un determinado número de unidades de un factor” (Katz *et. al.*, 2007, p. 144).

Denominamos “excedente económico o social” a la suma del excedente del consumidor y del excedente del productor.

5. Mercado de competencia perfecta

Según veremos más adelante, las dos condiciones para alcanzar la eficiencia económica son: i) que exista un mercado de competencia perfecta y ii) que no se presenten fallos de mercado. Es decir, la existencia de un mercado de competencia perfecta es una de las condiciones necesarias para alcanzar el objetivo del Derecho de la competencia.

Se define al mercado de competencia perfecta como aquel en el que “ninguna empresa o ningún consumidor es suficientemente grande para influir en el precio de mercado” (Samuelson y Nordhaus, 2002, p. 30).

Hay competencia perfecta si se cumplen las siguientes condiciones:

- Gran cantidad de empresas y de compradores;
- La existencia de un producto homogéneo;
- Inexistencia de barreras de entrada (Katz *et. al.*, 2007);
- Los vendedores precio aceptantes;
- Los vendedores no se comportan de forma estratégica (Katz *et. al.*, 2007);
- Existe libre movilidad de recursos; y,
- Los mercados son transparentes.

La principal bondad de los mercados de competencia perfecta es que llevan al punto en el que el beneficio marginal de los consumidores iguala su costo marginal, y el precio iguala al costo marginal de los productores. En este mercado, el excedente social o económico, que es la suma del excedente del consumidor y del excedente del productor, es lo más grande que podría ser, en ausencia de fallos de mercado (Evans, 2005).

Como dice Cabanellas, “La suma del excedente del productor y del excedente del consumidor alcanza su máximo, en un mercado de competencia perfecta, cuando el precio se encuentra en el nivel de equilibrio (...)” (Cabanellas, 2005, p. 155). En el equilibrio perfectamente competitivo, “el nivel de producción es el que maximiza el excedente total” o social (Katz *et. al.*, 2007, p. 405).

6. Monopolio

El caso extremo de competencia imperfecta es un monopolio (Samuelson y Nordhaus, 2002). Los monopolios son industrias en las que se produce un bien o servicio que no tiene sustitutos, en el que existe un solo proveedor y en el que hay barreras de entrada que imposibilitan la entrada de otros oferentes (Parkin y Equivel, 2001). El monopolio es “un vendedor único que enfrenta toda la curva de demanda de la industria porque él es la industria. El monopolista vende un producto único y está protegido porque hay barreras para el ingreso de competidores” (Tucker, 2001, p. 180).

Uno de los primeros requisitos que debe cumplirse para estar en presencia de un monopolio es que el bien o servicio producido por la industria no tenga un sustituto cercano (Parkin y Esquivel, 2001).

Además, un monopolista no podría mantener su condición de tal por mucho tiempo si es que el mercado relevante respectivo permitiera libremente la entrada de nuevos competidores. Si así fuera, otros agentes económicos buscarían aprovecharse de los excedentes que el monopolista aprovecha. La consecuencia de la entrada de nuevos competidores sería que los mercados serían más eficientes, y la utilidad de la industria disminuiría.

En el largo plazo, ningún monopolista está a salvo de los ataques de los competidores (Samuelson y Nordhaus, 2002). Sin embargo, puede valerse de ciertas barreras que sirven para evitar la entrada de nuevos competidores. Las barreras a la entrada son factores que dificultan la entrada de nuevos competidores a la industria. Cuando son altas, “un sector puede tener pocas empresas y reducidas presiones para competir” (Samuelson y Nordhaus, 2002, p. 146).

Las barreras a la entrada pueden ser legales o naturales. Las barreras naturales crean un monopolio natural. El monopolio natural es aquella situación en la que una sola empresa está en condiciones de producir un bien o un servicio a un precio inferior del que podrían hacerlo dos o más empresas (Parkin y Esquivel, 2001). Los monopolios naturales se producen por las economías de escala, es decir, “la existencia de costes medios decrecientes” (Samuelson y Nordhaus, 2002, p. 153).

Las barreras legales se refieren a ciertos derechos otorgados a favor del monopolista que lo facultan de manera exclusiva a proveer un determinado bien o a prestar un determinado servicio. Por ejemplo, si una compañía patentara un nuevo

medicamento, tendría el derecho para evitar que cualquier otro agente use su invención, motivo por el cual se convertiría en el único agente autorizado para ofertar ese bien.

Los monopolios son económicamente ineficientes. A diferencia de lo que ocurre con los mercados de competencia perfecta, en los mercados monopólicos se produce una cantidad menor y a un precio más elevado que en los mercados de competencia perfecta (Parkin y Esquivel, 2001).

7. Poder de mercado

El monopolista puede fijar el precio de mercado que maximice su utilidad y en donde sus costos marginales igualen a sus ingresos marginales. Los monopolistas no son precio aceptantes, sino que establecen el precio según les resulte más conveniente, independientemente de cuán negativas puedan ser las consecuencias en los consumidores.

Con esos antecedentes llegamos al concepto de poder de mercado. El poder de mercado es la capacidad para influir sobre el mercado; en particular, sobre el precio, a través de la influencia que se tiene sobre la cantidad total que se puede ofertar (Parkin y Esquivel, 2001). Para SAMUELSON, el poder de mercado es el “grado de control que ejerce una empresa o un grupo de empresas sobre las decisiones de una industria relacionadas con los precios y con la concentración” (Samuelson y Nordhaus, p. 664, 2002). “Típicamente, los economistas han relacionado el poder de mercado – y su uso – con la capacidad para incrementar los precios por encima del nivel competitivo” (Jiménez y Cañizares, 2005, p. 3). Cabanellas (2005) mantiene un criterio similar.

Nuestra ley define precisamente ese concepto. En su artículo 7, define al poder de mercado como “la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado”.

El poder de mercado no es ilícito por sí mismo. Sin embargo, es un concepto económico que puede ser utilizado para determinar la configuración de algunos elementos propios penados por la ley, como el abuso de la posición de dominio (Cabanellas, 2005, p. 165).

8. Mercado relevante

La tarea de determinar si un agente económico cometió o no una infracción al Derecho de la competencia no resulta sencilla porque no siempre resulta diáfano cómo delimitar el mercado en el que dicho agente actuó.

Por ese motivo, previo a determinar si se cometió una infracción al Derecho de la competencia o si se pretende llevar a cabo una operación de concentración prohibida por la ley, es menester determinar cuál es el mercado en el que se cometió dicha conducta o en el que pretende llevarse a cabo dicha operación. Ese mercado recibe el calificativo de “relevante”.

Para la definición del mercado relevante de producto es necesario analizar la sustituibilidad de la demanda, que se refiere a la medida en la que, al aumentar los precios de un bien, sus consumidores redirigen su consumo hacia bienes sustitutos (Jiménez y Cañizares, 2005).

Al igual que al definir el producto del mercado relevante, el mercado geográfico relevante se define atendiendo a la sustituibilidad de la demanda y de la oferta. La sustituibilidad de la demanda se refiere a “la posibilidad de que los consumidores decidan redirigir su consumo hacia productores de ese mismo bien situados en áreas geográficas vecinas” ((Jiménez y Cañizares, 2005, p. 5). La sustituibilidad de la oferta se refiere a la posibilidad de que empresas localizadas en áreas geográficas vecinas entren a competir en la zona ante un aumento del precio del producto del mercado relevante.

Según la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, para determinar el mercado relevante se debe considerar “el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado”.

Para determinar el producto del mercado relevante se debe tomar en cuenta al bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. A efectos de determinar cuáles son los sustitutos, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado debe evaluar “las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución”.

La ley reza que el mercado geográfico comprende el conjunto de zonas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del mercado relevante. Para determinar tales fuentes alternativas, la autoridad de control debe evaluar los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.

Finalmente, a efectos de determinar el mercado relevante tiene que considerarse las características particulares de los vendedores y compradores que participan en el mercado, ya que solo se debe tomar en cuenta los competidores que sean equiparables. Para determinar si los competidores son equiparables, se debe considerar “las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto”.

9. Concentración económica

Al Derecho de la competencia no le es indiferente que un agente económico tenga poder de mercado. Si todo agente económico busca maximizar su utilidad, sigue que los agentes con poder de mercado también buscarán hacerlo. Los operadores con poder de mercado pueden aumentar sus beneficios perjudicando el excedente social. Por tal motivo, el objetivo de las autoridades de control debe ser evitar que eso suceda.

La concentración económica es la actividad mediante la cual uno o varios agentes económicos aumentan su poder de mercado.

Según la LRCPM, hay cinco casos en los que un agente económico aumenta su poder de mercado:

- La fusión entre empresas u operadores económicos;
- La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante;
- La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad sobre acciones títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma;
- La vinculación mediante administración común; y,

- Cualquier otro acuerdo que transfiera a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico.

Más adelante examinaremos el procedimiento que debe seguirse para obtener la aprobación necesaria para llevar a cabo una operación de concentración y cuál es el fundamento que se tiene para exigirlo.

Para determinar cuán concentrado está un mercado se hace uso de algunas herramientas. Una de ellas es el índice de *Herfindahl-Hirshman* (en adelante, “HHI”). El índice HHI es una medida estadística de la concentración de un mercado (Rhoades, 1993). Se obtiene sumando los cuadrados de la cuota de mercado de cada uno de los competidores.

Un mercado cuyo índice sea 10,000 será un monopolio puro, y un mercado de competencia tendrá un índice cuyo límite será 0.

Otro de los índices es el coeficiente de concentración de cuatro empresas, que es el porcentaje de la producción total de la industria representado por las cuatro mayores empresas del mercado respectivo. Así, por ejemplo, si una industria produjera un millón de dólares al año y sus cuatro mayores empresas facturaran seiscientos mil dólares, el coeficiente de concentración de las cuatro empresas sería de 0.6 ó 60%.

10. Prácticas anticompetitivas

El artículo 11 de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado sanciona a las conductas, acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.

La ley tipifica 21 tipos de conductas de este tipo, entre las que se encuentran:

- La fijación concertada de precios, intereses o tarifas;
- La repartición de mercados;
- La restricción del desarrollo tecnológico;
- La discriminación injustificada de precios;

- La venta condicionada y la venta atada que sean injustificadas;
- La denegación injustificada a la admisión de operadores económicos a una asociación o gremio productivo;
- La fijación concertada e injustificada de precios de reventa;
- El levantamiento de barreras de entrada y/o salida;
- Entre otras.

Las tres características más relevantes de esta categoría de actos son que su titular puede no ostentar poder de mercado alguno para poder incurrir en ellas, que, en ciertos casos están sujetas a exenciones, y que les resulta aplicable la regla de *minimis*, en virtud de la cual las sanciones no aplican a aquellas conductas de los operadores que, por su pequeña escala de operación y /o por su escasa significación, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.

Por la importancia que estos actos revisten para el Derecho de la competencia, destinaremos un capítulo de nuestro trabajo para analizarlos con el debido detenimiento.

11. Abuso de poder de mercado

El nombre de la normativa materia de nuestro estudio es bastante ilustrativo. La Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado tiene como uno de sus objetivos el controlar los abusos de poder de mercado. El poder de mercado se refiere a la posibilidad de fijar el precio o la cantidad ofrecida del bien o servicio transado en el mercado relevante. La fijación de dichos precios o de dichas cantidades puede no ser competitiva. Por tanto, la razón por la que el legislador estimó necesario controlar esos abusos es porque pueden producir una grave pérdida de eficiencia económica.

Nuestra ley contempla 23 casos en los que un agente económico puede abusar de su poder de mercado. Entre dichas conductas, que analizaremos más adelante, están las siguientes:

- Afectar la participación o el ingreso de otros competidores en el mercado por razones distintas a la eficiencia económica;
- Aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor;

- Concentrar los medios de producción o comercialización, cuando se afecte la participación de sus competidores o se perjudique a los productores directos, los consumidores y/o usuarios;
- Fijar de precios predatorios;
- Alterar los niveles de producción de manera injustificada;
- Discriminar injustificadamente los precios;
- Aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes a los competidores;
- Realizar ventas atadas injustificadas.
- Negarse a satisfacer demandas de compra;
- Entre otras.

Al igual que lo que sucede con las prácticas anticompetitivas, los abusos de poder de mercado merecen un análisis detenido. Por ese motivo les destinaremos otro de los capítulos de nuestro trabajo.

CAPÍTULO II

NORMATIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. Introducción

En este capítulo revisaremos cómo está estructurada la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y su reglamento de aplicación. Nos referiremos a la normativa comunitaria que antecedió a esa ley. Además, de manera previa, haremos mención a la legislación del Derecho de la competencia que rige en los Estados Unidos y en Europa, donde en mayor medida se ha desarrollado esta rama.

Otra de las razones por las que consideramos menester hacer mención a la normativa antimonopolio de otros estados es que nos puede resultar útil analizarla comparativamente con las instituciones de la normativa ecuatoriana que vamos a revisar.

Con pocas salvedades, en este capítulo nos limitaremos a describir cómo está estructurada la ley. Haremos un breve análisis pocas de sus secciones, como la que se refiere a las ayudas públicas o a sus objetivos. Realizaremos el resto de nuestro estudio en los capítulos que siguen.

2. Normativa antimonopolio en Estados Unidos

La legislación antimonopolio en los Estados Unidos data del siglo XIX. De acuerdo con CALKINS (2007), son tres los cuerpos normativos más relevantes en la materia: la primera sección de la Ley de Sherman, la segunda sección de la Ley de Sherman y la séptima sección de la Ley de Clayton.

La Ley de Sherman fue sancionada en junio de 1890. Para Cabanellas (2005), es simple, imprecisa y breve. Simple, ya que su normativa es escueta; imprecisa, porque sus tipos principales, tales como “restricción de comercio”, son muy amplios; y breve, porque consta de solo siete secciones.

De las siete secciones que la conforman, la primera y la tercera se refieren a las restricciones al comercio, mientras que la segunda alude a la penalización de la monopolización.²

La lacónica normativa de la Ley de Sherman fue complementada por una amplia labor jurisprudencial. Los primeros casos destacables en los que se aplicó la sección segunda de la ley fueron *Standard Oil Co. Of New Jersey vs. United States*, de 1911; *United States vs. American Tobacco Co.*, también de 1911; y *United States vs. United States Steel Corp*, de 1920 (Calkins, 2007).

La Ley de Sherman fue complementada por la Ley de Clayton, sancionada en octubre de 1914. Esta ley se refiere también a la discriminación de precios, a las ventas atadas y exclusivas, a las fusiones y adquisiciones y a los directorios relacionados (Calkins, 2007).

Además, en el mismo año se creó la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*) cuyo objetivo es prevenir métodos de competencia injustos y actos anticompetitivos (Calkins, 2007). La Comisión Federal de Comercio también emite periódicamente normativa sobre el Derecho de la competencia.

3. Normativa antimonopolio europea

La normativa comunitaria europea sobre el Derecho de la competencia es también lacónica. El Tratado de Roma, mediante el cual se constituyó la Comunidad Económica Europea, sentó las bases para las regulaciones comunitarias relativas a la competencia en sus artículos 85 y 86, y se creó así “una estructura mínima de protección de la competencia a los mercados, sin perjuicio de las normas nacionales sancionadas sobre el mismo tema” (Cabanellas, 2005, p. 12).

El artículo 85 considera incompatibles con el mercado común a las prácticas que puedan distorsionar la competencia, como la fijación de precios, la limitación a la producción, la distribución de mercados, la fijación de condiciones desiguales a transacciones iguales, etc.³

² Puede encontrarse el texto de la Ley de Sherman en la siguiente dirección: <http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/statutes/sherman.html>. (Acceso: 30 de mayo de 2012).

³ El texto del Tratado de Roma se puede encontrar en la siguiente dirección: http://ec.europa.eu/economy_finance/emu_history/documents/treaties/rometreaty2.pdf. Acceso: 31 de mayo de 2012.

Por su parte, el artículo 86 se refiere a las conductas que constituyen un abuso de posición dominante. Enumera cuatro casos de manera taxativa en las que se puede presentar un abuso de ese tipo: limitar la producción en perjuicio de los consumidores, la imposición de precios de venta u otras condiciones injustas, sujetar la conclusión de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias, y aplicar condiciones desiguales a transacciones iguales.

Además, cada país tiene su propia normativa antimonopolio para aplicarla a las conductas que surten efecto dentro de un mismo Estado.

En España, por ejemplo, rige desde julio de 2007 la Ley de Defensa de la Competencia que, según su preámbulo, está estructurada en cinco títulos que regulan, en su orden, los aspectos sustantivos, los aspectos institucionales, la Comisión Nacional de Competencia, las cuestiones procedimentales y el régimen sancionador.⁴

En Alemania, rige la Ley Contra las Restricciones al Comercio (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), que fue reformada en 1999 para armonizar la normativa interna alemana con la normativa comunitaria.⁵

La Ley de Competencia francesa fue modificada en agosto de 2008 mediante la ley para la modernización de la economía. Su objetivo fue crear una sola autoridad de regulación de la competencia, a la que se denomina Autoridad de la Competencia (*Autorité de la Concurrence*).⁶

4. Normativa antimonopolio latinoamericana y andina

La normativa antimonopolio de la Comunidad Andina está recogida principalmente en la Decisión 608, y entró en vigencia en nuestro país el 25 de febrero de 2008.

⁴ La Ley de Defensa de la Competencia española fue publicada en el Boletín Oficial del Estado No. 159 de 4 de julio de 2007. Su texto se encuentra disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2007/07/04/pdfs/A28848-28872.pdf>. Acceso: 01 de junio de 2012.

⁵ Sobre la normativa alemana antimonopolio, véase: Rudo, Joachim. German Antitrust. Disponible en: <http://www.antitrust.de/>. Acceso: 01 de junio de 2012.

⁶ Anónimo. The New Competition Authority And Competition Law Regime. Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP. Disponible en: <http://www.cgsh.com/files/News/dc09bfac-a979-44fb-a8cb-4c5bc0183032/Presentation/NewsAttachment/ca1ea536-105a-48f1-b3fe-53badfe4fe0f/CGSH%20Alert%20-%20New%20French%20Competition%20Authority.pdf>. Acceso: 01 de junio de 2012.

La regulación de la Decisión 608 es más detallada que los artículos del Tratado de Roma a los que ya nos referimos. Se divide en seis capítulos. El primero contiene definiciones de conceptos de uso frecuente en la Decisión; el segundo alude a los objetivos, principios y ámbito de aplicación de la ley; el tercero tipifica las conductas restrictivas de la competencia; el cuarto regula el procedimiento; el quinto se refiere a la obligación de los Estados de promover la competencia; y el sexto norma lo relativo a la creación del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia.

En principio, la Decisión 608 está llamada a ser aplicada a las infracciones a la competencia que tengan efecto en más de un Estado Miembro.⁷ Sin embargo, en virtud de la Decisión 616, el Ecuador pudo aplicarla para las conductas anticompetitivas cometidas dentro de su territorio, y así lo hizo. Analizaremos algunos de los pronunciamientos de la Subsecretaría de la Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad más adelante, ya que ésa fue la entidad encargada de aplicar las disposiciones de ese cuerpo normativo comunitario.

Por su parte, los países latinoamericanos cuentan también con normas específicas sobre la materia. Colombia, por ejemplo, promulgó la Ley 1340 de 1999, publicada en el Diario Oficial No. 47.420 de 24 de julio de 2009⁸; Argentina promulgó su Ley de Defensa de la Competencia mediante el Decreto 1019/99 el 16 de septiembre de 1999⁹, etc.

5. Legislación antimonopolio ecuatoriana

A más de la Decisión 608, los cuatro cuerpos normativos que tienen alguna incidencia a la defensa de la competencia en el Ecuador son los siguientes: la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, su reglamento de aplicación y el Código Civil.

⁷ El artículo 5 de la Decisión 608 reza lo que sigue: “Art. 5.- Son objeto de la presente Decisión, aquellas conductas practicadas en: a) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y, b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros. Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros.”

⁸ La normativa antimonopolio colombiana se puede encontrar en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2009/ley_1340_2009.html. Acceso: 10 de junio de 2012.

⁹ La Ley de Defensa de la Competencia de Argentina puede encontrarse en: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/cdconsumidor/leyes/ley25156.htm>. Acceso: 10 de junio de 2012.

5.1. Constitución de la República

La razón por la que resulta necesario analizar las disposiciones constitucionales sobre la regulación del poder de mercado es que nuestra Constitución es la norma suprema, y todas las demás normas del ordenamiento deben ser conformes con ella. El origen de la necesidad de regular el poder de mercado debe hallarse allí.

Nuestra Constitución es clara al establecer que es deber del Estado sancionar a quienes incurran en prácticas de abuso de poder de dominio, de monopolio y de oligopolio privados. El inciso segundo de su artículo 335 reza lo que sigue:

El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.

Resulta, sin embargo, interesante notar la paradoja que presenta esa norma. Mientras que se es enfático en señalar que el Estado debe sancionar las prácticas anticompetitivas, se señala también que el Estado debe fijar los precios para proteger a la industria nacional, cuando la fijación de precios es, casi por antonomasia, una práctica que perjudica al excedente social y es, por tanto, anticompetitiva.

También se prohíbe las prácticas oligopólicas y monopólicas en temas específicos, como aquel relacionado con la soberanía alimentaria¹⁰ o con los medios de comunicación.¹¹

En el artículo 336, nuestra Constitución reza que es deber del Estado “asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y [fomentar] la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades”.

La función legislativa acató el mandato constitucional de establecer los mecanismos tendientes a evitar los abusos de posición de dominio mediante la creación de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado.

5.2. Código Civil

¹⁰ Según el artículo 281.11 de la Constitución, es responsabilidad del Estado “Impedir prácticas monopólicas y cualquier tipo de especulación con productos alimenticios”.

¹¹ De acuerdo con el artículo 17 de nuestra Carta Magna, el Estado “No permitirá el oligopolio o monopolio, directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias”.

El Código Civil regula lo relativo a las personas, a saber, su nacimiento y muerte, sus clases, sus vínculos familiares y su patrimonio. Dentro de la regulación de los vínculos patrimoniales se encuentra la normativa que sanciona los delitos y cuasidelitos civiles. Los delitos y los cuasidelitos civiles son fuentes obligacionales que generan a su autor la obligación de resarcir a quien hubiere sufrido un daño que no está obligado a soportar.

La aplicación del Código Civil en el ámbito del Derecho de la competencia ha cobrado importancia a raíz de una importante decisión de la administración de justicia ecuatoriana.

5.3.Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado y su reglamento de aplicación

Como expusimos, la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado entró en vigencia el 13 de octubre de 2011, cuando fue publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 555, de esa fecha. Consta de 93 artículos, divididos en siete capítulos. Su reglamento de aplicación fue publicado recientemente, en el Registro Oficial 697 de 7 de mayo de 2012.

5.3.1. Objetivos y ámbito de la ley

En el primer capítulo de la ley se menciona cuáles son su objeto y su ámbito. En él, detalla sus objetivos mediatos e inmediatos. Los objetivos inmediatos de la ley son la prevención, corrección y sanción de las prácticas anticompetitivas, de los abusos de posición de dominio y de las concentraciones económicas anticompetitivas. Sus objetivos mediatos son la eficiencia de los mercados, el comercio justo, y el bienestar general de los consumidores y usuarios, con el fin de establecer un sistema económico social, solidario y sostenible.

La observación que nos merece lo antes expuesto es que el objetivo de la ley debería ser, simple y llanamente, la eficiencia de los mercados. Prevenir la comisión de prácticas anticompetitivas o de abuso de posición de dominio es un medio para ese fin. Tampoco se explica por qué debe interesar al Derecho de la competencia el beneficio de los consumidores, en particular, cuando lo que debería interesar es la maximización del excedente social, independientemente a quién se vea beneficiado por eso.

La ley aplica a todos los agentes económicos que operen en nuestro país o cuyos actos surtan efectos en el Ecuador. Incluye a las entidades públicas y a las privadas, a las personas naturales y a las jurídicas. Por tanto, no hay sujeto alguno que no esté sujeto a las disposiciones de la ley.

En su artículo 3, la ley establece que la autoridad de competencia está autorizada a desconocer las formas jurídicas utilizadas por los operadores jurídicos, con el fin de descubrir su verdadera intención y el efecto económico de sus actos.

La aplicación de las disposiciones de la ley debe regirse por los lineamientos establecidos en su artículo 4, entre los que se encuentran:

- El reconocimiento del ser humano como principio y fin del sistema económico;
- El derecho a desarrollar actividades económicas libremente¹²;
- La distribución equitativa de los beneficios del desarrollo¹³; y,
- El fomento de la desconcentración económica, a efectos de fomentar la eficiencia del mercado.

5.3.2. Régimen de regulación y control

5.3.2.1. Determinación del mercado relevante y volumen de negocios

En el anterior capítulo explicamos qué es el mercado relevante y cuál es su relevancia en el análisis que se requiere realizar a efectos de determinar cuándo una conducta atenta contra la eficiencia económica. Según explicamos, nuestra ley establece una serie de parámetros que la autoridad de control debe tomar en consideración para determinar el mercado relevante.

La autoridad de control debe determinar cuál es el mercado del producto y cuál es el mercado geográfico del mercado relevante.

¹² Como dejamos establecido en nuestra introducción, el Derecho de la competencia pugna abiertamente con la autonomía de la voluntad, que es la piedra angular del Derecho privado patrimonial. Las restricciones que establece esta rama de derecho a la libertad de contratación son varias. Sin embargo, el legislador al menos reconoce que, en principio, es conveniente reconocer que los particulares deben poder regir sus intereses como más lo estimen conveniente.

¹³ Estimamos que la distribución equitativa de los beneficios del desarrollo no tiene por qué interesar a la legislación antimonopolio. Es decir, la redistribución equitativa se relaciona el establecimiento de un régimen tributario con tributos progresivos, de transferencias directas y actividades cuasi fiscales en favor de los estratos menos favorecidos, por ejemplo. Es nuestra opinión que al Derecho de la competencia no le atañe determinar en qué casos la distribución es justa, sino únicamente cuándo la producción podría ser más eficiente, cómo maximizar el excedente social.

La ley también define qué debe entenderse por volumen de negocios,¹⁴ ya que de él depende el grado de concentración de una industria y la cuantificación del poder de mercado de uno o más agentes económicos. Como veremos, la existencia de poder de mercado resulta esencial para que se verifique una categoría de conductas anticompetitivas, conocidas, con una ilustrativa denominación, como abusos del poder de mercado.

5.3.2.2. Del poder de mercado

Nuestra ley es clara al definir el concepto “poder de mercado” y al establecer cuáles son los parámetros que se debe observar para determinarlo. En concordancia con la literatura económica que analizamos en el anterior capítulo, el artículo 7 de la ley define al poder de mercado como “la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado”.

Los criterios para determinar la existencia de poder de mercado son varios. Según explicamos ya, la relación entre una estructura de mercado competitivo y el poder de mercado es inversamente proporcional. Mientras más competitivo sea el mercado, menor será el poder de mercado que tendrán sus operadores económicos.

Bajo esa línea, nuestra ley establece como criterios a seguir para determinar la existencia de la capacidad para influir en el precio, entre otras, la existencia de barreras de entrada, la existencia de competidores, las características de la oferta y de la demanda, etc.

Según la ley, uno de los criterios para fijar el poder de mercado es la posibilidad del agente económico de fijar precios o cantidades en el mercado relevante. No se requiere abundar en explicaciones para entender que ése no es un *criterio* para establecer la existencia de poder de mercado, sino que ésa es la descripción del poder de mercado. Si un agente puede determinar el precio o la cantidad del bien del mercado relevante, tendrá poder de mercado. Si el mercado es competitivo, como ya lo estudiamos, ningún agente económico tiene tal capacidad.

¹⁴ El reglamento, por su parte, define en su artículo al volumen de negocios como “la cuantía resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por los mismos, durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio”.

En el siguiente capítulo estudiaremos con más análisis al abuso de poder de mercado, normado en el artículo 9 de la ley. El abuso de poder de mercado se produce cuando un agente económico hace uso de su capacidad para influir en el precio o en la cantidad del mercado para producir un resultado económicamente ineficiente. Son varias las conductas que pueden constituir un abuso de ese tipo. Las analizaremos con el debido detenimiento más adelante. Bástenos con decir que ésta, una de las instituciones más importantes de la ley, requirió de no más de un artículo para ser normada.

Otra de las instituciones que analizaremos y de la que no hemos encontrado parangón en la normativa de los demás países analizados es el abuso del poder de mercado en relación de dependencia. Nuestra ley prohíbe la explotación de los operadores económicos que se encuentren en una situación de dependencia económica. Como veremos a continuación, al menos una de las conductas que constituye un abuso de ese tipo parece tener una raigambre social diáfana, pero, sin embargo, parece carecer de un sustento económico sólido.

El Derecho social, a no ser que coadyuve a corregir fallos del mercado, es por antonomasia contrario a la eficiencia económica. En razón de éste el legislador puede considerar loable sacrificar la eficiencia en la producción en determinadas circunstancias para beneficiar a determinados sectores de la población que se encuentran en una situación de desventaja. El ejemplo emblemático es el Derecho laboral. La fijación de salarios mínimos es contraria a la eficiencia económica, pero beneficia sobremanera a quienes tienen trabajo, permitiéndoles percibir unos ingresos que en mayor manera coadyuvan a darles una vida digna, lo que podría no ocurrir si su remuneración se fijara libremente por la oferta y la demanda. Otro ejemplo es la legislación de inquilinato. La fijación de precios máximos en los cánones de arrendamiento trae como consecuencia que el excedente de los consumidores aumente en menor medida que el de los oferentes, pero el legislador lo estima deseable en pos de facilitar a las personas el acceso a la vivienda.

5.3.3. Prácticas prohibidas

Nuestra ley contiene una definición muy amplia del concepto de prácticas prohibidas. En síntesis, su artículo 11 prohíbe todo tipo de conductas, cualquiera que sea su naturaleza, que puedan mermar la eficiencia económica. Destinaremos el cuarto capítulo de este trabajo para analizarlas con mayor énfasis.

Sin embargo, la ley contempla dos instituciones que, en nuestro sentir, no tienen un sustento económico claro.

La primera de esas instituciones es la “exención” a ciertas conductas que “contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico”. No tiene sentido que la ley consagre esa exención, porque si una práctica ayuda a mejorar la producción de bienes, no será anticompetitiva, no mermará la eficiencia económica ni mermará el bienestar de los consumidores. Por definición, una conducta que aumente el excedente social no será anticompetitiva. La norma, en nuestro sentir, resulta ociosa.

La segunda de esas instituciones es la regla de *minimis*. El artículo 13 de la ley reza que las prohibiciones que analizaremos más adelante no aplican a las conductas que, por su escasa significación, no sean capaces de afectar de manera significativa la competencia.

Si se sostiene que toda práctica que merme la eficiencia económica merma la eficiencia económica, se comete una falacia lógica, porque ése es un argumento circular. Sin embargo, la conclusión es cierta. Cualquiera de los actos a los que se refiere el artículo 11 de la ley puede producir efectos anticompetitivos. En lugar de consagrar su licitud, consideramos que la ley habría podido determinar que su sanción no será prioritaria. La regla de *minimis* bien podría ayudar a guiar el actuar de la autoridad de control, pero no podría cobijar con un manto de licitud a conductas que, por definición, no lo son. No debería dejar impunes ciertas conductas que, manteniendo todo lo demás constante, deberían evitarse.

5.3.4. Concentración económica

La concentración económica fue otro de los conceptos que analizamos en el capítulo anterior. Explicamos que se produce una concentración económica cuando un agente económico aumenta su poder de mercado.

En nuestro criterio, ésta es una de las instituciones mejor desarrolladas por esta ley. Regula con exactitud cuál es el procedimiento a seguir para llevar a cabo una operación de concentración económica, cuál es el rol que juega en ese proceso la autoridad de control de la competencia, qué sanciones puede imponerse a los operadores

económicos por llevar a cabo una concentración sin autorización, en qué casos se considera que una concentración es anticompetitiva, etc.

La importancia del tema obliga a tratarlo en un capítulo separado. Por ese motivo, el capítulo final de este trabajo se destinará a la institución de la concentración económica.

5.3.5. Prácticas desleales

Las prácticas desleales se refieren a las conductas contrarias a los usos comerciales honestos. Existen algunas dudas sobre su tipicidad jurídica¹⁵ y su definición es un tanto ambigua.

Para que una conducta contraria a los usos honestos sea sancionada por la autoridad de competencia es menester que pueda impedir, restringir o falsear la competencia. Otro requisito es que la conducta trascienda a los intereses de la generalidad, porque, caso contrario, la autoridad de la competencia no tiene potestad alguna para sancionarla.¹⁶

Se tratará las prácticas desleales en los capítulos que siguen. Sin embargo, por el momento podemos adelantar que la ley divide en diez clases distintas a las conductas de ese tipo. Considera tales, por ejemplo, a los actos de confusión, a los actos de engaño y a los actos de imitación.

Los actos de confusión son aquellos que tienen por objeto crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos. Los actos de engaño son los que inducen a error al público sobre los mismos aspectos. Finalmente, los actos de imitación incluyen la imitación que vulnere los derechos de propiedad intelectual, etc.

5.3.6. Acción del Estado

¹⁵ No es claro por qué el legislador decidió categorizar a las prácticas desleales como cuasidelitos. Los cuasidelitos son fuentes obligacionales que nacen como consecuencia de la irrogación de daño a un tercero, que éste no está obligado a soportar, y sin que exista la intención del causante del daño de irrogarlo. Las prácticas desleales pueden ser intencionales, en cuyo caso serían delitos civiles y no cuasidelitos.

¹⁶ Según el artículo 30 del reglamento, cuando se presenta una denuncia ante la autoridad competente en materia de propiedad intelectual, ésta debe consultar a la Superintendencia si es que existen o no indicios de vulneración al mercado. En el caso de determinar que sí puede haber tal afectación, la Superintendencia debe iniciar la investigación de rigor.

En los dos primeros capítulos de la ley se regula todas las conductas que se estima contrarias a la competencia económica y se define cuáles son los lineamientos y los objetivos que deben marcar el accionar de la autoridad de competencia. En el tercer capítulo, que analizaremos a continuación, se regula cómo debe el Estado intervenir a efectos de sancionar y evitar las prácticas anticompetitivas y para fomentar el desarrollo de la competencia económica.

5.3.6.1. Restricciones a la competencia

El artículo 28 enumera las hipótesis en las que la Junta de Regulación puede restringir la competencia, que son cinco: el desarrollo de un monopolio estatal en interés público, el desarrollo de los sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el desarrollo tecnológico e industrial de la economía nacional y para la implementación de alternativas de acción afirmativa.

No es difícil entender que hay hipótesis en las que resulta necesario que el Estado facilite la conformación de monopolios para la prestación de servicios de interés público, por la dificultad que supondría prestarlos adecuadamente si es que existiera un gran número de oferentes. Piénsese, por ejemplo, en los servicios de alcantarillado y agua potable. Algunas voces autorizadas, como Joseph Schumpeter, por ejemplo, abogan por la idoneidad de los monopolios para favorecer el desarrollo tecnológico (Baker, 2007).

Lo que resulta preocupante es la laxitud con la que el legislador ha establecido en qué casos puede la Junta de Regulación restringir la competencia. Por ejemplo, ¿sería dable que una entidad pública encargada de la prestación del servicio de telefonía celular llevar a cabo prácticas desleales de engaño para perjudicar a sus competidoras privadas? Dado que “la energía en todas sus formas” es un sector estratégico, ¿podría permitirse que las empresas públicas que tienen a su cargo la comercialización de hidrocarburos fijen precios predatorios para forzar el cierre de las comercializadoras de propiedad privada?

La respuesta debe ser negativa. Sin embargo, el inciso segundo del artículo 28 de la ley restringe la aplicabilidad de estas medidas a que generen beneficios concretos y significativos, se incremente la eficiencia y se generen beneficios en favor de consumidores y usuarios. Estimamos que habría sido preferible que el legislador acote

en mayor medida qué tipo de restricciones a la competencia habría podido adoptarse para cumplir ese objetivo y qué tipo de restricciones no procedería bajo supuesto alguno. Por ejemplo, la fijación de precios predatorios no podría cumplir con esos parámetros. Otras medidas, como el establecimiento de un monopolio legal, adoptando la tesis schumpeteriana, sí podrían hacerlo.

Sin embargo, la ley sí es clara al establecer que la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado, que analizaremos más adelante, tiene la facultad de dar fin a tales restricciones cuando no cumplan con la finalidad por las que son impuestas.

Además, la ley también faculta de manera exclusiva a la función ejecutiva a definir las políticas de precios para beneficio del consumo popular, así como para la protección de la producción nacional y la sostenibilidad de la misma.¹⁷

Es difícil comprender cómo, en ausencia fallos de mercado, una política de precios podría no mermar la eficiencia económica, a no ser que, por una afortunada coincidencia, el precio fijado coincidiera con el de mercado.

Es comprensible por qué la fijación de un precio mínimo podría proteger la industria nacional. Lo que no se comprende es de qué forma esa protección no tendría como consecuencia una mayor merma en la eficiencia económica. Si resulta necesario fijar precios para proteger la industria es porque ésta no es competitiva. No se explica cómo puede justificarse con base en criterios de eficiencia económica que el Estado ayude a mantener a oferentes que no pueden competir por sí mismos.

5.3.6.2. Ayudas públicas

El artículo 29 de la ley dispone que el Estado podrá entregar ayudas públicas por el tiempo que se estime necesario por razones de interés social o público. La ley enumera diez casos en los que procede que el Estado dé tal ayuda.

El artículo 34 del reglamento complementa la definición de y los requisitos para que procedan las ayudas públicas. Los requisitos de una ayuda pública son:

¹⁷ Cabe acotar que esta disposición se encuentra en la sección correspondiente a las ayudas públicas, que analizaremos más adelante.

- Que suponga o pueda suponer una ventaja económica para uno o varios operadores, que no habrían tenido en el ejercicio normal de sus actividades;
- Que tengan un carácter selectivo para determinados operadores económicos y sectores.

Uno de los casos que menciona la ley son las ayudas de carácter social otorgadas a los consumidores, siempre que se realicen sin discriminación con base en quién provea los bienes y servicios que se pueda proveer con tales ayudas. Entendemos, por ejemplo, que podría considerarse como tal al Bono de Desarrollo Humano, que consiste en una transferencia económica realizada a favor de los estratos menos favorecidos de la sociedad.

También se considera como ayuda pública a la que se da a favor de las personas afectadas por un desastre natural de carácter excepcional, como podrían ser los víveres, provisiones y vituallas que se dio a los habitantes del litoral ecuatoriano afectados por el invierno que nuestro país experimentó algunos meses atrás.

Otros de los casos sin duda tienen mayores implicaciones para la competencia económica, como podrían serlo, por ejemplo, las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo, o las ayudas destinadas a garantizar la soberanía alimentaria.

El rol de la autoridad de control consiste en evaluar que las ayudas cumplan con la finalidad que motivó su implementación. En el caso de considerar que tal ayuda no cumple con los propósitos por los que fue dada, la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado debe instar y promover su remoción.

No hemos encontrado texto alguno sobre ayudas públicas en los cuerpos normativos que hemos mencionado, con la excepción de la legislación española, que hace mención de manera tangencial a esa institución.

Consideramos que no existe duda acerca de la conveniencia que tiene el que el Estado dé algunas de las ayudas que se menciona en la ley. Por ejemplo, ante una catástrofe natural, el Estado tiene la obligación de asegurar que las personas afectadas se encuentren a buen recaudo, y que, en el caso de sufrir pérdidas materiales, se les garantice los bienes necesarios para satisfacer sus necesidades más apremiantes. Tampoco pensamos que se pueda cuestionar la conveniencia de realizar ciertas

transferencias a favor de los estratos menos favorecidos, a efectos de permitirles hacer frente a sus requerimientos de alimentación y vestido más elementales. Lo que no entendemos es por qué tales beneficios de orden social pueden concernir al Derecho de la competencia económica.

El Derecho de la competencia económica, como hemos mencionado ya, tiene por objeto velar porque no se cometa acciones que puedan perjudicar el excedente social, ya sea mediante abusos de poder de mercado o prácticas anticompetitivas. Las ayudas públicas que hemos analizado no suponen per se una merma al excedente del consumidor o al excedente del productor. Determinar su conveniencia y su juridicidad atañe a otras ramas del ordenamiento, en particular, estimamos, al Derecho presupuestario y al Derecho constitucional, entre otras.

Para resumir, consideramos que las ayudas públicas son necesarias y es menester que el legislador las consagre. Lo que no comprendemos es por qué el legislador optó por incluirlas en un cuerpo normativo que busca evitar y corregir las prácticas que supongan una pérdida del excedente social. Tal vez sea ésa la razón por la que los demás cuerpos normativos que hemos revisado, con la excepción de uno, no hagan mención alguna al respecto en su normativa antimonopolio, a pesar de ser evidente que sus respectivos ordenamientos sí consagran una institución similar.

5.3.7. Aplicación de las políticas públicas y rectoría

Los primeros tres capítulos de la ley se encargan de determinar cuáles son las conductas que el Estado debe sancionar y regular, tales como las prácticas desleales y las operaciones de concentración económica, respectivamente. Sin embargo, no basta con establecer qué conductas están prohibidas o cómo están reguladas, sino que resulta necesario determinar qué entidad pública o qué autoridad tienen competencia para ejercer las potestades que la ley prevé.

En el cuarto capítulo de la ley se analiza lo relativo a las facultades de las entidades a las que la ley otorgó competencia para implementar lo dispuesto en sus normas.

5.3.7.1. Facultades de la función ejecutiva

Las dos funciones del Estado que pueden tener alguna injerencia en la aplicación de la ley son la función ejecutiva y la función de transparencia y control social. La función ejecutiva tiene a su cargo la regulación, planificación y formulación de políticas públicas y la facultad de fijar precios.

La Junta de Regulación, que es el equivalente de la legislación ecuatoriana a la Comisión Federal de Comercio norteamericana o a la Autoridad de Competencia francesa, forma también parte de la función ejecutiva, al estar integrada por representantes de algunas de las carteras de Estado que forman parte de la administración pública central.¹⁸

Sus atribuciones son varias, según el artículo 42 del reglamento. Entre ellas está el expedir actos normativos para la aplicación de la ley, autorizar el establecimiento de restricciones a la competencia, emitir recomendaciones para el establecimiento de políticas de precios y expedir criterios para la evaluación de las prácticas tipificadas por la ley.¹⁹

A continuación analizaremos las atribuciones de la Superintendencia de Regulación y Control de Mercado que, según nuestra Constitución, formará parte de la función de regulación y control social.

5.3.8. Facultades de la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado

Sin lugar a dudas, la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado (Superintendencia) pasará a convertirse en la entidad más importante a efectos de hacer efectivas las disposiciones de la ley.

El artículo 36 de la ley, al referirse a la Superintendencia, reza que se constituye “como un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración

¹⁸ De acuerdo con el artículo 45 del reglamento, la Junta es presidida por el Ministro Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad. Un delegado de la Superintendencia puede participar de las sesiones de la Junta con voz, pero sin voto.

¹⁹ Además, otra de sus atribuciones, según el reglamento, en su artículo 11, es definir qué operadores económicos forman parte de un grupo económico, a efectos de calcular de manera conjunta su volumen de negocios. También se encarga de determinar cuál es el monto hasta el que aplica la regla de minimis, tanto para la configuración de las infracciones a la ley y para el control de las ayudas públicas. Sobre las últimas, el artículo 39 del reglamento reza lo que sigue: “No se les aplicará la obligación de notificación a las ayudas públicas que no excedan el monto que establezca la Junta de Regulación.”

desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa”.

Sus facultades son asegurar la transparencia y la eficiencia de los mercados y fomentar la competencia; corregir y sancionar las prácticas anticompetitivas; la investigación, conocimiento, corrección y sanción de las conductas de abuso de posición de dominio; entre otras.

En particular, el artículo 38 de la ley le concede una serie de atribuciones, entre las que se encuentra:

- La elaboración de estudios de mercado;
- La sustanciación de los procesos en sede administrativa a los que dé lugar la imposición de sanciones por infracciones a la ley;
- La sustanciación de los procesos de autorización de concentraciones económicas;
- Atender consultas de los operadores económicos sobre materias relacionadas con la ley;
- Dar fin a las restricciones a la competencia impuestas por el Estado que no respeten los lineamientos previstos en la ley;
- Disponer la suspensión y sanción de las prácticas contrarias a la ley.

La máxima autoridad de la Superintendencia es el Superintendente, que se designa por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social entre una terna enviada por el Presidente de la República.

Es el Superintendente quien tiene a su cargo varias de las atribuciones más importantes que se confiere a la Superintendencia, tales como la absolución de consultas y la resolución de recursos administrativos.

5.3.9. Procedimientos

Una vez que determinadas qué conductas son reguladas o prohibidas por la ley y qué autoridades están a cargo de aplicarla, la ley, en su capítulo quinto, norma lo relativo a los procedimientos de aplicación de la normativa.

En general, el capítulo quinto faculta a la Superintendencia a llevar a cabo las investigaciones que estime necesarias para determinar si se ha cometido alguna

infracción a la ley. Sus facultades investigativas involucran la potestad de requerir información a cualquier agente económico, así como receptor las declaraciones que estime pertinentes. Puede también solicitar que se le presente cualesquier libros contables, correspondencia, registros informáticos y documentos de toda clase para efectos de llevar a cabo sus investigaciones, sin que se pueda aducir reserva de ninguna naturaleza.

Además, todos los sujetos, tanto públicos como privados, están obligados a prestar su colaboración a la Superintendencia a efectos de que pueda llevar a cabo su labor investigativa adecuadamente.

Los procedimientos administrativos sustanciados ante la Superintendencia inician con la presentación de una denuncia. Luego sigue su calificación, el inicio de las investigaciones, las excepciones presentadas por la contraparte, un término de prueba, la dictación de medidas preventivas y la resolución por parte de esa entidad.

Las resoluciones de la Superintendencia, como todo acto administrativo, pueden ser impugnadas tanto en sede administrativa como ante la vía judicial. En vista de que lo atinente a la naturaleza jurídica y la regulación de tales impugnaciones no guarda relación alguna con los fundamentos económicos de la ley, consideramos innecesario referirnos a ello con mayor detalle.

Cabe mencionar, eso sí, que la facultad de la Superintendencia para iniciar cualquier investigación prescribe en cuatro años, y que la acción civil para buscar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por un acto anticompetitivo prescribe en cinco años.

5.3.10. Sanciones y medidas correctivas

Al culminar el proceso investigativo, la Superintendencia concluirá que se produjo o que no se produjo una infracción a la ley. En el caso de que concluyera que no hubo infracción alguna, la denuncia debe ser archivada. En cambio, si encontrara que sí se verificó una o más infracciones, la Superintendencia debe imponer las medidas correctivas o las sanciones que prevé la ley.

5.3.10.1. Medidas correctivas

Las medidas correctivas, como su nombre lo indica, tienen por objeto restablecer el proceso competitivo y revertir una conducta anticompetitiva. Pueden consistir en la orden de cesar una práctica anticompetitiva, la orden de realizar actos tendientes a restablecer el proceso competitivo, como la celebración de contratos, y la inoponibilidad de ciertas disposiciones contractuales que la Superintendencia estime anticompetitivas.

En el caso de no acatar tales medidas, la Superintendencia puede ordenar otras medidas correctivas al operador económico, aplicar sanciones o designar un interventor para supervigilar su implementación.²⁰

5.3.10.2. Sanciones

Ante el incumplimiento de las medidas correctivas impuestas por la Superintendencia o por la comisión de infracciones a la ley, la autoridad de control puede imponer sanciones de cuantía considerable a los operadores económicos y, en ciertos casos, a sus socios, directores y representantes.

La ley distingue entre infracciones leves, graves y muy graves. Son infracciones leves, por ejemplo, la presentación extemporánea de la notificación de inicio de un proceso de concentración, no cumplir una medida correctiva impuesta por la Superintendencia u obstruir alguna de sus labores de inspección. Son infracciones graves la formación de carteles, ciertos abusos de poder de mercado y la ejecución de una operación de concentración sin autorización de la entidad de control, entre otras. Finalmente, algunas de las infracciones muy graves son el abuso de posición de dominio que produzca efectos altamente nocivos al mercado o contravenir una resolución de la Superintendencia en materia de conductas anticompetitivas.

La sanción que se impone es del equivalente al 8, el 10 y el 12% de los ingresos brutos del operador económico correspondientes al ejercicio económico anterior la de la comisión de la infracción, a las infracciones leves, graves y muy graves, respectivamente. Tales ingresos se calculan con base en el volumen de negocios del operador económico en cuestión.

²⁰ Al referirse a las facultades del interventor, el artículo 91 del reglamento enumera las siguientes: establecer las modalidades para el efectivo cumplimiento de las medidas correctivas impuestas; vigilar que el operador económico responsable cese con la práctica de abuso de poder de mercado o con el acuerdo colusorio ilegal; vigilar que las actuaciones de los operadores económicos no ocasionen más daños a la competencia; vigilar la ejecución de actos o celebración de contratos para garantizar que estos tengan por objeto restablecer el proceso competitivo; vigilar que se no requiera a terceros el cumplimiento de cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos; entre otras.

En el caso de que no resulte posible calcular el volumen de negocios del operador económico, las infracciones leves son sancionadas con una multa de 50 a 2,000 remuneraciones básicas unificadas (RBU), las infracciones graves, con una multa de 2,001 a 40,000 RBUs, y las muy graves con una multa de más de 40,000 RBUs.

La cuantificación de la sanción dependerá entre otros factores de las dimensiones y características del mercado en cuestión, de la cuota de mercado del operador infractor, del alcance y la duración de la infracción, y de los beneficios obtenidos como consecuencia de ella.²¹

Se contempla, además, ciertas circunstancias atenuantes o agravantes. Una circunstancia atenuante es la no aplicación de la conducta infractora o la realización de actividades tendientes a reparar el daño. Circunstancias agravantes son la imposición de medidas para garantizar la ejecución de las conductas anticompetitivas o la falta de colaboración con la entidad de control.

Además, la ley prevé algunas hipótesis en las que un operador económico infractor puede ser exento de la aplicación de las multas que prevé la ley, como cuando es el primero en aportar elementos de prueba que facilitan la investigación y que resultan necesarios para determinar la comisión de una infracción.²² En otros casos, la autoridad puede reducir el importe de la sanción, como cuando aporten elementos de prueba a la investigación que “aporten un valor añadido significativo” con respecto a los documentos de los que las Superintendencia ya disponga. La reducción puede ser de hasta el 50% del valor de la multa.

Finalmente, la Superintendencia puede imponer ciertas multas, calificadas de “coercitivas”, de hasta 200 RBUs, con el fin de forzar a los agentes económicos a prestar su colaboración con las investigaciones de la autoridad de control, a cumplir con las medidas correctivas, a cesar una conducta prohibida, etc.

²¹ El artículo 95 del reglamento dispone que cuáles son los demás parámetros que la Superintendencia debe tomar en consideración para cuantificar la multa a ser impuesta a los operadores económicos infractores. El artículo 96, además, impone tomar en cuenta: “la dimensión y características del mercado afectado por la infracción; la cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables; el alcance de la infracción; el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción”.

²² El reglamento, en su artículo 5, dispone que no procede que se dé tal exención en tratándose de las conductas de abuso de poder de mercado previstas en los artículos 9 y 10 de la ley.

Finalmente, en relación con lo anterior, la ley prevé la posibilidad de que el operador económico asuma su responsabilidad en la comisión de la infracción investigada por la autoridad de control antes de que ésta emita su resolución, mediante una propuesta de compromiso. Las propuestas de compromiso deben comprender la decisión del operador económico de cesar la conducta anticompetitiva y resarcir a los perjudicados. Su incumplimiento acarrearía la imposición de sanciones y de medidas correctivas.

Con justa razón, éste es el capítulo de la ley que mayores inquietudes ha despertado en el sector empresarial ecuatoriano y en los practicantes del Derecho de la competencia. Imponer una sanción de tal modo gravosa podría suponer la quiebra del operador económico en cuestión. Además, la sanción vincularía también a los socios de las sociedades infractoras, sean éstos los accionistas de una sociedad anónima o los socios de una compañía de responsabilidad limitada, por ejemplo, vulnerando así algunas disposiciones relativas a la separabilidad de los patrimonios que constituyen el pivote de la normativa societaria.²³ Por ese motivo resulta imperioso que la labor de la Superintendencia sea cuidadosamente vigilada y fiscalizada por parte de las demás entidades del sector público y por parte de la ciudadanía, en general. Si esa entidad obrare arbitrariamente, los efectos en los mercados ecuatorianos podrían ser calamitosos.

²³ El inciso tercero del artículo 77 de la ley dispone que si el operador económico no tiene la solvencia para pagar la multa, éste debe recabar el importe de la multa de sus miembros. Por tanto, si el operador económico fuera una sociedad anónima y ésta no pudiera pagar la multa, sus socios deberían realizar tal pago.

CAPÍTULO III

ABUSOS DEL PODER DE MERCADO

1. Introducción

El ahínco del legislador de mercado de regular los abusos de poder de mercado no es inocente ni injustificado. El poder de mercado utilizado indebidamente puede suponer un obstáculo insalvable para las economías de mercado. Su indebida utilización pone en entredicho la eficacia de la *mano invisible* que pregonó Smith para asignar los recursos escasos de la manera más eficiente posible. Justificó la creación de cuerpos normativos que se han mantenido, en esencia, intocados durante décadas.

Nuestro legislador tradujo su preocupación en una normativa relativamente copiosa que busca abarcar todas las conductas que potencialmente puedan suponer una utilización anticompetitiva de la facultad de fijar las cantidades y los precios de equilibrio.

La importancia de esta institución y su profuso tratamiento justifica que se dedique a su estudio un capítulo completo. Se expondrá todas las conductas de abuso de posición de dominio tipificadas en el artículo 9 de la ley. Además, se comparará la normativa ecuatoriana con la que se mencionó en el capítulo anterior. En algunas de las conductas de mayor relevancia se hará referencia a un caso, de preferencia local, en el que su estudio haya tenido alguna trascendencia. Finalmente, se realizará un análisis y sobre el modo en el que el legislador optó por normar a dichas conductas.

2. Conductas de abuso de poder de mercado

Nos corresponde analizar cada una de esas conductas por separado. Sin embargo, agruparemos algunas de ellas bajo el mismo acápite, con base en las razones que explicaremos en su momento.

2.1. Dificultar permanencia o expansión de competidores

2.1.1. Normativa

Varios numerales del artículo 9 de la ley tipifican, de uno u otro modo, las conductas de un agente de posición de dominio que pueden perjudicar la entrada o permanencia de otros competidores en el mercado por motivos ajenos a la eficiencia

económica. Así, el numeral primero tipifica “Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia”. El numeral tercero se refiere a “las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, en condiciones en que debido a la concentración de los medios de producción o comercialización, dichas conductas afecten o puedan afectar, limitar o impedir la participación de sus competidores o perjudicar a los productores directos, los consumidores y/o usuarios”. El numeral 15 se refiere, en general, a “la implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas”. Finalmente, el numeral 22 tipifica “aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica”.

La ley tipifica varios casos de conductas que pueden tener esos efectos, de manera que virtualmente todos los actos que pueden tener las consecuencias mencionadas en el párrafo anterior están ya normados. Entre ellos se encuentra la discriminación de precios, la fijación de precios predatorios, la limitación del desarrollo tecnológico, la imposición de barreras de entrada y las ventas atadas.

2.2. Fijación de precios predatorios

2.2.1. Normativa local y comparada

El numeral 4 del artículo 9 de la LRCPM dispone que una de las conductas de abuso de poder de dominio consiste en “La fijación de precios predatorios o explotativos.” La Decisión 608²⁴ también lo tipifica.

2.2.2. Doctrina

La fijación de precios predatorios ocurre cuando un operador económico impone precios tan bajos que expulsa a los competidores del mercado, con el propósito de obtener ganancias más altas de lo normal posteriormente (Van Damme, Larouche, y Muller, 2006),

²⁴ Artículo 8, literal a).

El Tribunal de la Libre Competencia chileno²⁵ ha sostenido que se debe cumplir con los siguientes requisitos para que se verifique una conducta de fijación de precios predatorios:

- Que el predador tenga poder de mercado;
- Que el predador haya fijado los precios con el afán de recuperar sus pérdidas a futuro;
- Que se haya ofertado los bienes a un precio inferior a su costo;
- Que se haya tenido la intención de desplazar a los demás competidores.

Bullard (2006) menciona una condición más. Los costos de reingreso al mercado deben ser lo suficientemente altos como para que la empresa predatora pueda mantener su nueva participación de mercado el tiempo suficiente para compensar por las pérdidas en las que incurrió para sacar al competidor del mercado.

La razón por la que fijar precios predatorios constituye una infracción es que la eliminación de competidores no se debe a los mayores méritos empresariales del predador, sino en la explotación de una situación de poder (Hernández, 1997).

Los precios predatorios son una especie de dumping. Para SALVATORE, el dumping puede ser clasificado en persistente, depredador y esporádico. Aplicado al comercio internacional, el dumping persistente “es la tendencia continua de un monopolista doméstico por maximizar los beneficios totales mediante la venta de la mercancía a precio mayor en el mercado doméstico (...) que en el exterior” (Salvatore, 1999, p. 264). El dumping esporádico es la venta ocasional de una mercancía por debajo de su costo o a un precio más bajo en el exterior que domésticamente con el propósito de descargar excedentes imprevistos y temporales de la mercancía sin reducir los precios domésticos (Salvatore, 1999). Finalmente, el dumping depredador es la venta temporal de una mercancía a un costo más bajo con el fin de arruinar a los productores extranjeros (Salvatore, 1999).

De lo expuesto se concluye que no basta con que exista una reducción de precios por debajo del costo o que el agente tenga una posición de dominio, sino que también

²⁵ En su sentencia No. 72-2008 de 31 de julio de 2008, dentro del caso CMAT S.A.C.I. vs/ Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. Fallo citado por la Ministra de Industrias y Competitividad en la Resolución 001-2010, que analizaremos más adelante.

resulta menester que la intención del predador sea eliminar competidores del mercado y que logre compensar sus pérdidas una vez que éstos lo hayan abandonado.

2.2.3. Caso: Aerogal vs. Aerolane

En el mes de abril de 2009, la compañía AEROLÍNEAS GALÁPAGOS S.A. (AEROGAL) presentó una denuncia en contra de AEROLANE LÍNEAS AÉREAS NACIONALES DEL ECUADOR S.A. (LAN) ante la Subsecretaría de Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad. Adujo que AEROLANE había fijado precios predatorios en los pasajes aéreos de las rutas Quito-Guayaquil, Guayaquil- Quito, Quito-Cuenca y Cuenca-Quito, en los que Aerogal compite con ella.

El precio de los boletos aéreos ofertados por LAN era de USD 29 y, según ASTORGAL, ése valor era un 40% inferior a los costos medios de dicho boleto. Esa promoción estuvo vigente durante unos pocos meses.

La autoridad de competencia consideró que los precios predatorios deben verificar dos condiciones: una subjetiva y otra objetiva. La objetiva es que el agente pueda fijar los precios predatorios con éxito. Es decir, esta condición se refiere a la capacidad de poder actuar en el mercado sin que importe la reacción de los competidores. En otras palabras, el predador, para ser tal, debe tener poder de mercado. La condición subjetiva implica la intención de eliminar competidores.

De acuerdo con la autoridad, los precios de los boletos aéreos no pudieron ser predatorios, ya que se los fijó de manera temporal. Además, determinó que la denunciada no tenía posición de dominio y que la tarifa promocional cubría una parte considerable de sus costos variables.

Por ese motivo, consideró que la imposición de tales tarifas no cumplió con las condiciones para haberlas podido considerar como predatorias. Siendo así, la autoridad resolvió rechazar la denuncia presentada por AEROGAL.

2.2.4. Análisis y opinión

No cabe duda que la fijación de precios predatorios puede producir un grave daño al excedente social. Si el predador tiene éxito, una vez que sus competidores se hayan retirado, podrá cobrar a los consumidores precios superiores a los competitivos,

verificándose así una exacción del excedente del consumidor que parece no tener justificativo alguno.

Es indudable que el predador tenga posición de dominio resulta esencial para tipificar esta conducta. Si no la tiene, no obtendrá ningún beneficio mediato o inmediato por disminuir sus precios por debajo de sus costos.

Estamos de acuerdo con que se requiera que el predador tenga la intención de eliminar a sus competidores mediante la fijación de los precios predatorios. Sin embargo, en el caso de que la fijación temporal de precios por debajo del costo traiga como consecuencia la salida de competidores, no por eso el agente estaría en la libertad de realizar una exacción al excedente del consumidor, ya que ésta sería otra infracción distinta a la fijación de precios predatorios.

Finalmente, el que los costos imposibiliten el pronto reingreso al mercado relevante de los competidores excluidos debería ser un factor agravante. Si es que se ha de distinguir a la fijación de precios predatorios de la exacción del excedente del consumidor, es menester que la tipicidad de la primera se refiera a la fase previa a la efectiva exacción de dicho excedente. Mientras más difícil resulte a los competidores reingresar al mercado, más grave será el potencial perjuicio al excedente social. Por tanto, mientras más difícil resulte a los competidores volver a competir, más gravosa debería ser la sanción al predador.

2.3. Limitación de la producción, distribución o desarrollo tecnológico

2.3.1. Normativa

El numeral 5 de la ley tipifica como práctica de abuso de posición de dominio la “alteración injustificada de los niveles de producción, del mercado o del desarrollo técnico o tecnológico que afecten negativamente a los operadores económicos o a los consumidores”. El literal b) del artículo 86 del Tratado de Roma contiene una disposición idéntica.²⁶ El literal b) del numeral segundo del artículo 2 de la ley española dispone que constituye una práctica de abuso “La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los

²⁶ Dispone lo que una conducta de abuso de posición de dominio puede consistir en “limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers”.

consumidores”. La normativa argentina considera como práctica restrictiva a la competencia “Regular mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución”.²⁷

2.3.2. Doctrina

Como dice Temple (2009), la limitación de la producción a la que se refiere el literal h) del artículo 82 del Tratado de Roma se refiere a las dificultades creadas por un competidor a la que no estaría sujeto bajo condiciones competitivas. Al ofrecer un mejor producto a un precio inferior, por ejemplo, un operador económico no limita la habilidad de sus rivales de hacer ofertas similares. Determinar si la limitación es ilegítima dependerá de si ésta responde o no a mejoras en la eficiencia del operador económico.

Sin embargo, como anota Temple (2009), los operadores económicos deben intentar limitar los efectos anticompetitivos de sus conductas, por más que éstas sean, en principio, favorables a la competencia. Así, si la mejora de uno de los dos productos fabricados por un operador trae como consecuencia que se vuelva incompatible con la versión de los competidores para ese producto, el operador podría tener el deber de proveer a sus competidores de la información necesaria para garantizar la interoperabilidad.

Un ejemplo podría ser el siguiente. Si Microsoft lanzara al mercado una nueva versión de su sistema operativo Windows, y esa versión fuera incompatible, por ejemplo, con el explorador Google Chrome, Microsoft podría tener la obligación de proveer a Google y a sus demás competidores con la información necesaria para que puedan compatibilizar su producto con el de Microsoft.

2.3.3. Análisis y opinión

Por un sinnúmero de motivos, los operadores económicos podrían no tener interés en que el mercado experimente una mejora tecnológica, en que aumente la oferta total o la distribución de los productos. La reticencia al cambio o el deseo de mantener un precio superior al competitivo pueden causar que los operadores económicos con poder de

²⁷ En el literal h) de su artículo 2.

mercado eviten que éste se desarrolle sobre estos aspectos como lo haría en un supuesto de libre competencia.

Esta conducta nos merece un par de acotaciones: primera, es claro que la eficiencia económica podría verse afectada independientemente de que el agente económico haya tenido la intención de hacerlo; y, segunda, podría limitarse la producción, el desarrollo tecnológico o la distribución sin que eso suponga una merma para el Derecho de la competencia.

Las limitaciones a los desarrollos tecnológicos pueden deberse a una aversión al progreso, por ejemplo. Un operador económico podría no gustar de la idea de modernizar su planta, o podría no tener incentivo alguno para invertir en investigación y desarrollo por ese motivo. La razón por la que el agente lleve a cabo tal conducta debería importar al momento de cuantificar la sanción que se le debe imponer. Una conducta que ex profeso haya buscado mermar el excedente social debería ser sancionada con mayor severidad que otra que haya tenido un móvil distinto.

Puede verificarse hipótesis en las que la limitación a la producción podría ser conveniente, como cuando existe una sobreoferta, por ejemplo. La limitación al desarrollo tecnológico podría ser eficiente en la medida en la que los beneficios derivados de la nueva tecnología no superen a los costos derivados de la investigación que se deba realizar para poder desarrollarla.

Por tanto, como ocurre con todas las demás conductas, no debería sancionarse a un operador económico alguno por limitar la producción, la distribución o el desarrollo tecnológico, sino en cuanto su conducta pueda repercutir en el excedente social. Sólo en esa medida, la alteración podrá ser calificada de “injustificada”.

2.4. Barreras de entrada

2.4.1. Normativa

El numeral 18 del artículo 9 de la Ley tipifica como un abuso de posición de dominio “Levantar barreras de entrada y/o salida en un mercado relevante”. El artículo 2 (f) de la Ley de Defensa de la Competencia argentina tipifica como una práctica restrictiva a la competencia “f) Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste”.

2.4.2. Doctrina

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos ([OCDE], 2005) el concepto de ‘barreras de entrada’ es importante en muchas áreas del Derecho de la competencia. Sin embargo, no se ha podido determinar exactamente qué constituye una barrera de entrada.

Las barreras de entrada pueden retrasar o impedir la atracción de nuevos competidores, que es el mecanismo usual de mercado para controlar el poder de mercado.

De acuerdo con la OCDE (2005), las barreras de entrada pueden ser estratégicas o estructurales.

Las barreras de entrada estructurales son las siguientes, entre otras:

- Ventajas absolutas de costos;
- Economías de escala;
- Economías de alcance;
- Barreras legales; y,
- Barreras a la salida.

La mayor parte de las barreras a la entrada estructurales serán estudiadas o lo han sido ya. Entre las barreras a la entrada estructurales está la fijación de precios predatorios, la fijación de precios límite, la sobreinversión intencional en capacidad de producción, la concesión de descuentos a clientes, la negativa a satisfacer pedidos, la diferenciación de productos y la publicidad, las ventas atadas y los acuerdos de venta exclusiva, entre otras.

2.4.3. Caso

Analizaremos el caso de Nueva Industria Farmacéutica Ecuatoriana (NIFA) vs. Merck Sharp and Dohme (MSD), que actualmente se ventila ante la Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia.

NIFA es una compañía ecuatoriana que se dedica a la producción de medicamentos genéricos. Hace un poco más de una década buscaba adquirir una planta industrial para aumentar sus volúmenes de producción.

MSD le comunicó a NIFA que tenía la intención de vender una planta industrial con las características requeridas por NIFA. Como consecuencia de la oferta que se le realizó, NIFA puso fin a sus planes de ampliar su planta de producción o de buscar una nueva. Eventualmente, NIFA ofreció pagar un millón trescientos mil dólares por la planta de MSD.

EL proceso de negociación duró dos años. Después de avanzadas las conversaciones, MSD requirió a NIFA dejar de producir ciertos medicamentos genéricos, a pesar de que no se encontraban protegidos por una patente y de que eso no había sido materia del acuerdo. MSD realizó ese pedido con el fin de que NIFA no compitiera con ella en esos mercados. NIFA no aceptó la condición impuesta por MSD. Por ese motivo, MSD desistió de la venta de la planta industrial.

NIFA adujo haber sufrido perjuicios millonarios derivados de la imposibilidad de adquirir la planta industrial. Pidió que se condene a MSD a un pago de doscientos millones de dólares.

El juez concluyó que

Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation ha logrado imponer una barrera de entrada artificial a los productos de Nueva Industria Farmacéutica Asociada S.A. (nifa S.A.), barrera que tenía por objetivo evitar la competencia de dicha compañía y la pérdida de ventas que ha proyectado. La demandada es conciente (sic) que la competencia de los productos genéricos está erosionando su posición en el mercado, por lo que incluso ha llegado a desacreditar a dichos productos y sus propiedades terapéuticas, tal como aparece del proceso.

Por ese motivo, aceptó la demanda y condenó a MSD al pago de la cantidad pedida por NIFA.

En segunda instancia, la Primera Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha ratificó la sentencia de primer nivel. Sostuvo que “Es claro que la demandada tenía posición de dominio en el mercado de plantas industriales aptas para la industria farmacéutica y que se encontrara equipada, que contaran con financiamiento para su compra y mejoramiento, ya que no existían en el mercado otra planta que reuniera tales características, sobre todo las relativas al financiamiento”.

Resolvió ratificar en todas sus partes la sentencia de primer nivel, ya que consideró que MSD era civilmente responsable por los perjuicios causados a NIFA por la negativa a vender su planta industrial.

2.4.4. Análisis y opinión

Pocas de las conductas que analizaremos en nuestro trabajo tienen tal amplitud o importancia como las barreras de entrada. En definitiva, uno de las mejores herramientas para corregir y evitar las distorsiones en la competencia es la concurrencia efectiva. Las barreras a la entrada, por tanto, representan un potencial peligro para la eficiencia económica y para el Derecho de la competencia.

Sin embargo, consideramos que se cometería un error de consideración que cualquier barrera de entrada podría ser ilícita.

Si bien las barreras de entrada estructurales pueden tener efectos perniciosos en la competencia, es claro que no podría sancionarse a un operador económico por llegar a crear una, tanto más si la barrera se debe a una mejora en la eficiencia del operador económico, como en las economías de escala. La labor del Estado debería ser el evitar, en la medida de lo posible, que tales barreras existan, o atenuar su efecto. Las medidas que el Estado tome con ese fin tampoco podrían afectar los derechos que tengan los actuales partícipes del mercado. Por ejemplo, en tratándose de patentes de invención, el Estado podría obligar a su titular a conceder licencias, siempre y cuando los licenciarios paguen al operador una contraprestación razonable.

Parece ser que mediante esta disposición el legislador buscó abarcar todas las demás conductas que puedan impedir el libre ingreso de competidores, que no se deban a la eficiencia económica o a otros factores no punibles, y que no estén tipificadas en las demás normas de la ley.

2.5. Discriminación de precios y aplicación de condiciones desiguales

2.5.1. Normativa

Nuestra ley norma como dos conductas distintas a la discriminación de precios y a la fijación de condiciones desiguales a prestaciones iguales. El numeral 6 del artículo

9 de la ley tipifica “La discriminación injustificada de precios, condiciones o modalidades de fijación de precios”. Por su parte, el numeral 7 tipifica “La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros”. El artículo 82 (c) del Tratado de Roma tipifica la aplicación de condiciones desiguales en transacciones equivalentes que pongan a la otra parte en desventaja competitiva.

La doctrina y la jurisprudencia consideran que ambos casos se refieren a una misma infracción a la competencia. Por ese motivo los trataremos en conjunto.

2.5.2. Doctrina

De acuerdo con Geradin y O’ Donoghue (2005), se debe reunir las siguientes condiciones para poder llevar a cabo una discriminación de precios:

- El agente económico debe tener poder de mercado;
- El agente económico debe poder dividir a los consumidores dependiendo de su disposición a pagar; y,
- El agente debe poder impedir el arbitraje entre consumidores.

Como explica Samuelson, “la discriminación de precios consiste en cobrar a distintos clientes diferentes precios por el mismo servicio” (Samuelson y Nordhaus, p. 62, 2002). Puede distinguirse entre la discriminación de precios de primer, segundo y tercer grado. La discriminación de primer grado o perfecta se aplica cuando el monopolista puede fijar el precio máximo que cada consumidor está dispuesto a pagar por cada unidad vendida.

La discriminación de precios de segundo grado supone la imposibilidad de aplicar una discriminación de precios perfecta. Consiste en fijar descuentos por volumen a grupos particulares de consumidores.

La discriminación de precios de tercer grado se define por tres características: i) hay una característica fácilmente observable del consumidor, como su edad o su ubicación o geográfica; ii) el monopolista debe poder evitar el arbitraje entre los distintos grupos; y, iii) el monopolista carga el mismo precio por unidad a todos los

consumidores del mismo grupo, permitiéndoles comprar la cantidad que deseen a ese precio (Pepall *et al.*, 2006).

La discriminación de precios de segundo grado presenta mayores complicaciones. Geradin, Petit (2005) y Pepall (2006) acuerdan en que no puede determinarse *a priori* cuáles son sus efectos en el excedente social. Uno de las condiciones para que aumente el excedente social es que aumente la producción total.

En cambio, en la discriminación de precios de tercer grado no varía la cantidad ofertada por el operador económico. En esa hipótesis, como dice Pepall (2006), disminuye el excedente social.

2.5.3. Caso

Uno de los casos más conocidos de sanciones impuestas a un operador económico por haber discriminado sus precios de venta fue el de de United Brands Company (UBC) vs. Comisión de las Comunidades Europeas (Comisión).²⁸

En el caso, UBC impugnó una Decisión que le impuso la Comisión por supuestamente haber cometido una serie de infracciones a la competencia, entre las que se encontraba la negativa a satisfacer pedidos y la discriminación de precios.

Se acusó a UBC de haber vendido banano a sus clientes en Alemania, Dinamarca, Países Bajos y la Unión económica belgo-luxemburguesa a precios discriminatorios durante el primer quinquenio de la década de los setenta del siglo pasado.

Luego de determinar que los plátanos constituían el producto del mercado relevante y que el área geográfica abarcaba los países mencionados anteriormente, el Tribunal, basándose en la Decisión de la Comisión, concluyó que UBC varió sin razón objetiva alguna el precio de su producto en función del Estado miembro en el que

²⁸ La sentencia, dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, tiene por fecha el 14 de febrero de 1978, y recayó dentro del proceso No. 27-76. Puede encontrarse su texto en la siguiente dirección: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976CJ0027:ES:PDF>. Acceso: 17 de junio de 2012.

estaban establecidos sus clientes.²⁹ Por ejemplo, el precio exigido a los clientes belgas llegó a ser un 80% superior al precio pagado por los clientes irlandeses.³⁰

Según el Tribunal, dado que el producto vendido era idéntico y se lo descargaba en los mismos puertos, se habría podido esperar que UBC ofreciera a todos los clientes el mismo precio de venta de los plátanos.³¹

UBC argumentó que las instituciones comunitarias no habían logrado crear todavía un mercado único del plátano y que, al ser los mercados de carácter nacional, respondieron a sus peculiares relaciones de oferta y demanda, por lo que no resultó posible evitar las diferencias en los precios de venta.

El Tribunal rechazó tales argumentaciones. Concluyó que la fijación de precios distintos a los clientes europeos de UBC les impuso una desventaja competitiva, por lo cual se falseó la competencia de ese mercado. Empero, consideró que la multa impuesta a la compañía había sido desproporcionada, por lo que decidió reducirla a aproximadamente tres millones de florines neerlandeses.³²

2.5.4. Análisis y opinión

La discriminación de precios puede no ser anticompetitiva. Como analizamos, la discriminación de precios de primer grado puede ser favorable para el excedente social, a pesar de que es improbable que llegue a suceder en la práctica.

La discriminación de precios de segundo y tercer grado puede favorecer o mermar el excedente social. Determinarlo dependerá de un análisis casuista, que considere los efectos de esa conducta en el excedente del productor y en el excedente del consumidor.

En el caso que se analizó, parece ser que no se tomó en consideración que la discriminación de precios puede ser favorable para la competencia. Al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea le bastó con evidenciar que los precios a los que UBC vendía sus productos no eran los mismos en todos los casos. Parece ser que no se

²⁹ Párrafo 208 de la sentencia.

³⁰ Párrafo 211 de la sentencia.

³¹ Párrafo 207 de la sentencia.

³² Párrafo 304 de la sentencia.

elaboró examen alguno de la demanda particular del bien objeto de su investigación ni de los efectos de la conducta sobre el excedente social.³³

2.6. Ventas atadas e imposición de condiciones suplementarias.

2.6.1. Normativa

Dos de las conductas de abuso de poder de mercado, según el numeral 8 del artículo 9 de la Ley, es “La venta condicionada y la venta atada, injustificadas.”³⁴ La doctrina considera que esta conducta se enmarca dentro de la imposición de prestaciones suplementarias. El numeral 11 y el numeral 13 del mismo artículo se refieren, en su orden, a “La fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios” y a “La subordinación de actos, acuerdos o contratos a la aceptación de obligaciones, prestaciones suplementarias o condicionadas que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de los mismos”. Finalmente, el numeral 23 se refiere a “La imposición de condiciones injustificadas a proveedores o compradores, como el establecimiento de plazos excesivos e injustificados de pago, devolución de productos, especialmente cuando fueren perecibles, o la exigencia de contribuciones o prestaciones suplementarias de cualquier tipo que no estén relacionados con la prestación principal o relacionadas con la efectiva prestación de un servicio al proveedor”.

Trataremos a continuación esos casos de abuso de posición de dominio.

2.6.2. Doctrina

Un acuerdo de venta atada ocurre cuando, a través de un requerimiento contractual o tecnológico, un vendedor condiciona la venta o el arrendamiento de un producto a que el comprador adquiriera un segundo producto o servicio (Abbot y Wright, 2008).

³³ Empero, en vista de que, según el análisis de la Comisión, el mercado del banano tenía una frecuente sobreoferta, podría inferirse que la discriminación de precios no contribuía a aumentar la cantidad ofertada a los clientes de UBC.

³⁴ Como veremos más adelante, consideramos que este supuesto se refiere sólo a la venta realizada bajo la condición de adquirir un producto complementario, lo que se conoce como “ventas atadas”.

Estos acuerdos atan la compra de dos o más productos sin exigir una cantidad específica que deba comprarse por lo menos de uno de los bienes. Además, los bienes atados suelen tener una relación complementaria (Pepall *et. al*, 2006).

En un fallo de 1949, la Corte Suprema de Justicia norteamericana resolvió que este tipo de acuerdos difícilmente tienen otro efecto que la eliminación de la competencia.³⁵

De acuerdo con Abbot y Wright (2008), determinar si una venta atada aumenta o disminuye el excedente social dependerá de las circunstancias fácticas del caso. Sin embargo, muchos economistas consideran que sus efectos en favor de la competencia pueden ser superiores que los perjuicios que puede ocasionarle.

Empero, el numeral 23 contempla un supuesto distinto, más extenso, de cláusulas abusivas, ya que se refiere, en síntesis, a cláusulas abusivas de contratación que se impone en desmedro de quien contrata con el agente con posición de dominio. No encontramos doctrina que se refiera puntualmente a ese supuesto, pero estimamos que es sencillo entender por qué el legislador estimó necesario tipificarlo. La competencia efectiva y el excedente social pueden verse mermados si es que un agente de con posición de dominio utilizando de manera ilegítima su poder de mercado impone condiciones de contratación que hacen que la utilidad de su contratante disminuya, como, por ejemplo, cuando se lo obliga a aceptar la devolución de productos o se le imponen plazos de pago irrazonables.

Finalmente, Cabanellas considera que el supuesto de prestaciones suplementarias se relaciona estrechamente con los descuentos de fidelidad, que analizaremos más adelante.

2.6.3. Caso

Uno de los casos más relevantes en materia de ventas atadas es el que involucró a Microsoft y a Netscape (Economides, 2003).

³⁵ En el caso Standard Oil Co. vs. Estados Unidos de América, al que hicimos mención en el capítulo anterior. El texto del fallo puede ser encontrado en: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/337/293/case.html>. Fecha de acceso: 19 de junio de 2012.

En 1997 se acusó a Microsoft de atar la venta de su sistema operativo Windows 95 con su explorador Internet Explorer. Se sospechaba que su intención era eliminar a su competidor Netscape.

Para determinar si la conducta de Microsoft había sido anticompetitiva, tuvo que establecerse que la compañía tenía poder de mercado, que el sistema operativo y el navegador eran productos distintos que no necesitaban agruparse estrechamente, y que el deseo de Microsoft era deshacerse de su rival.

La primera decisión tomada por la justicia norteamericana fue la de dividir Microsoft en dos compañías. Una debía dedicarse al desarrollo de sistemas operativos y otra, al desarrollo de aplicaciones. Además, se prohibió que las compañías tuvieran directorios en común.

Sin embargo, la Corte de Apelaciones revocó parcialmente la decisión del juez de primer nivel. Declaró que Microsoft no había intentado vender conjuntamente su sistema operativo con su navegador³⁶, a pesar de que consideró que Microsoft sí fue responsable por monopolizar el mercado de sistemas operativos. Tampoco se ratificó la parte de la sentencia en la que se ordenaba a Microsoft dividirse.

Finalmente, en 2001 Microsoft llegó a un acuerdo con los demandantes, en el que se comprometió, entre otros aspectos, a no realizar acto de retaliación alguna contra sus competidores, a no celebrar contratos de venta exclusiva, y a ser supervisada por un panel que debía conformarse por representantes de las partes (Economides, 2003).

2.6.4. Análisis y opinión

Al igual que con las demás conductas que hemos analizado, las ventas atadas pueden no ser anticompetitivas. No reconocer sus potenciales efectos en favor de la eficiencia económica supondría obviar la existencia de las economías de alcance, por ejemplo.

Los efectos perniciosos para la competencia como consecuencia de las ventas atadas pueden producirse si y solo si el precio al que se vende el bien complementario es inferior al que se lo vendería por separado. Es decir, en estas hipótesis, en nuestro sentir,

³⁶ En realidad, ordenó que se revise el caso sobre este respecto, porque consideró que las reglas que se usó para llegar a esta conclusión fueron inadecuadas.

tiene que haber una surte de subsidios cruzados para que se configure una situación de peligro para la eficiencia económica.

Además, consideramos que, para efectos de la sanción respectiva, debería también analizarse si es que la intención del agente económico es excluir a sus competidores del mercado, como hizo Microsoft. Bajo el supuesto de que el monopolista que lleva a cabo la práctica no pretenda resarcirse posteriormente mediante la fijación de precios más altos que los competitivos, el excedente social bien podría aumentar.

También presenta complejidades el determinar cuándo dos bienes son complementarios y cuándo constituyen un mismo producto. Es decir, determinar, por ejemplo, si un navegador de Internet puede considerarse o no parte de un sistema operativo o si las cámaras fotográficas y los flashes son un mismo bien podría resultar más complejo que, simplemente, recurrir a la definición económica de que dos bienes son complementarios cuando la subida del precio de uno disminuye la demanda de otro.

Por tanto, para que una conducta de este tipo sea sancionada estamos de acuerdo con que es menester que el operador económico tenga poder de mercado, que los bienes vendidos sean complementarios, y que las ventas atadas generen una ineficiencia económica. Además, constituiría un factor agravante el que el operador económico haya tenido la intención de prevenir la entrada al o excluir del mercado por parte de sus competidores.

2.7. Establecimiento de subsidios cruzados

2.7.1. Normativa

La ley sanciona también el establecimiento de subsidios cruzados, con el agravante de que se trate de subsidios regresivos.³⁷

2.7.2. Doctrina

Un subsidio cruzado ocurre cuando una compañía usa fondos generados por otra área de actividad para financiar actividades en otra área de su negocio (Geradin y O' Donoghue, 2005).

³⁷ Numeral 12 del artículo 9 de la ley.

Para el Derecho de la competencia económica es generalmente irrelevante determinar cómo financia sus actividades una compañía. El financiamiento puede no consistir en la transferencia de fondos, sino en una distribución estratégica de recursos (Geradin y O' Donoghue, 2005).

La única hipótesis en la que puede interesar cuál sea el modo en el que un operador financia sus actividades es en los precios predatorios. El abuso continúa siendo la fijación de precios predatorios, pero lo que ayuda a soportar las pérdidas que resultan de la conducta predatoria son los subsidios que se obtiene por parte de otras actividades del operador (Geradin y O' Donoghue, 2005).

2.7.3. Caso

United Parcel Service (UPS) presentó una denuncia en contra de Deutsche Post AG (Deutsche) ante la Comisión de las Comunidades Europeas.³⁸ Ambas compañías proveen el servicio de paquetería entre clientes empresariales.

Deutsche gozaba de un monopolio legal para el despacho de cierto tipo de correspondencia. UPS alegaba que Deutsche utilizó las ganancias derivadas de su monopolio legal para financiar sus continuas pérdidas en los servicios de paquetería en los que competía, entre otros, con UPS.

La Comisión concluyó que Deutsche fijó los precios del servicio de paquetería por debajo de sus costos variables medios.³⁹ Consideró que cada venta adicional “no sólo genera una pérdida de los (costos variables) sino que no contribuye en lo absoluto a cubrir los costes de puesta a disposición de las capacidades de la empresa”.⁴⁰

La Comisión condenó a Deutsche al pago de veinticuatro millones de euros. Sin embargo, no la sancionó por la fijación de precios predatorios o por el establecimiento de subvenciones cruzadas, sino por el otorgamiento de descuentos de fidelidad a sus clientes. No aplicó una sanción por esa conducta dado que no se había determinado previamente cuál era la norma sobre la cobertura de costes que debía observar un operador económico como Deutsche.

³⁸ El texto en español de la Decisión se puede encontrar en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:125:0027:0044:ES:PDF>. Acceso: 23 de junio de 2012.

³⁹ Los denomina “costos adicionales vinculados a la prestación de este servicio”. Cfr. Párrafo 36.

⁴⁰ A saber, sus costos fijos.

2.7.4. Análisis y opinión

No estamos de acuerdo con que los subsidios cruzados constituyan una infracción autónoma al derecho de la competencia, por tres motivos: i) porque puede ser una forma legítima y eficiente de financiar actividades nuevas de un operador económico, ii) porque no suponen, per se, un perjuicio al excedente social, y iii) porque la conducta anticompetitiva a la que podrían dar lugar ya está tipificada.

Al incurrir en nuevas líneas de negocio, es probable que los operadores económicos deban asumir pérdidas durante algunos ejercicios económicos previo a que su actividad se desarrolle de manera suficiente y genere utilidades. Eso explica, por ejemplo, que nuestra normativa dé un trato preferencial en materia tributaria a las compañías recién constituidas. Las pérdidas generadas deben ser financiadas con recursos propios o ajenos. Estimamos que generalmente resultará más conveniente afrontar esas pérdidas con recursos propios, ya que suponen usualmente un costo financiero menor. Por tanto, permitir el financiamiento a través de subsidios cruzados puede ser una opción favorable para los agentes económicos que incurren en actividades nuevas.

Finalmente, la fijación de precios predatorios está sancionada por la ley. Según vimos, el único riesgo que representan los subsidios cruzados es que puedan financiar la provisión de bienes o servicios por debajo de su costo. El depredador incurre en pérdidas al fijar precios por debajo del costo. Para afrontar pérdidas puede recurrir a los excedentes generados en otras actividades lucrativas. Si la ley ya sanciona la conducta que supone una merma al excedente social, a saber, la fijación de precios predatorios, no se explica por qué debe sancionar, además, a una que por sí misma no perjudica a excedente alguno. Eso querría decir que un operador económico podría ser sancionado por fijar precios por debajo del costo y por financiar tal fijación, lo que parece no tener mayor sentido.

2.8. Abuso de acciones legales

2.8.1. Normativa

El numeral 18 del artículo 9 de la ley reza que constituye un abuso de posición de dominio “La implementación injustificada de acciones legales que tenga por resultado la restricción del acceso o de la permanencia en el mercado de competidores actuales o potenciales”.

2.8.2. Caso

No encontramos doctrina alguna que se refiera al abuso de acciones legales en materia de competencia. Por ese motivo mencionaremos el criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile en un caso que se sometió a su resolución y que versó sobre esa conducta.

Analizaremos el caso entre Telmex Servicios Empresariales S.A. (Telmex) y Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (CTC), que fue resuelto por el Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile el 30 de enero de 2009.

Telmex presentó una demanda en contra de CTC aduciendo que la segunda abusó de acciones judiciales con el objetivo de impedir el ingreso de una tecnología que competía con el servicio telefónico ofertado por CTC.

En síntesis, a Telmex le fue adjudicado un contrato para la implementación de un determinado sistema de telecomunicaciones. CTC también compitió para que le fuera adjudicado el contrato, pero no resultó vencedora. Posteriormente, CTC impugnó la decisión de la autoridad chilena. Telmex adujo que los recursos presentados por CTC carecían de todo asidero jurídico. Tomando en consideración el tamaño de la empresa y su importancia, Telmex sostuvo que los abogados patrocinadores de CTC debían conocer con claridad cuál debía ser la vía a tomar para impugnar la adjudicación al contrato a Telmex, pero no lo hicieron adecuadamente.

El Tribunal opinó que para que se configure un abuso de acciones judiciales “es indispensable que el agente obre con la finalidad única, exclusiva e inequívoca de impedir o retardar la entrada al mercado de un nuevo competidor”.

El Tribunal consideró también que CTC había tenido más de un motivo válido por el que impugnar la adjudicación realizada a Telmex. Consideró también que los recursos intentados por CTC tenían un sustento mayor que el que les atribuyó Telmex.

Por ese motivo, el Tribunal chileno decidió rechazar la demanda presentada por Telmex en contra de CTC.

2.8.3. Análisis y opinión

El abuso de acciones legales es, en nuestro sentir, una de las conductas que más dificultades presentan al momento de su sanción.

El problema no yace tanto en cuestionar la importancia del abuso de acciones legales para la libre competencia. Es claro que un competidor ya establecido en el mercado podría causar un grave daño a otro competidor, actual o potencial, forzándolo a comparecer a tediosos y costosos procesos que no tienen sustento alguno, y que no tienen otro fin sino el disuadirlo a entrar o persuadirlo a salir del mercado. No se diga en un sistema como el nuestro, en el que los procesos judiciales pueden durar, en algunos casos, varios lustros.

Tampoco presenta mayores dificultades determinar qué requisitos debería cumplir el abuso de acciones legales para ser sancionado. En síntesis, bastaría con que un agente con posición de dominio inicie procesos legales en contra de un competidor actual o potencial con el solo fin de obstaculizar su ingreso al mercado, de dificultar su labor o de persuadirlo a abandonarlo. Utilizando un concepto jurídico, debería “abusar de su derecho” de acción con ese fin para que pueda ser sancionado.

La complicación es la siguiente. Sería muy discutible el que pueda considerarse que una parte ha abusado de su derecho a acceder ante los jueces y los tribunales antes de que el juez o el tribunal respectivo declare que ha litigado de mala fe y la condene al pago de costas judiciales. Es decir, consideramos que resultaría muy objetable concluir que una parte abusó de su derecho de iniciar acciones legales antes de que los procesos lleguen a su fin. Ahora, como anticipamos, por las particulares características del sistema de administración de justicia de nuestro país, un competidor afectado por el abuso de acciones legales tendría que esperar un tiempo muy considerable antes de poder denunciar al operador con posición dominante por esa práctica.

Bajo esas premisas, estimamos que es poco probable que en la práctica pueda llegar a sancionarse a un operador económico por ese motivo, a pesar de que ésta será una conducta que verificará con frecuencia.

2.9. Incitación a terceros a no comprar

2.9.1. Normativa

El numeral 10 del artículo 9 de la ley tipifica “La incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o

entrega de bienes o la prestación de servicios a otros”. La Decisión 608 tipifica “La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros.”

2.9.2. Caso

Hace aproximadamente quince años atrás ocurrió en nuestro país un caso de aparente incitación a terceros a no comprar, antes de la vigencia de la ley. El caso fue cubierto por la prensa, por la importancia que representó.⁴¹

Una cadena de supermercados chilena, Santa Isabel, inició sus actividades en el Ecuador. Abrió dos locales en una ciudad del litoral. Su clientela empezó a crecer rápidamente.

Ante la amenaza que se cernía sobre ellos por la presencia de un nuevo competidor, se sospecha que los dos operadores económicos con mayor presencia en el mercado de, valga la redundancia, ventas al por menor de enseres decidieron incitar a sus proveedores a dejar de realizar negocios con la nueva cadena de supermercados.

Santa Isabel intentó revertir la estrategia implementada en su contra, pero no le fue posible hacerlo. Los proveedores de las dos cadenas locales de supermercados decidieron no negociar con Santa Isabel so pena de perder a sus mejores clientes.

Esta estrategia finalmente culminó con la quiebra del nuevo competidor, y los otros dos operadores económicos afianzaron su poder de mercado.

Las consecuencias de una conducta de esa naturaleza fueron evidentes. Un nuevo competidor habría presionado a la baja los precios de los productos vendidos por los supermercados. Las cadenas de supermercados se habrían visto forzadas a realizar mejores ofertas y a ser más eficientes para no perder clientela. Es decir, como consecuencia de la introducción de un competidor del talante de Santa Isabel, todos los consumidores de las cadenas de supermercados habrían recibido un beneficio. El excedente social habría aumentado.

⁴¹ Se puede encontrar información sobre el caso en el reportaje intitolado “Santa Isabel se frunce”, publicado en el diario Hoy, el día 23 de septiembre de 1997, disponible en: <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/santa-isabel-se-frunce-117088-117088.html>. Acceso: 24 de junio de 2012.

Si las dos cadenas locales de supermercados hubieran incurrido en una conducta de esa naturaleza el día de hoy, habría tenido que imponérseles una sanción astronómica, que, seguramente, las habría disuadido de vulnerar la competencia de manera tan flagrante a futuro, eso sí, bajo el supuesto de que las sospechas que se tiene sean ciertas.

2.9.3. Análisis y opinión

Un agente con posición de dominio podría forzar a sus proveedores a dejar de contratar con los competidores del primero. Su objetivo podría ser forzar a sus competidores a abandonar el mercado. Ante el temor de la retaliación que podrían sufrir por parte del agente con poder de mercado, sus proveedores no tendrían más remedio que acceder a sus pedidos. Así, el agente con posición de dominio podría concentrar todavía más su participación y perjudicar el excedente social.

Es decir, la incitación a terceros a no comprar puede ser una barrera a la entrada muy eficaz, con todas las consecuencias negativas que acarrea una merma a la libre competencia. El monopolista intentará hacer lo que esté a su alcance por evitar tener competidores, ya que eso le forzará a disminuir sus precios y su utilidad. Los terceros que negocien con el agente con posición de dominio pueden no tener más alternativa que acceder a tales imposiciones, por temor a perder sus relaciones comerciales con ese operador.

2.10. Imposición de cláusulas de no competencia

2.10.1. Normativa

El numeral 19 de la ley se refiere a la imposición por parte del agente de posición de dominio de ciertas cláusulas que no podría imponer en ausencia de poder de mercado y que resultan económicamente injustificadas, y que, en mayor o menor medida, pretenden restringir la libertad de contratación en desmedro del excedente social. Ese numeral tipifica “Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados”. Guarda una estrecha relación con la fijación de precios de reventa que analizaremos en el numeral siguiente.

2.10.2. Doctrina

Los contratos de distribución exclusiva implican a un proveedor condicionando la venta al compromiso de no comprar a los rivales del proveedor (Abbot y Wright, 2008).

En Estados Unidos, con anterioridad a la expedición de la Ley de Clayton, en 1914, no era mal visto el celebrar contratos de distribución exclusiva. Fue a partir de ciertas decisiones de la jurisprudencia norteamericana, como el caso *Standard Fashion Co. vs. Magrane-Houston Co.*, que se empezó a considerar que tales acuerdos podían ser ilícitos. Posteriormente, en el caso *Tampa Electric Co. vs. Nashville Coal Co.*, la Corte Suprema de Justicia norteamericana decidió que el acuerdo de venta exclusiva debía ser relevante, es decir que debía perjudicar de manera considerable a la competencia. Actualmente, se considera que tales acuerdos son lícitos siempre que abarquen una cuota de mercado inferior al 40% (Abbot y Wright, 2008).

Los potenciales efectos anticompetitivos de los acuerdos de venta exclusiva se entienden de manera intuitiva. Un agente con poder de mercado podría celebrar contratos de este tipo con el fin de quitar a sus rivales de una porción suficiente del mercado para alcanzar a cubrir sus costos, forzándoselos así a abandonar el mercado (Abbot y Wright, 2008).

Se discute cuán viable resultaría implementar una estrategia con esos propósitos, ya que, según se dice, es improbable que un agente con posición de dominio logre excluir a un potencial competidor la posibilidad de celebrar contratos con distribuidores al punto de no permitirle sus costos fijos de entrada. Abbot y Wright (2008) consideran que los arreglos de este tipo son perniciosos cuando no permiten a los rivales del monopolista alcanzar economías de escala.

Abbott y Wright (2008) opinan que los acuerdos de venta exclusiva pueden tener efectos favorables para la competencia, lo que explica que agentes sin poder de mercado también los celebren.

Klein sostiene que estos acuerdos aumentan la competencia entre los distribuidores, lo que repercute en un beneficio para los consumidores. Cuando los vendedores compiten, por ejemplo, por un espacio exclusivo en los locales del vendedor al por menor, puede esperarse que esa competencia se traduzca en una mejora del excedente del consumidor (Abbot y Wright, 2008).

2.10.3. Análisis y opinión

Si el legislador ecuatoriano tipificó la celebración de contratos de venta o distribución exclusiva, es porque consideró que podrían resultar atentatorios contra la competencia. Siendo así, no bastaría con que la evidencia empírica haya demostrado que, generalmente, tales conductas no han tenido efectos perniciosos para la competencia para considerar que una conducta de ese tipo es, sin más, lícita.

Los acuerdos de distribución exclusiva sí pueden ser perniciosos para el excedente social. Los argumentos en contra de la Escuela de Chicago sólo explican por qué es menos probable que eso suceda, pero no se discute que, bajo el supuesto de que el monopolista llegue a privar a sus competidores de los canales de distribución para alcanzar economías de escala o para cubrir sus costes fijos de entrada, esos competidores se verían forzados a abandonar el mercado o decidirían no ingresar en él.

Al contrario de lo que sucedió con la jurisprudencia norteamericana, nuestra normativa no exige un determinado porcentaje de participación en el mercado para que ésta conducta sea considerada ilícita, porque la regla de *minimis* no aplica en tratándose de los abusos de posición de dominio.

Según nuestra ley, los acuerdos de distribución exclusiva injustificados se consideran ilícitos y deben ser sancionados, independientemente de cuál sea la afectación que generen. Así, por ejemplo, si una compañía ecuatoriana que tiene posición de dominio en el mercado de bebidas refrescantes celebrara un contrato de venta exclusiva con el propietario de un mini-mercado, bajo el supuesto de que eso pueda excluir a los competidores de la compañía y que no genere eficiencias económicas, podría ser sancionada, a pesar de la aparente intrascendencia de la conducta. Para configurar el tipo bastaría con que el agente tenga la intención de excluir a sus competidores, por más mínimo que pueda ser el efecto en la competencia.

La autoridad de la competencia cometería un craso error si es que sancionara las prácticas de este tipo partiendo del supuesto de que pueden suponer una merma de consideración a la competencia. Consideramos apropiado adoptar el método que se utiliza en los Estados Unidos, como consecuencia del cual los acuerdos de distribución exclusiva son considerados *prima facie* lícitos, salvo que se verifiquen algunos supuestos, que ya enunciamos más arriba.

2.11. Fijación de precios de reventa

2.11.1. Normativa

El numeral 15 del artículo 9 de la ley sanciona “La fijación injustificada de precios de reventa”.

2.11.2. Doctrina

Establecer precios de reventa es una práctica vertical de fijación de precios. Elzinga y Mills (2009) consideran que una conducta de esa naturaleza puede ser favorable o desfavorable para la competencia.

Puede ser favorable cuando aumenta la competencia por factores distintos al precio entre los vendedores de una misma marca. En casos como éste, la fijación de precios puede aumentar la cantidad ofertada.

Puede ser desfavorable en algunas hipótesis, como cuando los proveedores acuerdan no competir entre sí para aumentar sus márgenes o cuando se lo utiliza para evitar la entrada de un competidor al mercado.

2.11.3. Análisis y opinión

Como ocurre con la mayor parte de las conductas que hemos analizado, determinar si la fijación de precios de reventa es o no anticompetitivo no puede realizarse ex ante. Es claro que fijar un precio de reventa puede incentivar a los vendedores al por menor a ser creativos y eficientes, para hacer que un producto homogéneo resulte más atractivo para la clientela que el de los competidores, quienes son, a su vez, también clientes del mismo vendedor al por mayor.

Es también evidente que una práctica de este tipo podría tener por efecto evitar la entrada de nuevos competidores, o que podría prestarse fácilmente a la formación de carteles que perjudicarían gravemente al excedente social.

Lo que más llama la atención sobre esta conducta es que, a pesar de que aparenta ser un diáfano caso de perjuicio al excedente del consumidor, puede, de hecho, aumentarlo. Es claro que fijar un precio a través de un mecanismo distinto del mercado, bajo los supuestos que dejamos establecidos en el primer capítulo, probablemente traerá resultados ineficientes, ya que producirá escasez o un excedente que no se logre colocar.

Empero, en tratándose de los precios de reventa, con la explicación que hemos dado, parece verosímil sostener que la competencia podría traducirse en un aumento de los gustos de los consumidores, por lo que el excedente social y la cantidad ofertada aumentarían.

2.12. Negativa a satisfacer pedidos⁴²

2.12.1. Normativa

En principio, cualquier persona es libre de celebrar los contratos que decida celebrar y en las condiciones que decida estipular. Sin embargo, la libertad contractual encuentra un límite infranqueable en el Derecho de la competencia, ya que esa libertad, ejercida irrestrictamente, puede suponer una disminución del excedente social que el legislador quiere evitar.

Una de esas limitaciones a la libertad contractual es la sanción a la negativa a satisfacer pedidos, también conocida como “refusal to deal”.

De acuerdo con el artículo 8 (e) de la Decisión 608, una de las conductas que constituye un abuso de posición de dominio es “La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios”.

Nuestra normativa desagrega esta conducta en dos numerales: “La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios”, prevista en el numeral 9 del artículo 9 de la ley, y la sujeción de la “la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero”, prevista en el numeral 21.

2.12.2. Doctrina

De acuerdo con la OCDE (2007), esta conducta describe una situación en la que una firma se rehúsa a vender a otra, está dispuesta a vender a un precio considerado muy elevado, o está dispuesta a vender sólo bajo condiciones que se considera inaceptables. Por eso tratamos el numeral 9 y el numeral 21 de la ley bajo este mismo apartado.

⁴² Para el análisis de esta conducta hemos tomado como referencia las fuentes bibliográficas que utilizamos en nuestro trabajo intitulado “La negativa a satisfacer pedidos como conducta de abuso de posición de dominio” presentada en la clase de Derecho de la competencia de la Maestría en Derecho de empresa de la Universidad San Francisco de Quito, de fecha 8 de mayo de 2011.

La Comisión Federal de Competencia de los Estados Unidos Mexicanos la define como “la acción unilateral e independiente de un agente con poder sustancial sobre el mercado relevante, consistente en la negativa a vender o a comprar bienes o servicios en condiciones normalmente ofrecidas o aceptadas a sus clientes o proveedores” (Witker, 2003, p. 183).

Según dice Cabanellas (2005), se distingue los siguientes casos de negativa a satisfacer pedidos susceptibles de constituir un abuso de posición de dominio:

- Integración vertical de la empresa dominante, seguida de la negativa a satisfacer pedidos de los anteriores clientes;
- Negativa a satisfacer pedidos para presionar a un cliente para que altere sus prácticas comerciales;
- Creación artificial de situaciones de escasez;
- Negativa a suministrar repuestos de productos vendidos por la empresa dominante.

El tratamiento del primer supuesto dio lugar a la creación de la doctrina de las facilidades esenciales, en el caso conocido como *Commercial Solvents*. Trataremos la doctrina de las facilidades esenciales más adelante. Sin embargo, el caso es citado frecuentemente al tratar la negativa a satisfacer pedidos (Cabanellas, 2005). Por ese motivo nos referiremos a él a continuación.

2.12.3. Caso

El Instituto Chemioterapico Italiano SpA (ICI) y la compañía Commercial Solvents Corporation (CS) presentaron una demanda en contra de la Comisión de las Comunidades Europeas (Comisión) ante la Corte de Justicia de la Comunidad Europea (CJ), por una Decisión sancionatoria que les fue impuesta por la Comisión.⁴³

CS es una compañía americana que fabrica nitroprofano y aminobutanol, insumos para la fabricación de medicación para combatir la tuberculosis. En 1962 compró más de la mitad del paquete accionario de ICI.

⁴³ El texto de la sentencia se puede encontrar en: eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61973CJ0006:EN:PDF. Acceso: 25 de junio de 2012.

ICI actuaba como la distribuidora de los insumos producidos por CS en los Estados Unidos. Uno de los clientes de ICI era el Laboratorio Químico Farmacéutico Giorgio Zoja SpA (LCF).

CS dejó de producir los insumos que ICI proveía a ICF. En un determinado momento, ICF requirió a ICI y a CS que le proveyeran de aminobutanol, ya que CS era el único productor de ese bien. CS, sin embargo, se negó.

ICF acudió ante la Comisión, y le solicitó sancionar a ICI y obligarla a proveerle de los suministros que requería. La Comisión accedió y obligó a ICI a proveer de nitroprofano y aminobutanol a ICF. CS e IFI impugnaron la Decisión de la Comisión ante la CJ. Pidieron que se la deje sin efecto.

La CJ determinó, al igual que la Comisión, que ICF y CS tenían una posición de dominio en la fabricación de insumos para el ethambutol, a saber el nitroprofano y el aminobutanol.

Reconoció que, a pesar de que la intención de CS al dejar de producir aminobutanol no fue excluir a IFI, el demandante sí debió tomar en consideración los potenciales efectos anticompetitivos de su conducta. Por eso, desechó la demanda presentada en contra de la Comisión y ordenó a CS a proveer a IFI de los insumos que le había requerido.

2.12.4. Análisis y opinión

La doctrina y la jurisprudencia que hemos analizado nos proveen de mucha información de qué es la negativa a satisfacer pedidos, cuándo se aplica y cuáles son sus requisitos. Sin embargo, no hemos encontrado una explicación satisfactoria de *por qué* debe ser sancionada.

Por ese motivo, debemos ensayar una explicación de su fundamento económico. Si la negativa a satisfacer pedidos no tuviera fundamento económico alguno, no tendría por qué estar tipificada como una infracción a la competencia.

Consideramos que el motivo puede ser el siguiente. La teoría microeconómica parte de algunos supuestos. Dos de esos supuestos son que los seres humanos somos racionales y que queremos maximizar nuestra utilidad. Otro es que requerimos de bienes para satisfacer nuestras necesidades y así aumentar nuestra utilidad.

Bajo el supuesto de que el demandante ofrezca al oferente un precio por el que el primero esté dispuesto a vender, no podría haber justificativo alguno para que el oferente decida no vender al demandante. No toda negativa a satisfacer pedidos es injustificada. Tendría sustento si hubiera una certeza razonable de que la transacción podría perjudicar la utilidad del oferente, como ocurre, por ejemplo, cuando el potencial comprador tiene un deplorable historial crediticio.

Si es que el oferente puede vender a un precio que supere al costo marginal de producir la unidad que vende, y el comprador puede comprar a un precio igual o superior a la utilidad marginal que le reporta el consumo del bien, el excedente social mejorará como consecuencia de esa transacción.

Por tanto, la negativa será injustificada porque frustrará la posibilidad de que el excedente social aumente.

Además, independientemente de ello, es claro que la negativa a satisfacer pedidos puede utilizarse a modo de retaliación o como barrera de entrada. Podría impedir el ingreso de nuevos competidores al mercado. Si un agente tuviera poder de mercado en la fabricación de cuero para zapatos y participara también en el mercado de zapatos, por ejemplo, podría negarse a contratar con un potencial participante del mercado de zapatos, para así evitar tener competencia en ese mercado.

La negativa a satisfacer pedidos también podría utilizarse como medida de retaliación. Un agente con poder de mercado podría negarse a contratar con sus proveedores para así disuadirlos de contratar con los competidores del primero, como ocurrió en el caso que analizamos al tratar sobre la incitación a terceros a no contratar.

La negativa a satisfacer pedidos es uno de los ejemplos más claros de abuso de posición de dominio. Puede servir a varios móviles reprochables y representa una amenaza muy seria al excedente social. Empero, determinar *a priori* qué negativas son injustificadas no resulta posible. Determinar si es que el móvil que tuvo el agente en posición de dominio es legítimo dependerá de analizar cada caso en particular.

2.13. Negativa a facilidades esenciales

2.13.1. Normativa

El numeral 14 del artículo 9 de la ley tipifica “La negativa injustificada del acceso para otro operador económico a redes u otra infraestructura a cambio de una remuneración razonable; siempre y cuando dichas redes o infraestructura constituyan una facilidad esencial”.

2.13.2. Doctrina

Esta conducta adquirió relevancia a partir del fallo de la Corte Suprema de Justicia norteamericana dentro del caso conocido como *Terminal Railroad Association* en 1912.⁴⁴

Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, la doctrina de las facilidades esenciales se refiere a cuando “los propietarios de una facilidad esencial o de cuello de botella están obligados a permitir el acceso a esa facilidad a un precio razonable” (OCDE, 1996).

Para Bullard (2006), ese concepto se refiere a ciertas situaciones en las que la ley obliga el acceso a un determinado recurso, si es que éste es indispensable para producir un bien o prestar un servicio, y si se encuentra en manos de un competidor actual o potencial.

En Europa, la doctrina de las facilidades esenciales tiene su origen en el fallo *Commercial Solvents*, que ya mencionamos anteriormente (Anastasios, s.f.).

2.13.3. Caso

El señor Oscar Bronner era el propietario de un diario que circulaba en territorio austríaco. La compañía Mediaprint era la propietaria de otros diarios que, en conjunto, abarcaban casi el 50% de la cuota del mercado relevante del mismo lugar.⁴⁵

Mediaprint inició a repartir sus periódicos directamente a los suscriptores durante las primeras horas de la mañana. El señor Bronner entregaba los ejemplares de su diario por correo. Según el señor Bronner, establecer un sistema de distribución

⁴⁴United States vs. Terminal Railroad Association. [224 U. S. 383 (1912)]. Disponible en: <http://supreme.justia.com/us/224/383/>.

⁴⁵El texto de la sentencia puede encontrarse en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61973CJ0006:EN:PDF>. Acceso: 25 de junio de 2012.

similar no le habría resultado rentable y ponía en serio riesgo a su empresa. Bronner sostuvo que Mediaprint estaba obligada a brindarle acceso a su novedoso sistema de reparto de diarios.

En su resolución, el Tribunal⁴⁶ sostuvo que debe reunirse tres condiciones para que un agente pueda tener acceso, incluso de manera forzada, a una facilidad esencial: i) Que la negativa pudiera eliminar toda la competencia en el mercado relevante; ii) Que tal negativa no tuviera justificación objetiva alguna; y, iii) Que el bien que se hubiere negado a vender resultara indispensable, por ser insustituible (Essential Facilities in The European Union, s.f.).

Concluyó que el servicio de reparto a domicilio de periódicos no era una facilidad esencial, ya que había otros mecanismos de distribución, a pesar de que podían no ser tan eficientes.

El señor Bronner debió demostrar que “no es económicamente rentable crear un segundo sistema de reparto a domicilio para la distribución de aquellos diarios que tengan una tirada comparable a la de los diarios distribuidos mediante el sistema existente”.⁴⁷

Por ese motivo, consideró que la conducta de Mediaprint no fue abusiva y que el señor Bronner no tenía derecho a que se le permita acceso a la distribución de periódicos a domicilio.

2.13.4. Análisis y opinión

Consideramos que no resultaba necesario tipificar a la negativa a facilidades esenciales como una conducta distinta de la negativa a satisfacer pedidos. Como hemos visto, la denominación anglosajona de esta institución (*refusal to deal*) y el tratamiento que ha tenido en la literatura económica permiten extender esta conducta a cualquier hipótesis en las que una parte se rehúse a contratar con otra, siempre y cuando tal negativa genere efectos anticompetitivos. Siendo así, las facilidades esenciales no serían sino una clase de negativa a contratar.

⁴⁶ Más precisamente, la sexta sala del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El caso no fue resuelto por el Tribunal, sino que solo absolvió dos consultas prejudiciales que le hicieron los jueces austríacos que conocían el caso.

⁴⁷ Párrafo 46 de la sentencia.

Sin embargo, si ha de establecerse distinciones entre una y otra, podríamos decir que, como su denominación lo indica, la negativa a facilidades esenciales se refiere a aquellas negativas a permitir a un operador económico acceder a un determinado bien que resulta imprescindible para que éste lleve a cabo una actividad económica, y en el que el operador económico que se rehúsa tiene alguna participación. Debemos hacer énfasis en que tal facilidad debe tener el carácter de imprescindible, tal como ocurrió en el caso Bronner.

Por lo demás, opinamos que nuestro análisis sobre la negativa a satisfacer pedidos resulta *mutatis mutandi* aplicable también a esta conducta, por lo que no estimamos menester abundar en su análisis. Para el efecto, nos remitimos a lo ya expuesto en el numeral anterior.

2.14. Utilización abusiva de los derechos de propiedad intelectual

2.14.1. Normativa

El numeral 17 del artículo 9 de la ley tipifica “El abuso de un derecho de propiedad intelectual, según las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, convenios y tratados celebrados y ratificados por el Ecuador y en la ley que rige la materia”.

2.14.2. Doctrina

A pesar de que sus ámbitos de producción difieren, no hay conflicto real entre los objetivos del Derecho de la competencia económica y el Derecho de la propiedad intelectual. Según Hilty (2011), ambas áreas del Derecho parten del supuesto de que las áreas que regulan, a saber la propiedad intelectual y la competencia económica, estarían mejor siendo reguladas por la ley que si no lo estuvieran.

La propiedad intelectual, en términos latos, busca dar protección jurídica a las creaciones del intelecto. La normativa que la regula divide a tales creaciones en tres clases: los derechos de autor, las patentes de invención y las obtenciones vegetales.

Uno de los casos en los que el abuso de los derechos de propiedad intelectual puede producir efectos anticompetitivos es en la acumulación de patentes (*patent hoarding*).

Hay dos clases de acumulación de patentes. En la primera, un agente adquiere patentes de los productos que planea utilizar y vender, y aquellas de varios bienes con los que se podría competir con ella, con la intención de dejarlos sin uso. En la segunda, una compañía adquiere patentes que no piensa usar, pero que sabe que sus competidores van a infringir. El objetivo es ganar poder en contra de esos rivales (West, 2005).

Ambos tipos de acumulación generan ineficiencias, ya que las firmas destinan recursos a la creación de inventos que después no son utilizados. La primera estrategia permite aumentar el poder de mercado del agente, y la segunda puede evitar la entrada de nuevos competidores en un mercado oligopólico (West, 2005).

El abuso de los derechos de propiedad intelectual no ocurre solo con la acumulación de patentes. Puede suceder, por ejemplo, también con los derechos de autor o con las obtenciones vegetales. Según la doctrina, el abuso de los derechos de propiedad intelectual se refiere a la negativa de su titular de conceder licencias para que puedan ser explotadas. Por tanto, guardan una estrecha relación con la negativa a satisfacer pedidos y con la doctrina de las facilidades esenciales.

Como sostuvo la jurisprudencia norteamericana en el caso Kodak⁴⁸, el poder adquirido mediante los derechos de autor o las patentes puede dar lugar a responsabilidad si un vendedor explota su posición de dominio en un mercado para expandir su imperio al siguiente. Ese pronunciamiento obedeció a una alegación de Kodak de que no tenía la obligación de conceder licencias sobre uno de sus productos patentados (Lao, 2009).

En otro caso reciente, Microsoft fue obligada a conceder a sus competidores ciertas licencias sobre cierta información de interoperabilidad para permitir que sus servidores compitan con los de Microsoft, sin la cual los competidores no habrían podido permanecer en el mercado (Lao, 2009).

2.14.3. Análisis y opinión

No ofrece mayor complicación entender cómo el abuso de los derechos de propiedad intelectual puede mermar la competencia. El abuso puede traducirse en una

⁴⁸ Eastman Kodak Co. vs. Image Technical Services. Disponible en: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/90-1029.ZO.html>.

negativa al acceso de facilidades esenciales o, simple y llanamente, en una barrera de entrada que, en principio, goza de protección legal.

El numeral de la ley que estamos analizando nos merece dos comentarios. El primero es que no encontramos en qué otro caso un abuso de los derechos de esa índole por parte de un agente con poder de mercado podría tener efectos nocivos en la competencia sino cuando el agente se rehúsa a conceder licencias a sus competidores para la utilización de tales bienes.

El segundo comentario es que, al igual que ocurre con las facilidades esenciales, la ley debería prever que el titular de derechos de propiedad intelectual esté obligado a conceder una licencia a terceros para su aprovechamiento, en lugar de sancionarlo sin forzarlo previamente a conceder tales licencias.

El tercer comentario es que, bajo la premisa anterior, no se entiende por qué resultó necesario tipificar esta conducta. De acuerdo con lo que hemos expuesto, la doctrina de las facilidades esenciales y la negativa a satisfacer pedidos abarcarían también al abuso de los derechos de propiedad intelectual por parte de un operador económico con posición de dominio.

Además, como veremos en el siguiente capítulo, nuestro legislador ya tipifica y sanciona las prácticas desleales a la competencia, las que involucran, en muchos casos, una transgresión a los derechos de propiedad intelectual.

La tipificación de cualquier abuso de los derechos de propiedad intelectual puede dar lugar a variopintas interpretaciones sobre qué constituye un abuso. La norma es poco clara. No resulta inequívoco qué distinguiría este supuesto de los que hemos analizado ya. En pos de facilitar la aplicación de la ley, el legislador habría debido clarificar en qué es lo que distingue a esta infracción de las restantes, si es que existen tales diferencias.

2.15. Descuentos condicionados

2.15.1. Normativa

Uno de los numerales de la ley que mayor preocupación causó en el sector empresarial ecuatoriano fue el que tipifica la concesión de descuentos condicionados “tales como aquellos conferidos a través de la venta de tarjetas de afiliación,

fidelización u otro tipo de condicionamientos, que impliquen cualquier pago para acceder a los mencionados descuentos”.⁴⁹

La doctrina se ocupa de los “descuentos por lealtad” o “*loyalty discounts*” que, como explicaremos, difieren de los descuentos a los que se refiere nuestra ley.

2.15.2. Doctrina

Los descuentos por lealtad incluyen varios tipos de esquemas de incentivos dados por un proveedor a sus clientes, distribuidores o agentes, bajo el supuesto de que las compras que éstos realicen del producto relevante alcancen unos determinados montos (Faella, 2007). Abbot y Wright (2008) concuerdan con esta definición. Sostienen que los descuentos por fidelidad son una forma de fijación de precios no lineal, en la que el descuento del comprador aumenta después de adquirir una determinada cantidad de productos. Existen algunos casos de descuentos de fidelidad. En unos, los descuentos aplican a partir de la compra de un determinado número de productos por parte del cliente. En otros, los descuentos aplican si el cliente adquiere un determinado porcentaje de sus compras totales del proveedor que otorga tales beneficios.

Según Kobayashi (2005), este tipo de descuentos puede tener efectos favorables o nocivos para la competencia. Los efectos desfavorables de este tipo de descuentos pueden presentarse dado que pueden constituir una forma de hecho de celebrar acuerdos de venta exclusiva, de fijar precios predatorios o de realizar ventas atadas.

El otorgamiento de descuentos de fidelidad puede causar complicaciones a los competidores. Si es que los descuentos se otorgan después de adquirir un determinado número de productos, los compradores tendrán grandes incentivos para adquirir el número suficiente de productos para obtener esos descuentos. Para que un competidor pueda competir con el agente que otorga descuentos, probablemente deberá ofrecer un precio unitario medio menor al del agente con poder de mercado que otorga los descuentos (Kobayashi, 2005).

⁴⁹ Véase, por ejemplo, la entrevista realizada al Subsecretario de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, en la que absolvió algunas dudas que el sector empresarial tenía sobre esta norma. El texto de la entrevista puede ser encontrado aquí: http://www.elcomercio.com.ec/negocios/tarjetas-descuento-prohiben_0_553744759.html. Acceso: 25 de junio de 2012.

Determinar si esta práctica es competitiva depende de si los precios descontados se encuentran o no por encima de los costos marginales del producto o de sus costos medios variables a largo plazo (Kobayashi, 2005). De esa forma se puede establecer si la finalidad del agente económico es fijar de hecho precios predatorios.

Los descuentos de este tipo producen un efecto denominado “de succión”. Cuando los compradores están cerca de comprar la cantidad mínima para alcanzar el descuento, un pequeño aumento en las compras desencadenaría el descuento en todas las unidades que se haya comprado previamente. Por eso, los precios incrementales, que se definen como aquellos que se fijan en función de los costos variables de un producto una vez que sus costos fijos han sido ya cubiertos, podrían estar por debajo del costo variable de ese bien.

Empero, para que esta práctica tenga efectos anticompetitivos debe cumplirse una serie de condiciones. La primera es que debe existir un agente con posición de dominio cuyos competidores no estén en capacidad de abastecer la totalidad de la demanda de los consumidores. Siendo así, para poder competir, los pequeños competidores tendrían que hacer concesiones muy considerables en el precio de los pocos bienes que venden, lo que podría no serles redituable (Faella, 2007).

2.15.3. Caso

La compañía Hoffman-La Roche (HLR) presentó una demanda en contra de la Comisión de las Comunidades Europeas (Comisión) ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea,⁵⁰ por una multa que le impuso la Comisión por ciertas infracciones al Tratado de Roma.

HLR producía y vendía vitaminas a granel. Celebró 22 contratos con sus principales proveedores, en los que estipuló cláusulas que, a criterio de la Comisión, contenían descuentos por fidelidad.⁵¹

El Tribunal corroboró ese criterio. Concluyó que todos los contratos mencionados anteriormente “preveían la concesión, bajo distintos nombres, de descuentos o reducciones que se calculaban sobre la totalidad de las compras de

⁵⁰ El texto de la sentencia puede ser encontrado en el siguiente enlace: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976CJ0085:ES:PDF>. Acceso: 25 de junio de 2012.

⁵¹ Párrafo 80 de la sentencia.

vitaminas, independientemente del grupo al que éstas perteneciesen, durante un período dado, normalmente de un año o de seis meses”.⁵²

En la sentencia, el Tribunal concluyó que el descuento por fidelidad “pretende impedir, mediante la concesión de una ventaja financiera, que los clientes se abastezcan en los fabricantes competidores” y que por eso debe diferenciarse de los descuentos a cambio de una contraprestación económica o de los descuentos por volumen.

Por ese motivo, el Tribunal no aceptó la mayor parte de las pretensiones de HLR, ya que consideró que su actuación sí constituyó una práctica de abuso de posición de dominio.

2.15.4. Análisis y opinión

No hemos encontrado más doctrina sobre los efectos anticompetitivos de la fijación de descuentos por fidelidad que la que ya hemos mencionado. Se habrá notado que la concesión de descuentos por fidelidad y la concesión de descuentos por compras en volumen son supuestos distintos al previsto en el numeral mencionado al inicio de este apartado.

No podemos explicar cuál es el fundamento económico para sancionar la concesión de descuentos a cambio de una contraprestación económica. Tendría, de hecho, más sentido temer que un agente con posición de dominio otorgue descuentos generalizados, ya que eso podría disfrazar una fijación de precios predatorios de hecho, si es que tales descuentos fueran concedidos de manera gratuita.

Al otorgar tarjetas de descuento a cambio de una contraprestación, el agente con posición de dominio no excluye a sus competidores eficientes. Dado que el descuento no se establece por volúmenes de compra, los consumidores no tienen incentivos para adquirir cantidades mayores que las que comprarían en ausencia del descuento.

La concesión de dichas tarjetas es, por tanto, una forma más de competir a través de los precios. En la medida en la que los precios fijados no sean predatorios o tengan un efecto exclusorio, no entendemos por qué esta conducta podría suponer una disminución del excedente social.

⁵² Párrafo 87 de la sentencia.

Ésta es la conducta que más dificultades nos ha presentado al momento de determinar su fundamentación económica. Ante la ausencia de doctrina o jurisprudencia al respecto, habrá que esperar por los pronunciamientos de la autoridad de competencia para establecer cuál es el alcance que se le debe dar.

2.16. Exacción injustificada del excedente del consumidor y cláusulas abusivas

2.16.1.1. Normativa

El numeral 2 del artículo 9 de la ley tipifica “Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, que les permitan aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor”.

El agente con posición de dominio puede obtener ciertas ventajas de sus clientes y proveedores en razón de su poder de mercado y en perjuicio de los agentes con los que se relaciona. Sin embargo, es claro que otras de las conductas que hemos revisado, como la fijación de precios discriminatorios, comparten, también en parte, ese carácter. Lo que distinguiría a este numeral de los que hemos analizado ya es que, independientemente de cuál sea su efecto en el excedente social, resultarían inequívocamente perjudiciales para los agentes que se relacionan con el operador con posición de dominio, como puede no ocurrir con las ventas atadas, por ejemplo.

2.16.1.2. Análisis y opinión

La razón por la que el agente de posición de dominio encontrará útil abusar de su poder de mercado será, en última instancia, el obtener ganancias superiores a las que obtendría en una situación de libre competencia. Según vimos en el capítulo anterior, mientras más se acerque un mercado al monopolio puro, menor será el excedente del consumidor, pero el productor maximizará sus utilidades en desmedro del excedente social. En cambio, mientras más se asemeje un mercado al de competencia perfecta, si bien el excedente social alcanzará su máximo nivel, los oferentes tendrán beneficios nulos a largo plazo.

Al sostener que es ilícito que un agente con posición de dominio extraiga injustificadamente el excedente del consumidor no se aporta mayores elementos para distinguir a esta conducta de varias otras, como la fijación de precios discriminatorios,

el establecimiento de precios predatorios, las condiciones abusivas de contratación o las barreras de entrada.

En su afán de tipificar cualquier potencial conducta de abuso de posición de dominio, es nuestro sentir que el legislador ecuatoriano abundó en detalles. Éste habría podido ser uno de los numerales que, incluido por sí solo, habría abarcado a muchos de los actos de abuso que hemos analizado ya. Sin embargo, habiéndoselos tipificado ya, difícil es concebir una hipótesis distinta en la que la tipificación de la conducta en mención pueda prestar alguna utilidad.

2.17. Abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica

La tipificación del abuso de posición de dominio en contra de quienes se encuentran en una situación de dependencia económica es propia de nuestra normativa. No hemos encontrado una institución similar en ninguna de las legislaciones que hemos analizado.

Nuestra normativa se refiere a cuatro supuestos en las que un abuso de este tipo puede ocurrir. Como es claro, no hay doctrina o jurisprudencia alguna que haya tratado esos supuestos, motivo por el cual basaremos nuestro análisis principalmente en el texto de la ley.

2.17.1. Ruptura injustificada de relaciones comerciales

El primer numeral del artículo 10 tipifica a la ruptura de una relación comercial a un proveedor en situación de dependencia económica, si es que se cumplen los siguientes requisitos:

- Que no haya existido preaviso escrito con una antelación mínima de 30 días;
- Que no se trate de incumplimientos graves;
- Que no se deba a un supuesto de fuerza mayor.

Es difícil justificar esta norma a la luz del derecho de la competencia. Un operador económico está prohibido de dar por terminadas las relaciones comerciales con un agente que esté en posición de dependencia económica inclusive si es que éste ha incumplido. El agente económico en posición de dependencia podría haber quebrantado el contrato celebrado con el agente con posición de dominio. Incluso así, una ruptura

súbita, que, incluso, podría realizarse de conformidad con las estipulaciones contractuales, merecería una sanción draconiana por parte de la autoridad de la competencia.

Consideramos que las hipótesis en las que la eficiencia económica pueda verse mermada como consecuencia de una negativa a contratar ya estarían tipificadas en el artículo 9 de la ley. Por lo tanto, en lo que al derecho de la competencia respecta, esta norma parece ser innecesaria. Por lo demás, independientemente de que estimemos justo o deseable el que se dé tal nivel de protección a los agentes económicos que se encuentren en posiciones desfavorables en sus relaciones comerciales, consideramos que es claro que el legislador no tuvo en mente precautelar la eficiencia económica al tipificar esta conducta, sino resguardar el bienestar de dicho agente inclusive a expensas de una asignación eficiente de recursos. Esta institución, por lo tanto, es una inequívoca injerencia del Derecho social en una materia que le es ajena.

Tenemos conocimiento de un caso relacionado con la hipótesis que acabamos de tratar. Un fabricante de velas colombiano denunció a uno de sus proveedores porque sostuvo que el peso del producto vendido no coincidía con el que se acordado.⁵³ El proveedor del fabricante tomó represalias, negándose a proveerle materia prima en lo consiguiente (Rengifo, 2002). El fabricante de velas requería de dichos insumos para mantener su negocio. Sin su proveedor, no pudo continuar ejerciendo su actividad. Por eso, inició acciones legales para lograr que su proveedor restablezca sus relaciones comerciales.

La justicia colombiana dio la razón al pequeño fabricante de velas, pero no por la transgresión a la libre competencia, sino que tomó en consideración la transgresión a otros de sus derechos, como el derecho al trabajo (Rengifo, 2002). Tampoco importó que el proveedor no haya tenido por móvil el aumentar su poder de mercado o que no haya habido efectos de importancia en el excedente social.

Si un caso similar se presentara en nuestro país, el proveedor se haría acreedor de una sanción extremadamente gravosa, a pesar de que, insistimos, sus móviles podrían no ser el mermar el excedente social, de que el excedente social podría no mermarse, y

⁵³ Debemos insistir que tomamos este caso de un trabajo elaborado para la asignatura de Derecho de la competencia en la Maestría de Derecho de empresa de la Universidad San Francisco de Quito.

de que existirían otros mecanismos a través de los cuales el fabricante de velas podría resarcirse por la conducta de su proveedor.

2.17.2. Obtención de ventajas bajo amenaza de ruptura de relaciones

El numeral segundo del artículo 10 tipifica la obtención o el intento de obtener condiciones de pago u otros beneficios bajo la amenaza de romper las relaciones comerciales, siempre y cuando estos beneficios no estén recogidos en las condiciones de venta pactadas.

Tenemos dos reparos a la tipificación de esta conducta: i) está ya tipificada en el artículo 9 y ii) resultaría aplicable no sólo a quien se encuentre de posición de dependencia económica.

El numeral 23 del artículo 9 de la ley, como ya vimos, tipifica la imposición de condiciones justificadas a compradores o vendedores. En general, el establecimiento de prestaciones abusivas e injustificadas está sancionado en algunos numerales del artículo 9. A manera de ejemplo, esta conducta bien podría considerarse una práctica explotativa, tipificada en el numeral 15 del artículo 9. Podría también encajar dentro del supuesto previsto en el numeral 22, a saber “Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica”. Por tanto, consideramos que esta norma no resulta mayormente útil.

En segundo lugar, el pretender obtener beneficios injustificados como consecuencia del poder del agente podría perjudicar no sólo a quien se encuentre en una posición de dependencia, sino, en general, a todo quien realice transacciones con el agente de poder de mercado. Por lo tanto, esta conducta habría tenido que considerarse dentro de las hipótesis del artículo 9.

2.17.3. Imposición de condiciones abusivas

El numeral 3 del artículo 10 sanciona la utilización de poder de mercado para mantener una situación de dependencia económica con el fin de obtener ventajas que no se conceden a proveedores similares.

Consideramos que esta conducta merece los mismos reparos que la anterior. Esta conducta estaría ya tipificada por algunos de los numerales del artículo 9 de la ley,

como aquél que se refiere a la imposición injustificada de condiciones de compra, prevista en el numeral 11.

Además, insistimos, cualquier beneficio que un agente de poder de mercado obtenga por motivos distintos a su eficiencia económica perjudica no sólo a quien se encuentre en una posición de dependencia, sino al excedente social, en general. Por lo tanto, esta conducta, al igual que la anterior, debería estar tipificada en el artículo 9 y debería ser tratada como un caso más de abuso de posición de dominio.

2.17.4. Imposición de condiciones inequitativas.

Finalmente, la ley sanciona “La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos”. No entendemos qué diferencia habría, en general, no sólo entre ésta conducta y aquellas tipificadas en el artículo 9, sino también con aquella prevista en el numeral anterior. Difícilmente podría concebirse un caso en el que la imposición de una condición o la exigencia de un servicio que tenga por objeto mantener la situación de dependencia económica del operador económico no sea, también, inequitativa. Una misma conducta podría verificar varios supuestos previstos en la norma.

Con el afán de facilitar la interpretación de la ley, el legislador debió ser más meticuloso al tipificar las distintas infracciones, porque es difícil establecer qué es lo que distingue a unas de otras, como en este caso.

CAPÍTULO IV

ACUERDOS RESTRICTIVOS Y PRÁCTICAS DESLEALES

1. Introducción

En este capítulo se analizan dos secciones distintas de la ley. La primera se refiere a los acuerdos y prácticas restrictivas. La segunda norma las prácticas desleales. A diferencia de las conductas de abuso de posición de dominio, estas prácticas pueden ser llevadas a cabo por agentes que no tienen posición de dominio.

Ninguna de esas prácticas requiere que el infractor tenga poder de mercado. Por ese motivo, se ha decidido dedicar este capítulo a su estudio detallado. Primero se hace referencia a las prácticas restrictivas y posteriormente a las conductas desleales.

2. Prácticas restrictivas

La sección 3 del capítulo II de la ley norma las prácticas restrictivas. Como lo señala el artículo 11, se entiende por práctica restrictiva de la competencia a toda conducta realizada por dos o más operadores económicos cuyo efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o que afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.

Una de las características de este tipo de conductas es que tienen un régimen de responsabilidad menos severo que los abusos de poder de mercado. Por ese motivo se les aplica, a manera de ejemplo, la regla de minimis, a la que ya se hizo referencia en el primer capítulo. En ciertos casos, a pesar de que resulta bastante impreciso, estas conductas están exentas por la ley, de cumplirse ciertos requisitos que se analizarán más adelante.

Previo a entrar en el estudio de cada una de las prácticas restrictivas previstas en la ley, resulta necesario hacer ciertas aclaraciones:

A diferencia de lo que ocurre con las conductas de abuso de posición de dominio, las prácticas restrictivas son cometidas por dos o más operadores económicos, en razón de un contrato, una concertación o una conducta paralela.⁵⁴ Por el contrario, las

⁵⁴ Sobre las diferencias entre acuerdos y prácticas concertadas, cfr. Fernández-Lerga Garralda, Carlos. Derecho de la competencia. Comunidad Europea y España. Arazandi. Navarra: 1994, pp. 90-106.

conductas de abuso de posición de dominio pueden ser cometidas por un solo agente que tenga tal capacidad, sin que se descarte la posibilidad de una actuación conjunta.

Hay ciertas conductas que son tipificadas por la ley como prácticas restrictivas, a pesar de que usualmente se las considera prácticas de abuso de posición de dominio.

Un agente con posición de dominio puede incurrir en conductas restrictivas o desleales, a pesar de que no requiera utilizar su poder de mercado para hacerlo.

2.1. Conductas restrictivas

2.1.1. Fijación de precios

El numeral primero del artículo 11 tipifica la fijación concentrada o la manipulación de precios, tasas de interés, descuentos o el intercambio de información “con el mismo objeto y efecto”. La fijación de precios es una clase de restricción horizontal. Para Gómez Leyva (1998, p. 149), un acuerdo horizontal es el que se lleva a cabo “entre empresas colocadas en posición de competir”. El numeral primero del artículo 85 del Tratado de Roma tipifica “fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción” (Gómez Leyva, 1998, p. 149).

Para Gómez Leyva (1998), esta conducta incluye a los acuerdos “respecto a las fechas y a los importes de los incrementos de precios, al igual que sobre descuentos, rebajas y condiciones de pago (...); no desviarse de la lista de precios que no sean los ofertados (...)”, etc.

En el criterio de Abanto Vásquez, estos acuerdos ponen en grave peligro al mecanismo del precio, ya que “el individuo no puede disfrutar más la libertad de escoger, entre las distintas ofertas, la que más le convenga y se ve obligado a soportar precios fijados arbitrariamente, los que además son ineficientes a nivel macroeconómico” (Abanto Vásquez, 1997, p. 119).

Velandia (2011) reconoce que los acuerdos pueden ser: fijar precios idénticos, precios desiguales, un precio techo un precio mínimo o una franja de precios. Los primeros consisten en fijar los mismos precios; los segundos, en fijar precios distintos que van aumentando sucesivamente; los terceros, se refieren a un precio máximo que los partícipes del acuerdo deben respetar; los cuartos, se refieren al menor precio que los

competidores podrían imponer; y, finalmente, el último caso se refiere tanto a límites máximos y mínimos entre los que debe oscilar el precio de los partícipes del acuerdo.

No es difícil entender el fundamento económico de esta norma. Se refiere, en síntesis, a la fijación de los precios de mercado (Velandia, 2011). No tiene sentido que los agentes económicos acuerden fijar precios a niveles distintos de los de mercado, porque no resultaría necesaria tal fijación. Además, generalmente los precios fijados serán superiores a los competitivos, y mediante tal fijación se perseguirá aumentar el excedente de quienes están involucrados en el acuerdo, aun en desmedro del excedente de los consumidores. Por tanto, la fijación de precios se considera anticompetitiva porque representa una seria amenaza para el excedente social.

Como explica Velandia, “El supuesto restrictivo tiene como finalidad salvaguardar el principio según el cual el precio que rige una compra y venta de bienes y servicios deviene de la interacción de las reglas naturales del mercado, así como de las decisiones autónomas de cada empresa” (Velandia, 2011, p. 131).

2.1.2. Restricciones anticompetitivas

Nuestra Ley tipifica cinco conductas distintas que guardan relación con restricciones ineficientes. La primera se refiere a la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios. La segunda se refiere a los clientes, los proveedores y las zonas geográficas. La tercera conducta alude a la restricción de fines de abastecimiento. La cuarta se refiere al desarrollo tecnológico. Finalmente, la quinta alude a la imposición de cláusulas de no competencia en los contratos de distribución o venta.

El literal b) del artículo 85.1 del Tratado de Roma prohíbe los acuerdos “que limitan o controlan la producción o la inversión” (Gómez Leyva, 1998, p. 150). El literal c) se refiere a la repartición de los mercados o las fuentes de abastecimiento. Eso incluye, entre otros,

dividir territorialmente el mercado; los acuerdos colectivos de exclusiva entre productores (...); los de asistencia recíproca, la concesión de derechos exclusivos de venta a un competidor en relación con un territorio determinado; (y), distribución del mercado por sectores o tipos de clientes y su división por medio de distribuidores (Gómez Leyva, 1998, p. 151).

Como explica Velandia (2011), una de las finalidades del derecho de la competencia es que exista una multiplicidad de empresas oferentes y demandantes, con el fin de que el mercado no esté sujeto al parecer de una única empresa y tenga alternativas. La razón por la que los agentes económicos querrían repartirse el mercado es para no competir entre sí. La libre competencia los forzaría a disminuir sus márgenes y a ser más eficientes. Al concertar a efectos de no competir, en razón de determinados clientes o territorio, los partícipes del acuerdo seguramente podrán aumentar su excedente por motivos distintos a la eficiencia, perjudicando así a los consumidores y, también, al excedente social.

La repartición del mercado puede darse atendiendo a varios criterios como: las zonas o territorios, que ocurre cuando las empresas deciden adjudicarse un lugar específico, donde pueden comprar o vender sus productos, obligándose a no ofrecer o demandar esos bienes en una zona o territorio diferente del asignado. Otro criterio es atendiendo a los clientes, en cuyo caso los oferentes se limitan a dirigir su oferta a ciertos potenciales compradores y comprometiéndose a no ofrecerla a otros. También se puede dar una repartición por vía de productos, que ocurre cuando a los oferentes se les asignan líneas de producción y se obligan a no ingresar al mercado asignado por otro (Velandia, 2011).

En tratándose de la repartición de fuentes de abastecimiento, como explica Velandia (2011), la norma alude exclusivamente a los insumos productivos; lo que se limita en este caso no es el bien intermedio, sino su fuente de abastecimiento. El objetivo es castigar cualquier conducta que restrinja el abastecimiento de materias primas.

Según Abanto (1997), la normativa comunitaria europea restringe también los acuerdos de distribución exclusiva, pero las autoridades han sido benévolas en su aplicación, debido a que tales restricciones “permiten en general la penetración de mercados a ambas partes y pueden contribuir a eliminar posiciones monopólicas” (Abanto, 1997, p. 223).

2.1.3. Compra en común

La ley también tipifica todas las conductas cuyo objeto o efecto sea restringir la competencia en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas, etc. Sanciona además los acuerdos entre proveedores y compradores que se puedan dar

en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos.

La elección de un contratante por medio de licitaciones es una forma utilizada por las entidades públicas y privadas para determinar cuál es la mejor opción en el mercado a fin de satisfacer una necesidad (Velandia, 2011). En materia de contratación pública, por ejemplo, la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública contiene un pormenorizado y minucioso régimen al que deben someterse todas las entidades que manejen recursos públicos que deseen adquirir bienes, o contratar obras o servicios. El régimen normativo está orientado a lograr que la contratación se realice con el particular mejor capacitado para el efecto.

En tratándose de la contratación pública, la colusión de este tipo puede ser de dos clases:

- Distribución de adjudicaciones de contratos: ocurre cuando los agentes económicos que participan en un concurso deciden cuál de ellas va a presentar la oferta más atractiva;
- Fijación de términos de las propuestas: esta conducta se verifica cuando la entidad que debe elaborar los pliegos se confabula con el potencial contratante al que quiere beneficiar, a efectos de que los términos de los pliegos le sean lo más favorables que resulte posible, y así garantizarle la adjudicación del contrato (Velandia, 2011).

Los razonamientos que se ha expuesto sobre las prohibiciones de concertación en concursos públicos se aplican también a los demás procesos mencionados en la ley. Un ejemplo de ello se explica a continuación. Supóngase que se va a rematar dos inmuebles en dos procesos diferentes como consecuencia del no pago por parte de ciertos deudores. Supóngase, además, que los potenciales adquirentes tendrían, en principio, interés en adquirir al menos uno de los dos inmuebles. Si no hubiera colusión entre ellos, cada uno de ellos se vería forzado a realizar la mejor oferta posible a efectos de que el bien subastado les sea adjudicado. En cambio, si mediara un acuerdo entre ellos, bien podrían ofrecer un precio mucho más bajo, hacerse de los respectivos bienes, y así perjudicar a quienes subastan dichos bienes.

Una conducta de esa naturaleza afectaría ilegítimamente el excedente de quien realiza la venta, motivo por el cual se justifica su tipificación y su sanción.

2.1.4. Discriminación de precios

La ley tipifica como práctica anticompetitiva “Discriminar injustificadamente precios, condiciones o modalidades de negociación de bienes o servicios”, y “La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros”. Ya explicamos esta conducta y sus efectos en el capítulo anterior. No es necesario que nos refiramos a ella nuevamente.

2.1.5. Ventas atadas

La ley tipifica la realización de ventas atadas y condicionadas injustificadas. Además, sanciona la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que no guarden relación con el objeto de tales contratos. Esas conductas pueden constituir tanto una práctica anticompetitiva o un abuso de posición de dominio, dependiendo de si el agente tiene o no poder de mercado.

2.1.6. Concertaciones sobre la calidad de productos

La normativa tipifica la concertación de la calidad de los productos cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales.

La doctrina al respecto es confusa y escasa. Se encontró una norma similar en el ordenamiento jurídico peruano. Flint (2002), al referirse a la normativa peruana, cuyo texto al respecto es idéntico al ecuatoriano, considera que esta norma está estrechamente relacionada con la libertad de elección de los consumidores. Sostiene que los consumidores deben estar en la libertad de elegir “bienes de baja calidad al alcance de su capacidad adquisitiva”. Asevera también que se perjudica al consumidor cuando “se limita (...) su libertad de adquirir bienes de baja calidad que son los únicos que su presupuesto le permite adquirir” (Flint, 2002, p. 657).

Como explica Abanto, “la dañosidad de tales conductas concertadas no siempre es fácil de verificar; no pocas veces constituyen medidas de racionalización que pueden beneficiar a la competencia y a los consumidores” Dice, además, que estos acuerdos no sólo afectarían a la calidad de los productos, sino también al precio o a la productividad,

por lo que los casos verdaderamente graves podrían ser comprendidos mediante otros tipos legales. (Abanto, 1997, p. 387).

Previo a revisar los criterios doctrinarios sobre este precepto, se estimaba que la prohibición se relacionaba con acordar fijar estándares de calidad inferiores a los establecidos en las normas técnicas nacionales o internacionales, ya que una conducta así perjudicaría inevitablemente a los consumidores.

Empero, la argumentación de Flint no carece de asidero. Si la concertación sobre una calidad superior se traduce en un aumento de los precios, los consumidores sí se verían afectados, bajo el supuesto de que tal acuerdo repercuta en un aumento del precio. También se afectará a los consumidores si el precio de un bien se mantiene constante pero los proveedores acuerdan disminuir su calidad. No habría tal afectación, en ausencia de normas técnicas, si el precio disminuyera también de manera razonable.

En el caso de existir normas técnicas sobre la calidad de los productos, las reglas varían ligeramente. Los operadores económicos sí podrían acordar producir con base en los estándares de calidad establecidos en esas normas, incluso, se estima, que supondría un aumento de precio causado por tal mejora. No se podría acordar producir bienes de una calidad superior a la establecida en las normas si se supusiera un aumento del precio. Además, bajo supuesto alguno se permitiría acordar producir bienes de calidad inferior a la prevista en las normas técnicas, incluso si eso implicara una disminución del precio.

Esta norma está claramente enfocada en proteger el excedente del consumidor. Tal protección puede no ser eficiente, ya que puede reducir en mayor medida el excedente del productor. Por lo tanto, el fundamento económico de esta disposición es, al menos, discutible.

2.1.7. Negativa a contratar

La ley trata tres conductas que, a pesar de referirse a supuestos ligeramente distintos, aluden a la negativa a contratar como práctica restrictiva. La primera consiste en la denegación concertada a satisfacer pedidos. La segunda se refiere a la denegación injustificada la admisión de operadores económicos a una asociación, gremio o ente similar. Finalmente, la tercera, que también presenta problemas de interpretación, es aquella que consiste en suspender concertadamente y de manera vertical la provisión de

un servicio monopólico en el mercado a un proveedor de bienes o servicios público o privado.

Entender la justificación de las primeras dos conductas no presenta mayores complicaciones. La denegación concertada a satisfacer pedidos puede ser una eficaz barrera de entrada o un mecanismo de retaliación. Bajo la premisa de que la realización de la transacción a la que los agentes se niegan maximizaría su excedente y el de la otra parte, no llevarla a cabo simplemente carece de todo asidero económico. A esa conducta le resulta aplicable, por tanto, lo expuesto sobre la negativa a satisfacer pedidos, *mutatis mutandis*.

La afectación al excedente social como consecuencia de la no admisión de un operador económico a un gremio no es tan clara. Sólo en la medida en la que la agremiación represente un incremento del excedente del agente al que la admisión le es negada podría considerarse que esta práctica es restrictiva. Sin embargo, podría también constituir un riesgo para el excedente social, si de la admisión al gremio dependiera una mejora en la eficiencia productiva de dicho agente, que se traduciría en un desplazamiento de su oferta o en un aumento en la calidad de sus productos.

No se ha encontrado normativa comparada alguna que se refiera a la tercera hipótesis, que nos genera varias dudas. Si un servicio es prestado por un monopolio, ¿por qué requeriría el monopolista concertar para no prestarlo? Si entendemos que, por ser una restricción vertical, esta hipótesis aplica cuando uno de los operadores en la cadena productiva tiene una posición monopólica, ¿qué la distinguiría de la negativa a satisfacer pedidos como conducta de abuso de posición de dominio? Es difícil llegar a conclusiones claras al respecto. Al no ser diáfano a qué se refiere este precepto, mal podría darse una explicación de cuál es su fundamento económico y qué lo distingue de otras conductas que ya se ha estudiado. Empero, parece ser que su similitud con otras figuras no justifica que se le dé un tratamiento independiente en la ley.

2.1.8. Barreras de entrada

La ley norma en tres distintos supuestos a conductas que, de acuerdo con las definiciones vistas en el capítulo anterior, podrían considerarse barreras de entrada. La primera se refiere a levantar barreras de entrada y/o salida en un mercado relevante. La segunda es el boicot dirigido a limitar el acceso al mercado o el ejercicio de la

competencia por otras empresas. La tercera, no menos ambigua, consiste en impedir o dificultar el acceso o la permanencia de consumidores por razones distintas a la eficiencia económica.

El primer tipo es excesivamente general. Cabe hacer, sin embargo, las mismas observaciones que se hizo en el capítulo anterior. Las barreras de entrada pueden no ser anticompetitivas. Son, en principio, indeseables, pero pueden originarse con ocasión de la eficiencia del operador económico o de una protección legal especial que le ha sido dada. Siendo así, esa norma deberá interpretarse tomando en consideración que no toda creación de barreras de entrada amerita una sanción.

Al referirse a la segunda hipótesis, como dice Velandia (2011), ésta se presenta cuando los “competidores se apoderan del mercado creando barreras con las cuales impiden la presencia de nuevos competidores, lo que disminuye las opciones potenciales para otros interesados en entrar”. Se presenta particularmente en mercados oligopólicos, donde los participantes tienen temor de perder su lugar. “La barrera se genera al saber que la eficiencia del nuevo puede poner en riesgo el mercado ya cautivado por las empresas existentes en el mercado”. El perjuicio al excedente social, según el mismo autor, “es que se ve privado de nuevas alternativas que permitirían tener opciones diferentes de las existentes, disminuyendo la competencia” (Velandia, 2011, pp. 162-163).

La tercera hipótesis bastaría por sí misma para abarcar virtualmente a todas las conductas que se ha visto, casi sin excepción. Al sancionar el dificultar la permanencia de otros competidores por razones distintas a la eficiencia económica, se resume todas las clases de prácticas restrictivas que tienen una incidencia en el excedente de los demás consumidores. Se subsume, también, a la creación de barreras de entrada carentes de justificación económica. Mediante normas así el legislador pretendió crear un tipo abierto, de manera que no hubiera conducta alguna nociva para la competencia que quedase impune. La única observación sería que ésta debería ser la definición y no una clase de práctica anticompetitiva. Al normarla como una clase de conducta anticompetitiva más, el lector no atento podría pensar que las demás conductas no guardan relación con dificultar la entrada o la permanencia de actuales o potenciales competidores.

2.1.9. Concertación para disuadir a un operador económico

El artículo 11 de la ley también tipifica a las concertaciones que tienen el propósito de disuadir a un operador económico de una determinada conducta, aplicarle represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado. La normativa mexicana consagra una disposición similar.⁵⁵

La duda que presenta esta norma es cómo podría la conducta a la que se refiere no estar tipificada en otra de las conductas que hemos analizado. La coacción podría llevarse a cabo amenazando al competidor a excluirlo del mercado fijando precios predatorios, lo que constituiría una infracción autónoma. También habría la posibilidad de que los demás agentes impetren en su contra alguna conducta desleal, que se estudiará más adelante.

Resulta interesante intentar determinar qué pasaría si el objetivo de la concertación fuera evitar que el competidor incurra en una práctica que sea, a su vez, anticompetitiva, como podría ocurrir, por ejemplo, cuando se lo amenaza con expulsarlo de un gremio si lleva a cabo una fijación de precios anticompetitivos. La conclusión, no obstante, es que los particulares no estarían autorizados para forzar a sus competidores a actuar de un modo determinado, a pesar de que eso sea favorable para la competencia, porque es a la autoridad de competencia a quien corresponde sancionar las conductas que mermen la eficiencia económica. Es decir, que no corresponde a los operadores económicos valerse de medidas distintas a su eficiencia económica para forzar a otro agente a actuar de una determinada manera, incluso si esa determinada manera resulta nociva para la competencia.

2.1.10. Precios de reventa

El numeral 17 del artículo materia del presente análisis tipifica la fijación concertada e injustificada de precios de reventa. Al igual que sucede con la mayor parte de conductas estudiadas, sus efectos pueden no ser anticompetitivos. Bullard (2010) considera que el impacto en competencia de las restricciones de precios depende del poder de mercado de la empresa que las implementa. Se acota que la fijación de precios de reventa puede no ser anticompetitiva incluso si es que el agente que la implementa tiene posición de mercado. Sin embargo, se está de acuerdo con el autor en que la

⁵⁵ Para revisar la normativa mexicana sobre la materia, puede accederse a: http://www.competenciaeconomica.com.mx/ley/LFCE_Capitulo_2.pdf. Recuperado el 07 de julio de 2012.

sanción de estas prácticas no debería estar sujeta a una regla de ilegalidad per se, es decir, sancionarse sin analizar sus efectos económicos, considerándola por sí misma anticompetitiva (Velandia, 2011).

2.2. Exenciones

En ciertas hipótesis, las conductas restrictivas a la competencia no son consideradas ilícitas y, por tanto, no son sancionadas. Las hipótesis en las que las conductas anticompetitivas están exentas son idénticas a las previstas en el numeral 3 del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia española.

No debería haber hipótesis alguna en la que estas conductas deban estar exentas. Cuestión distinta es que las conductas que no afecten el excedente social no se consideren ilícitas. Si un acto que, en principio, se considera restrictivo, mejora la eficiencia económica y el excedente social, como puede suceder con la discriminación de precios de primer grado, no debería ser ilícito y la ley no debería tipificarlo, sino en la medida en la que perjudique a tal excedente.

Empero, la normativa sujeta la licitud de tales prácticas a los parámetros que se explica a continuación.

2.2.1. Participación equitativa de los consumidores

La primera condición para la aplicación de las exenciones previstas en la ley es que la conducta permita a los consumidores participar de forma equitativa de sus ventajas.

Son dos los comentarios que surgen sobre este precepto. El primero es que parece traslucir que lo que importa al legislador es que el excedente del consumidor no sea perjudicado, independiente a que la práctica pueda traer consigo efectos beneficiosos en el sentido de Pareto. Es decir, bajo este parámetro, una discriminación de precios perfecta sería punible, a pesar de que, bajo los supuestos que ya se anotó, podría suponer un aumento del excedente social, dado que no representaría una mejora del excedente del consumidor.

El segundo comentario es que el mismo criterio debería aplicarse a los casos en los que la restricción de la competencia venga dada por los consumidores. Es claro que si un mercado tiene pocos consumidores, como ocurre en un monopsonio, la eficiencia económica puede ponerse en riesgo por prácticas perpetradas por ellos.

2.2.2. Indispensabilidad de la conducta

La segunda condición para que una práctica restrictiva no sea punible es que no imponga restricciones que no sean indispensables para la consecución de los objetivos que el agente tuvo en mente al realizar la conducta.

Este parámetro no amerita mayores comentarios. La realización de prácticas que en principio se consideran anticompetitivas debería autorizarse sólo como una medida de última ratio, cuando al agente económico no le sea dable obtener los objetivos que se propone a través de medios que implicarían una mejora en su eficiencia económica.

2.2.3. No afectación sustancial a la competencia

El tercer requisito para que una práctica anticompetitiva esté exenta es que no otorgue a los operadores económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Este último parámetro resulta difícil de interpretar. No es claro cuál es la distinción entre la falta de afectación sustancial a la competencia y la regla de minimis, que se tratará más adelante. Además, parece dejar claro que, en ciertas hipótesis, un acuerdo competitivo no sería lícito incluso si afectara ilegítimamente a la competencia, en la medida en la que tal afectación no sea transcendente. Siendo así, si una práctica anticompetitiva, como una venta atada, sacara a un pequeño proveedor del mercado, pero beneficiara “equitativamente” a los consumidores y fuera el único medio al alcance del operador económico para aumentar su excedente, no tendría por qué ser sancionada.

Resta esperar y ver cuál será el criterio de la autoridad de competencia sobre la aplicación de estas exenciones. Sin embargo, su fundamentación no es tan clara como podría ser. Se reitera que un acuerdo que mejore la eficiencia económica no debería estar exento de una sanción, sino que, en primer lugar, no tendría por qué ser sancionado.

2.3. Regla de minimis

Una de las características de las prácticas anticompetitivas, que no la comparten los actos de abuso de posición de dominio ni las prácticas desleales, es que están sujetas a la regla de minimis.

Según la ley, las sanciones que ésta prevé no se deben aplicar a aquellas conductas de operadores económicos que no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Se la conoce como “regla de minimis”. Corresponde a la Junta de Regulación determinar los criterios para la aplicación esa regla.

La normativa comunitaria europea tiene una disposición similar. Como explica Fernández-Lerga, “en cualquier caso, la alteración de la competencia, impedida, restringida o falseada, debe ser sensible ya que si es irrelevante no entra en juego la prohibición del artículo 85” del Tratado de Roma (Fernández-Lerga, 1994, p. 145).

No es lo mismo considerar que una restricción a la competencia no es punible que sostener que su sanción no tiene prioridad. Las conductas sin mayor trascendencia no deberían merecer la mayor atención de las autoridades de competencia pero, *ceteris paribus*, tendrían también que ser sancionadas, aplicándoseles, eso sí, una sanción proporcional a la falta y a la afectación del mercado.

3. Prácticas desleales

3.1. Definición

El artículo 25 de la ley define como desleal a todo hecho acto o práctica que sea contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas. No se requiere que el individuo actúe consciente o voluntariamente al realizar estas conductas. Tampoco es necesario demostrar que haya habido un perjuicio, ya que bastará con que el daño que cause la conducta sea potencial.

Las prácticas desleales son prohibidas por la ley cuando impiden, restringen, falsean o distorsionan la competencia, atentan contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

En el criterio de Otamendi, la normativa de competencia desleal y la normativa de defensa de la competencia tienen objetivos distintos. En su decir, la normativa de defensa de la competencia busca “garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público”. En cambio, el régimen de la competencia desleal pretende evitar “que se utilicen medios considerados como desleales en el ámbito concurrencial” (Otamendi, 1994, p. 67).

El objetivo del derecho de la competencia económica es y debe ser proteger la eficiencia económica. El poder de mercado es un fallo de mercado que debe ser regulado para evitar una reducción en el excedente social. Las prácticas anticompetitivas pueden también poner en riesgo al excedente social, por lo que deben ser tipificadas y sancionadas. La competencia desleal se enfoca puntualmente en proteger a los perjuicios que puedan sufrir los consumidores como consecuencia de una actuación deshonesta por parte de un operador económico. El objetivo de sancionar las prácticas desleales es prevenir las conductas deshonestas. Como se verá, puede encontrarse un fundamento económico a ese régimen, pero parece tener una importancia secundaria con respecto a resguardar la lealtad y el obrar de buena fe de los agentes del mercado.

La normativa de defensa de la competencia y de la normativa de competencia desleal no son completamente disímiles. En mayor o menor medida, ambas resguardan la eficiencia económica. Sin embargo, sus objetivos primordiales no son los mismos. Por ese motivo, resulta discutible que el legislador haya decidido incorporar en un mismo código a ambos tipos de conducta, ya que los principios que los informan no son homogéneos.

3.2. Clases de prácticas desleales

La ley, en su artículo 27, al referirse a las prácticas desleales, usa el mismo esquema que la Ley de Competencia Desleal española. Con pocas salvedades, la normativa ibérica es virtualmente idéntica a la ecuatoriana sobre este respecto. Sin embargo, según explicamos, algunas de las conductas que nuestra normativa tipifica como actos anticompetitivos son tratados dentro de este capítulo en la normativa española.

Dada la escasa o nula casuística ecuatoriana sobre los actos de competencia desleal, es preciso remitirse a la doctrina y a la jurisprudencia españolas para explicar las clases de conductas desleales que nuestra normativa consagra.

3.2.1. Actos de confusión

3.2.1.1. Normativa

Nuestra ley entiende por acto de confusión al que “tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos”. Se considera que tiene tal objeto, por ejemplo, la imitación de

signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que se asocien a un tercero en el mercado.

No es necesario que se produzca una confusión efectiva para que se verifique la infracción. Basta con que exista un riesgo de que se produzca esa confusión. Tampoco importa la intención del agente; resulta suficiente con que haya el riesgo de que el deudor pueda cometer un error sobre el origen empresarial del producto o servicio ofrecido. Además, la confusión también puede obedecer a una omisión, no sólo a una acción (García, 2008).

El objetivo de esta norma es proteger al consumidor, “poniéndolo a resguardo del peligro de error sobre el origen empresarial (...) de los productos que se ofrecen” (García, 2008, p. 162).

En España, a efectos de determinar si es que un acto puede causar confusión en el consumidor, se toma como referencia el modelo del consumidor “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” (García, 2008, p. 186). Por consumidor medio, según el Tribunal Supremo español, se entiende a aquél “que normalmente no se detiene en una minuciosa comparación o comprobación o no se para en pequeños detalles” (García, 2008, p. 186).

3.2.1.2. Ejemplo

Mc Donald's es una de las marcas de comida rápida más conocidas en el mundo. Años atrás, una persona registró en el Ecuador esa marca a su nombre. Abrió algunos locales comerciales de venta de comida rápida usando esa marca. Una vez que Mc Donald's, la compañía americana, llegó al país, demandó al ecuatoriano titular de ese registro de marca y logró que se lo anule, luego de un fatigoso litigio que duró años.

Si una conducta semejante tuviera lugar hoy en día, estaríamos ante un emblemático caso de un acto de engaño sancionado por la ley. Al utilizar una marca de alto renombre sin contar con autorización alguna para hacerlo, un productor podría inducir a un consumidor a pensar que entre él y el titular de la marca existe, sino una identidad, un cierto grado de relación empresarial que justifica la utilización de la marca por dicho productor.

El consumidor, incluso si fuera medianamente atento y perspicaz, tendría razones para concluir que el origen empresarial del producto que consume es distinto al que en realidad tiene, ya que no tendría razón alguna para desconfiar de la utilización de ese bien de propiedad intelectual por parte del proveedor.

3.2.1.3. Análisis

Los actos de engaño distorsionan la competencia y pueden generar una merma en el excedente del consumidor. No se ha encontrado un análisis netamente económico sobre el porqué de la tipificación de los actos de confusión, así que ensayaremos una propia.

La demanda de un producto depende de una serie de factores, tales como la renta, los precios de los bienes sustitutos y las expectativas. Uno de los determinantes de la demanda son los gustos y las preferencias.

Cuando un consumidor adquiere un bien, lo hace teniendo en cuenta la utilidad que piensa que le va a reportar. La utilidad que un consumidor ha pensado obtener por consumir un producto depende, en gran medida, de la confiabilidad que pueda tener en quien lo produce. Un productor identifica su producto a través de los signos distintivos, tales como las marcas, los lemas comerciales o los nombres comerciales.

Por lo tanto, cuando un consumidor es engañado puede sufrir un perjuicio de consideración. Adquiere un producto teniendo en mente una determinada utilidad que cree poder obtener con base en el origen empresarial que el bien aparenta tener. Sin embargo, cuando en realidad su fundamento para llegar a tal conclusión es erróneo, ya que la procedencia empresarial del bien que adquiere no es la que él cree, su utilidad puede ser menor a la esperada.

Si el consumidor conociera el verdadero origen empresarial del producto que se vende como consecuencia de la confusión, seguramente no lo adquiriría, o lo haría a un precio menor, tomando en consideración que la utilidad que el consumo de ese bien le reportaría no sería tan alta.

Los demás productores también se pueden ver afectados. Si la calidad del bien que se vende producto del confusión no fuera tan alta como el consumidor espera, pero sí se lograra confundirlo, el consumidor pensaría que la calidad del producto original es

menor a la que en realidad tiene. Siendo así, en ocasiones posteriores tendría menos incentivos para adquirir bienes del productor titular de la marca.

Por lo tanto, los actos de confusión suponen un riesgo para el excedente social. Empero, el que haya una merma del excedente social no es relevante para que se verifique el tipo. He ahí la disimilitud entre el régimen de los abusos de poder de domino y de las prácticas anticompetitivas con el de las prácticas desleales.

3.2.2. Actos de engaño

3.2.2.1. Normativa

La normativa también tipifica los actos de engaño. Se entiende por tales a los actos que puedan inducir a error sobre la

naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado.

También se considera engaño la difusión de afirmaciones sobre los productos que no sean veraces y exactas. El productor debe poder probar la veracidad de las afirmaciones realizadas sobre su producto.

García considera que el acto de engaño es la clásica conducta de competencia desleal que perjudica directamente a los consumidores (García, 2008). Considera que los elementos del acto de engaño son los siguientes:

- Un comportamiento positivo, consistente en utilizar o difundir, o uno negativo, consistente en omitir menciones verdaderas;
- Que el comportamiento pueda causar o cause un error en el consumidor;
- Que los destinatarios sean directos o indirectos;
- Que se refiera a la naturaleza, modo de elaboración o características en general del producto que se trata (García, 2008).

De acuerdo con un fallo de la Audiencia Provisional de Barcelona, *“al ser la decisión del consumidor esencial, para sus intereses y para el correcto funcionamiento del mercado, en un sistema transparente de libre competencia, se trata de conseguir que su voto económico se forme de un modo libre y consciente”* (García, 2008, p. 202).

Otra sentencia concluyó que los actos de engaño son paradigmas de deslealtad, y que ponen en peligro el derecho de los consumidores a disponer de una oferta transparente y veraz para poder elegir en libertad (García, 2008).

3.2.2.2. Ejemplo

En un interesante caso resuelto por la Audiencia Provisional de Barcelona, se concluyó que constituyó un engaño el que el envase de un producto de frituras tuviera la leyenda “con Aceite de Oliva”, a pesar de que contenía tan solo un 2% de esa clase de aceite. La Sala concluyó que esa leyenda puede producir en el consumidor “la errónea percepción de que las patatas han sido elaboradas o fritas con aceite de oliva” (García, 2008, p. 210).

En otra resolución, un Tribunal de Badajoz concluyó que unos corredores de seguros habían cometido un acto de engaño al haber afirmado mediante publicaciones de prensa ser los únicos corredores de seguros legalmente autorizados para el ejercicio de esa profesión, cuando en realidad no era así (García, 2008).

3.2.2.3. Análisis

Se considera que el fundamento económico para sancionar los actos de engaño es muy parecido al que se tuvo al tipificar los actos de confusión. Los actos de confusión y los actos de engaño perjudican a los consumidores porque traen como consecuencia que éstos vea defraudadas sus expectativas sobre la utilidad que les puede reportar un bien. En el caso de los actos de confusión, la defraudación al consumidor viene dada por el error al que se lo induce sobre el origen empresarial del bien. En los actos de engaño, en cambio, la afectación es más seria, ya que se lo engaña acerca de las características del bien en sí.

Mientras que los actos de confusión siempre requerirán la utilización de signos distintivos de un tercero, directa o indirectamente, los actos de engaño se refieren a las bondades del producto en sí. Los actos de confusión pueden ser inocuos si es que la calidad del producto no es inferior a la que el consumidor espera. En cambio, los actos de engaño suponen, por definición, que las cualidades del producto sean al menos no tan buenas como las esperadas.

Por ese motivo, se está de acuerdo con que se considere que los actos de engaño son el caso paradigmático de conductas desleales.

Empero, al igual que con todas las conductas desleales, al momento de tipificar los actos de engaño debe tomarse como referencia a un consumidor medianamente informado y perspicaz. Caso contrario, cualquier afirmación inocente que adolezca de precisión sobre la calidad de un producto, que puede ser frecuente en el comercio, y que encajaría dentro de lo que en la doctrina jurídica se conoce como el *dolus bonus* o dolo bueno, acarrearía la imposición de una sanción notoriamente desproporcionada e injusta.

Es altamente improbable que un acto de engaño eficaz no merme el excedente del consumidor, como puede no ocurrir en tratándose de un acto de confusión. Por lo tanto, los fundamentos económicos para sancionar a los actos de engaño son más diáfanos que en el caso de los actos de confusión.

3.2.3. Actos de imitación

3.2.3.1. Normativa

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado tipifica tres clases de actos de imitación. La primera clase corresponde a los actos que lesionen un derecho de propiedad intelectual. La segunda corresponde a la imitación de iniciativas empresariales de un tercero que pueda causar confusión a los consumidores sobre el origen del producto, o suponga un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. Finalmente, la tercera corresponde a la imitación de iniciativas empresariales de un tercero para evitar que éste se afirme en el mercado.

Se ha entendido por imitación a la “copia de la creación empresarial ajena en términos de identidad o de gran semejanza, sin que obsten las variaciones en elementos accidentales o accesorios” (García, 2008, p. 214).

A diferencia de los actos de confusión, los de imitación se refieren a la, valga la redundancia, imitación de creaciones materiales. Se refieren a la propia prestación y no a la forma de presentar los productos. Sin embargo, no toda imitación está prohibida. Se las prohíbe en la medida en la que se pueda trasgredir un derecho de propiedad intelectual, cuando mediante ella se aproveche de la reputación de un competidor o cuando tal imitación tenga fines obstruccionistas (García, 2008).

3.2.3.2. Ejemplo

La jurisprudencia española trata una serie de ejemplos que constituyen una imitación desleal. En un caso, consideró que un fabricante de carteras de mujer había sido desleal con una compañía titular de una importante marca de ropa, ya que los diseños de las carteras del agente desleal eran muy parecidos a los de su competidor, e incluso utilizaban una marca muy parecida a la marca notoriamente conocida del competidor.

3.2.3.3. Análisis

Los fundamentos económicos de la tipificación de los actos de imitación no son tan claros como el de los actos de confusión o engaño. Sin embargo, parece ser que hay, al menos, una justificación de esa índole.

Los competidores del agente desleal son quienes se ven mayormente perjudicados por una conducta económica. Si es que se permitiera libremente la imitación ilegítima de los productos, los oferentes no tendrían mayores incentivos para innovar. Permitir el aprovechamiento ilegítimo de la reputación ajena disuade a los operadores económicos a hacer los esfuerzos necesarios para obtenerla.

Sin innovación, sin desarrollo tecnológico, y sin que los competidores busquen mejorar la forma en la que prestan sus servicios, es improbable que se abran nuevos mercados o que se expanda la oferta de los existentes. Por lo tanto, las imitaciones ilegítimas representan un peligro para el excedente social, que puede no manifestarse de inmediato.

De ahí que sea conveniente que la ley sancione prácticas de ese tipo, a fin de que los agentes económicos no tengan incentivo alguno para realizar imitaciones que a la larga puedan mermar el excedente social. Sin embargo, se debe notar que la mella del excedente social no es un requisito sine qua non para que se verifique el tipo.

3.2.4. Actos de denigración:

3.2.4.1. Normativa

Los actos de denigración son aseveraciones que cumplen dos características. La primera es que pueden menoscabar el crédito de un tercero en el mercado. La segunda es que deben ser inexactas, falsas e impertinentes. Tales actos pueden referirse a

aspectos tales como la nacionalidad, intimidad, creencias o vida privada del afectado. Se infiere que pueden tener el efecto de menoscabar el crédito del mercado por su tono de desprecio o ridículo.

El principal objetivo de esta norma no es proteger la reputación del competidor afectado. Como sostuvo la Audiencia de Barcelona,

Por más que el tipo pueda contribuir a la protección de la reputación del agente económico *no debe olvidarse que el bien jurídico protegido no es la reputación en sí misma considerada, sino la competencia económica*. Aquella se protege en la medida que sea necesario para asegurar la racional formación de las preferencias y toma de decisiones de mercado, por parte de los consumidores (García, 2008, p. 224).

Los elementos de esta conducta son:

- El menoscabo de la reputación y el crédito del tercero en el mercado;
- La falsedad, por lo que no se verifica el tipo cuando lo que se asevera es cierto;
- La impertinencia; y,
- Que las declaraciones tengan una finalidad concurrencial (García, 2008).

Se debe tomar en cuenta cuál es la impresión que cause en los consumidores la afirmación tendiente a menoscabar el crédito de un competidor.

3.2.4.2. Ejemplo

Un tribunal de Valencia consideró que los agentes de una compañía de seguros actuaron deslealmente al afirmar maliciosamente que su competidor estaba pronto a la quiebra, que iba a desaparecer, y que no iba a hacer frente a sus acreencias, con el fin de captar su clientela (García, 2008).

En otra sentencia, un tribunal español consideró que una compañía había denigrado a uno de sus competidores al haber afirmado que se valía de prácticas mafiosas, que iba a desaparecer y que el mercado se iba a encontrar desabastecido del producto que ese competidor provee, ya que el agente desleal no pudo probar la veracidad de sus afirmaciones (García, 2008).

3.2.4.3. Análisis

En el primer capítulo se explicó el porqué del ahínco del legislador para que todos los mercados alcancen la competencia perfecta. Los mercados de competencia perfecta

tienen ciertas características que maximizan el excedente de los consumidores y de los productores en conjunto.

Una de las características de los mercados de competencia perfecta es la transparencia. Como dice Parkin, en la competencia perfecta, entre otras características, “los vendedores y los compradores están bien informados sobre los precios” (Parkin, 2001, p. 328).

Cuando un competidor denigra a otro, transmite al mercado información falsa acerca de la calidad de los bienes y servicios que el segundo ofrece. La información falsa puede traer como consecuencia que los consumidores disminuyan sus gustos por el determinado bien o servicio que ese competidor oferte. Siendo así, el competidor denigrado verá su demanda reducida a pesar de que los bienes y servicios que ofrece pueden no haber sufrido variación alguna.

Por lo tanto, los actos de denigración representan un peligro grave para el excedente de los demás competidores y también para el excedente del consumidor. Quien se beneficia de una conducta de este tipo, como ocurre con las demás prácticas desleales, es el competidor infractor.

3.2.5. Actos de comparación

3.2.5.1. Normativa

La comparación se considera desleal cuando se refiere a extremos entre los productos del competidor desleal y el afectado que no sean análogos, relevantes ni comprobables.

La publicidad comparativa debe referirse directa o indirectamente a otro competidor o a los bienes que ofrece. No basta con que se haga una mención genérica a los competidores. Es determinante que los destinatarios de la publicidad puedan entender que se efectúa la comparación con los productos ajenos. Como sostuvo el Tribunal Supremo español, es inevitable que la comparación implique un cierto grado de descrédito para el competidor, pero la medida de lo tolerable depende de la impresión general que pueda causar el mensaje en los destinatarios, así como la necesidad de llevar “a cabo una minusvaloración para llevar a cabo una comparación adecuada” (García, 2008, p. 267).

En otra sentencia se exigió los siguientes requisitos para que la comparación no sea desleal: que la comparación de las prestaciones se refiera a extremos análogos, relevantes y comprobables; y desde la perspectiva negativa, que no sea engañosa ni denigratoria (García, 2008).

3.2.5.2. Ejemplo

Hace aproximadamente 15 años Coca-Cola presentó una acusación de publicidad comparativa desleal en contra de Pepsi Cola en España. Lo que sucedió es que un reconocido artista de música rap consumió una botella de Pepsi Cola durante un concierto, ante un numeroso público. Luego, durante el espectáculo, se anunció el cambio de bebida refrescante “por otro refresco de cola”. El cantante procedió a tomar un el contenido de un vaso de color blanco, sin distintivo o referencia alguna, como consecuencia de lo cual abandonó súbitamente la música rap y comenzó a entonar una canción melódica. Su actuación causó desconcierto en el auditorio. Después, uno de los espectadores lanzó al cantante otra botella de Pepsi. Luego de probar su contenido, el cantante volvió a interpretar música rap, finalizando con la frase: “Pepsi es lo de hoy”.

Coca-Cola adujo que Pepsi había realizado una publicidad comparativa sancionada por la ley. La administración de justicia española concluyó que no hubo acto desleal alguno, dado que esa publicidad no identificó la marca de la competencia, ni explícita ni implícitamente. Además, sostuvo que la exageración del artista “carece del más leve asomo de intención malévola”, y que no produjo perjuicio alguno (García, 2008, pp. 90-92).

3.2.5.3. Análisis

El fundamento económico de la comparación desleal es similar al de los actos de denigración. Una comparación infundada puede menoscabar injustificada e ilegítimamente la apreciación que el mercado tenga sobre el consumidor afectado. Como consecuencia de ese menoscabo, la demanda del afectado podría verse reducida, lo que también mellaría su excedente.

Para que una práctica de este tipo pueda ser sancionada no basta con que los extremos comparados no sean análogos, relevantes o comprobables, sino que también exista la intención de dar información falsa al público sobre las cualidades del producto ajeno. Una interpretación exegética del artículo podría llevar a pensar que los actos de

publicidad comparativa que tienen por objeto apelar al sentido del humor del consumidor podrían también ser sancionados, a pesar de que ningún consumidor medianamente informado corriera el riesgo de llegar a conclusiones equivocadas sobre las características y beneficios del producto de quien realiza la publicidad y del competidor al que la publicidad se refiere.

Por lo tanto, la publicidad comparativa debería traer como consecuencia el transmitir información falsa sobre las bondades del producto propio y las del competidor para que se justifique sancionarla.

3.2.6. Explotación de la reputación ajena

3.2.6.1. Normativa

La ley tipifica el aprovechamiento indebido de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro agente en el mercado. Como dice García, “los actos de explotación indebida de la reputación ajena comportan la utilización de los signos distintivos que no son propios con la finalidad, no de confundir, sino de equiparar el producto propio al ajeno para beneficiarse del renombre de éste” (García, 2008, p. 314).

Se busca proteger a los competidores cuya reputación se explota. También se busca velar por los consumidores, quienes confían en la reputación del competidor afectado.

En nuestro criterio, la diferencia entre esta clase de actos y los actos de confusión es tenue. Los actos de confusión se manifiestan en la utilización de signos distintivos que se asemejan a los del competidor afectado, de modo que el consumidor podría llegar a pensar que los productos de ambos competidores tienen el mismo origen. La reputación ajena, en cambio, supone el uso de los mismos signos distintivos que los del competidor perjudicado.

Una sentencia de la Audiencia Provisional de Barcelona formuló los siguientes requisitos para que se verifique este tipo:

- La realización de un comportamiento, sin necesidad de un particular componente subjetivo, doloso o culposo;
- Que el comportamiento se dirija o proyecte eficazmente a lograr un aprovechamiento o ventaja, propia o de otro;

- Que el aprovechamiento que se busque sea indebido;
- Que la parte de la que el competidor desleal busca aprovecharse tenga reputación o buena fama;
- Que el aprovechamiento se realice mediante el uso de un signo que goce de reputación en el sector del mercado de que se trate.

El aprovechamiento será indebido si es ilegítimo, lo que no sucede “*en los casos en los que el titular del signo vea utilizada (sic) aquél en el marco de una excepción legal*” (García, 2008, p. 319).

3.2.6.2. Ejemplo

Unos trabajadores de Bizkaia abandonaron la empresa en la que trabajaban, constituyeron una nueva con el mismo objeto social y se comunicaron con los clientes de la empresa anterior para comunicarles que se ponían a “su disposición para seguir colaborando como hasta la fecha”.

La Audiencia Provisional de Bizkaia consideró que esos trabajadores se habían aprovechado ilegítimamente de la reputación de su ex empleador, dado que pretendían beneficiarse de un sistema de optimización empresarial sin haber acreditado labor intelectual alguna que cree algo distinto (García, 2008, p. 323).

En otra sentencia, el Tribunal Supremo concluyó que una empresa actuó ilegítimamente al distribuir al mundo empresarial un proyecto propagandístico en el que se incluyó una relación de contratos que correspondían a otras empresas del sector (García, 2008).

3.2.6.3. Análisis

De todas las conductas que se ha revisado, probablemente en ésta se presente con mayor claridad la diferencia entre los objetivos del régimen de competencia desleal y los el derecho de la defensa de la competencia.

El aprovechamiento de la reputación ajena es, en definitiva, ilegítimo y deshonesto. Sin embargo, manteniendo todo lo demás constante, puede ser eficiente en el sentido de Pareto. Es decir, puede mejorar la situación del competidor que hace tal aprovechamiento sin disminuir el excedente de los demás agentes del mercado.

Sin embargo, dado que el régimen de competencia desleal busca sancionar las prácticas deshonestas, las conductas de este tipo son consideradas ilícitas, independientemente a cuáles sean sus repercusiones en el excedente social. Siendo así, paradójicamente, el aprovechamiento de la reputación ajena resultaría punible incluso si aumentarse el excedente social.

3.2.7. Violación de secretos empresariales

3.2.7.1. Normativa

Se califica como secreto empresarial a la información que reúne ciertas características: ser no divulgada por su legítimo titular, que pueda utilizarse en una actividad económica y que se pueda transmitir a un tercero. Además, es necesario que:

- La información no sea conocida en general ni sea fácilmente accesible;
- La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial, por ser secreta; y,
- Que la persona que la tenga bajo control haya adoptado medidas razonables para mantenerla secreta.

Según García, no constituyen secretos ni el listado o relación de clientela ni aquellas informaciones que forman parte de las habilidades, capacidades y experiencia profesionales de carácter general que pueda tener una persona con la clientela (García, 2008).

En particular, se considera desleal la difusión de la información a la que se haya tenido acceso legítimamente con obligación de guardar reserva, o ilegítimamente, como consecuencia de una práctica de abuso de posición de dominio o una práctica anticompetitiva. También se considera un ejemplo de conducta desleal a la adquisición de información no divulgada como consecuencia del espionaje industrial o el abuso de confianza, entre otros casos.

Para García, el artículo en mención sanciona tanto la divulgación como la explotación de secretos. La divulgación debe verificar los siguientes elementos:

- Una divulgación o explotación;
- Que el objeto de la divulgación sea un secreto empresarial;
- Que la divulgación o explotación se lleve a cabo sin la autorización del titular del secreto;

- Que se haya tenido acceso al secreto legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, por medio de espionaje o un procedimiento análogo (García, 2008).

Una sentencia de la Audiencia Provisional de Girona sostuvo, además, que uno de los elementos del tipo es que haya existido el ánimo de obtener un provecho o el ánimo de perjudicar a su legítimo titular.

La adquisición, en cambio, debe referirse a secretos empresariales y debe haberse obtenido por espionaje industrial o medios análogos.

Por “secreto” se ha entendido *“aquellas informaciones, conocimientos, técnicas, organización o estrategias que no sean conocidos fuera del ámbito del empresario y sobre los que exista una voluntad de mantenerlas ocultos (sic) por su valor competitivo”*. Mediante esta figura no se busca resguardar el derecho a la intimidad de las personas, sino preservar *“los resultados del propio esfuerzo y el fomento del avance industrial y comercial”* (García, 2008, pp. 328- 330).

3.2.7.2. Ejemplo

No se ha encontrado doctrina sobre el tema. Sin embargo, existen sentencias reiteradas en las que se sostiene que, por ejemplo, el listado de clientes de una compañía no es precisamente un secreto industrial, pero que su utilización indebida sí puede ser un acto desleal por ser contrario a la buena fe. En otros fallos se ha sostenido que los conocimientos adquiridos por un trabajador en el curso de su trabajo tampoco constituyen un secreto empresarial (García, 2008).

3.2.7.3. Análisis

Entender la importancia de proteger a los secretos empresariales no ofrece mayores dificultades. Los incentivos que tienen las empresas para innovar y para patentar sus invenciones se verían considerablemente disminuidos si es que el ordenamiento jurídico no garantizara que tales innovaciones e invenciones no van a estar protegidas en contra de divulgaciones desautorizadas e indiscriminadas.

Los secretos industriales pueden referirse a la más variada clase de información con valor para una empresa, de la cual puede depender su ventaja competitiva. Si es que no

se la protegiera, como ya se mencionó en una de las sentencias citadas, no se fomentaría el avance comercial e industrial.

El desarrollo industrial es el que permite hacer una utilización más eficiente de los recursos, a saber, expandir la oferta de un determinado bien, o crear nuevos bienes que puedan satisfacer en mayor medida aquellos que vienen a sustituir.

La protección de secretos industriales tiene por objetivo constituir un incentivo a la innovación, de la que depende en gran medida el aumento del excedente social.

3.2.8. Inducción a la infracción contractual

3.2.8.1. Normativa

El numeral 8 del artículo 27 de la ley tipifica la interferencia por un tercero en alguna relación contractual que un competidor mantenga con el propósito inducir a sus contratantes a infringir las obligaciones que han contraído.

Ese numeral reza, además, que la inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando se verifiquen las siguientes circunstancias:

- Tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial; o,
- Vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

Cabe resaltar que esta norma se refiere a algunos supuestos, distintos entre sí: la inducción a incumplir con un contrato, la inducción a terminar un contrato regularmente y el aprovechamiento de una infracción contractual ajena. Los dos últimos supuestos requieren de la intención del agente de difundir un secreto empresarial o que éste se haya valido del engaño o haya intención de eliminar al competidor afectado por el incumplimiento.

Como dice Otamendi, “importa poco que la incitación tenga o no éxito y no precisa el acompañamiento de otras circunstancias, como la desorganización del rival o la obtención frente a él de una ventaja injusta” (Otamendi, 1994, p. 231). Tampoco resulta necesario que la incitación sea la causa determinante de la ruptura de las relaciones

contractuales, o que el agente se subrogue en la relación contractual que mantenía el competidor.

3.2.8.2. Ejemplo

Una sentencia del Tribunal Supremo español de 1 de abril de 2002 consideró que un agente no cometió la infracción en comento al haber inducido a los trabajadores de su competidor a terminar regularmente sus contratos. Según razonó el Tribunal, habría sido menester, además, que la intención de dicho agente fuera difundir o explotar un secreto industrial o eliminar a ese competidor. Por lo tanto, si la intención del agente fue contratar a los trabajadores que abandonaron a su competidor, no se verificó infracción alguna (Villagómez, 2006).

3.2.8.3. Análisis

Esta es una de las conductas en las que se manifiesta de forma clara la intención del legislador de proteger a los agentes económicos de buena fe independientemente de las consecuencias económicas que tenga la conducta tipificada.

La inducción a infringir un contrato es, probablemente, la conducta en la que más patente se presenta la mala fe de los agentes económicos. El operador que incurra en esta falta puede no obtener provecho alguno directo derivado de cometerla como sí sucede, por ejemplo, con los actos de confusión, imitación, denigración o engaño. Es más, puede ser que el competidor perjudicado no sufra daño ilegítimo alguno, como cuando sus contratantes dan fin a los contratos de manera regular.

Se estima que la razón por la que se ha tipificado esta conducta no es económica, en lo absoluto. Poco importa que el agente desleal obtenga algún provecho o que el excedente social sufra alguna merma; lo que nuestra normativa considera intolerable es que un competidor lleve a cabo acciones que tengan el propósito de perjudicar ilegítimamente a su competidor o que tengan el propósito de sacar provecho de circunstancias desafortunadas de éste. Por tanto, como ya lo insinuamos, lo que se busca proteger mediante esta conducta es la buena fe de quienes concurren en un mercado.

La ley fue clara al establecer que el objetivo del régimen de las prácticas desleales es sancionar a las conductas deshonestas, contrarias a los usos comerciales. De todos los

tipos analizados, éste probablemente sea aquél en el que más claramente está manifestado el fin que tuvo el legislador en mente al crear esta normativa.

3.2.9. Violación de normas

3.2.9.1. Normativa

La normativa considera que es desleal prevalecer en el mercado como consecuencia del abuso de procesos judiciales o por el incumplimiento de normas jurídicas de índole tributaria, laboral o de seguridad social, entre otras. Para configurar este tipo, la ventaja competitiva obtenida debe ser significativa.

La normativa española incluye dentro de este tipo a la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar y a la infracción de las normas jurídicas referentes a la actividad concurrencial (García, 2008).

Para Otamendi (1994), es menester que la infracción competitiva sea la causa eficiente de la ventaja competitiva. El aprovechamiento de la ventaja deberá ser efectivo y no potencial.

Al referirse a una ventaja significativa, para Otamendi (1994), tal ventaja “debe jugar un cierto papel en la elección de esa alternativa de mercado y que, en la mayoría de costos, supondrá un ahorro de costes que deberá traducirse en la oferta que formula el infractor” (Otamendi, 1994, p. 242).

El objetivo de este numeral es “*asegurar un funcionamiento correcto del mercado, conforme a las reglas de la eficiencia*, y lo hace mediante el expediente de sancionar la obtención de posiciones de ventaja logradas con la infracción de normas (...) ya que así se causa una desventaja a quienes cumplen *par conditio concurrentium* (...)” (García, 2008, p. 368).

Según una sentencia de la Audiencia Provisional de Valencia, los cuatro elementos del tipo son:

- La existencia de una infracción a las leyes;
- Una posición de ventaja competitiva derivada de la infracción normativa;
- Que la ventaja sea significativa; y,
- Que exista un “prevalimiento” (sic) de la ventaja así obtenida (García, 2008).

3.2.9.2. Ejemplo

Una compañía española reproducía fonogramas a través de una página web, a cambio de una compensación económica. No contaba con el consentimiento de los titulares de los derechos de autor de esos fonogramas. Hacía uso de la carátula de los discos compactos originales.

La Audiencia Provisional de Barcelona consideró que esa compañía competía con las demás productoras discográficas. Concluyó que esa compañía había actuado deslealmente, ya que tenía una condición más ventajosa que sus competidoras al no haber pagado regalía alguna a los titulares de derechos de autor de los fonogramas que se podía reproducir en su página.

En otro caso, se sancionó a un empresario que ofrecía comidas y cenas con espectáculo de flamenco sin pagar las licencias administrativas del caso y sin cumplir con las obligaciones laborales y tributarias a las que están sujetos los locales como los que utilizó ese agente. Eso, según la Audiencia Provisional de Barcelona, le supuso un significativo abaratamiento de costes. Por ese motivo, concluyó que ese empresario actuó deslealmente (García, 2008).

3.2.9.3. Análisis

Los fundamentos económicos de esta conducta son relativamente claros, como se lo expuso en las sentencias a las que hicimos referencia. Es favorable al excedente social y al interés general que un empresario prospere, manteniendo todo lo demás constante. Sin embargo, al derecho de la competencia, en general, le interesa mucho el cómo un agente se posicione en el mercado.

Si la mejora en la condición de un operador económico responde a un motivo distinto a la eficiencia económica, es muy probable que tal agente esté causando una merma al excedente social.

Eso es lo que sucede con la conducta tipificada en el numeral 9 del artículo 27 de la ley. Lo que se pretende es sancionar a los operadores económicos que se hayan valido de uno de los tantos medios distintos a la eficiencia económica –i.e. el quebrantamiento de la ley- para aumentar su poder de mercado y para obtener una ventaja con respecto a sus competidores.

Empero, se considera que la aplicación de la sanción a esta conducta puede producir los mismos problemas que el abuso de acciones legales, que estudiamos en el capítulo anterior.

Determinar qué obligaciones incumplió un agente económico sólo podría lograrse una vez culminados largos y tortuosos procesos, no exentos de trabas y dificultades. Por poner un ejemplo, establecer el incumplimiento de obligaciones laborales, administrativas y tributarias estaría a cargo de tres entidades distintas, que tendrían que determinarlo a través de procesos separados.

Se estima que la autoridad de la competencia no tendría atribución alguna para determinar si un agente económico incumplió con sus deberes formales tributarios, por ejemplo. Para dar ese supuesto por cierto se requeriría de un pronunciamiento por parte del tribunal distrital de lo fiscal competente en ese sentido.

Bajo esa premisa, es improbable que lleguen a verificarse los supuestos necesarios para que esta conducta pueda ser sancionada, a pesar de que, al igual que sucede en España, no debería sorprender que en nuestro medio muchos agentes económicos existan debido al sistemático incumplimiento de la normativa que rige su actuar.

3.2.10. Prácticas indebidas contra los consumidores

3.2.10.1. Normativa

La ley tipifica una serie de conductas que perjudican directamente a los consumidores, como aprovecharse de la debilidad o la ignorancia del consumidor, el acoso que tenga por objeto desgastar al consumidor, dificultar la terminación de contratos con usuarios finales, hacer amenazas infundadas de inicio de acciones legales, y la suscripción de contratos de adhesión contrarios a la ley.

De todas las conductas que revisamos, ésta es la única que no está normada como tal en la Ley de Competencia Desleal española. Por tal motivo, no nos es posible traer a colación un ejemplo en el que se haya aplicado una disposición similar. Empero, no es difícil entender qué pretendía el legislador al sancionar los abusos hacia los consumidores.

En nuestro medio, es frecuente que la falta de ética de ciertos operadores económicos los lleve a realizar acciones vituperables, por suponer un aprovechamiento

ilegítimo del desconocimiento o de la confianza del consumidor, cuando, por ejemplo, se le ofrece la alternativa de financiar una compra con tarjetas de crédito, aun a sabiendas de que las consecuencias para el consumidor de optar por tal medio de pago pueden ser nefastas por no tener capacidad de pago suficiente.

También es frecuente el que ciertos operadores económicos amenacen y den un trato deplorable a sus clientes que incurren en mora, forzándolos, en ocasiones, a realizar acciones drásticas a fin de satisfacer sus acreencias, contando con equipos de personas especializados en acosar de manera persistente a la clientela.

A pesar de que nuestro ordenamiento cuenta con una ley que tiene por objeto proteger a los consumidores finales de las prácticas abusivas de quienes ofrecen bienes y servicios finales, es frecuente que los operadores económicos hagan caso omiso de las disposiciones de ese cuerpo normativo.

Si bien la ignorancia de la ley no excusa a persona alguna y nuestro ordenamiento ya contempla otras sanciones para los actos jurídicos ilegales, es claro que el espíritu de esta norma es velar porque los agentes económicos que tienen trato con consumidores finales mantengan para con ellos un trato justo y transparente.

El fundamento económico de esta disposición no es claro. Algunas de las conductas podrían no tener efecto económico directo alguno, como ocurre con la amenaza infundada de iniciar acciones legales. Lo que se busca proteger con esta norma es la honestidad en el actuar de los agentes económicos, y sancionar las prácticas abusivas o ilegítimas.

CAPÍTULO V

CONTROL DE LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

En este capítulo se estudiará los fundamentos económicos del régimen previsto en la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado para controlar las concentraciones económicas. Se explicó en varias ocasiones qué es el poder de mercado y por qué resulta de capital importancia sancionar su abuso. Sin embargo, la preocupación del legislador no se limita a sancionar las prácticas de los operadores económicos que mermen la eficiencia económica haciendo un uso indebido del poder de mercado, sino que también busca prevenir que los operadores económicos lleguen a tener la capacidad de actuar de manera independiente de sus competidores.

Las empresas que participan en un mercado competitivo buscan capturar la clientela de sus competidores. Para hacerlo, cada empresa utiliza formas como son la publicidad, la promoción al momento de venta, los canales de distribución, etc. (Velandia, 2011). Una de las formas mediante las cuales un agente económico puede aumentar su poder de mercado es a través de las operaciones de concentración económica. De manera referencial, según la Ley Federal de Defensa de la Competencia mexicana, se entiende por concentración a “la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realicen entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos” (Velandia, 2011, p. 223).

Las operaciones de concentración supone la reunión permanente de diversas empresas de una industria en un único centro de control y gestión. Ese reagrupamiento afecta a un mercado determinado y que genera en él una serie de efectos (Velandia, 2011). Por ese motivo, nuestra normativa norma pormenorizadamente el proceso a seguir en el caso de que dos o más operadores económicos deseen llevar a cabo un acto de esa naturaleza, si se cumplen algunos requisitos.

Una de las características del mercado de competencia perfecta, en el que el excedente social alcanza su nivel máximo, es la existencia de un número grande de oferentes y de productores. La razón por la que se busca regular las operaciones de concentración económica es porque ponen en riesgo al excedente social, dado que un

agente capaz de fijar los precios y cantidades de mercado puede escoger la combinación que le resulte más conveniente, incluso si no es la más conveniente para el mercado.

Las concentraciones pueden ser horizontales, verticales y conglomeradas. Las primeras aluden a aquellas que operan entre empresas que fabrican o venden productos idénticos en una misma área geográfica. Las verticales involucran a agentes ubicadas en la misma cadena de oferta, pero en distintos eslabones. Las concentraciones conglomeradas ocurren entre empresas ubicadas en diferentes líneas de negocio (Depolo, 2008).

El poder de mercado no es en sí mismo ilícito. Según el artículo 7 de la ley, “La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general”. Además, las concentraciones económicas pueden producir efectos favorables para el mercado. Como dice Depolo,

El fenómeno de la concentración representa un factor de gran importancia en la economía, tanto por sus efectos beneficiosos como por sus eventuales perjuicios. Defendida por unos y denostada por otros, la concentración entre empresas constituye un auténtico nudo gordiano, en el que confluyen aspectos económicos, políticos y jurídicos de amplia repercusión social (Depolo, 2008, p. 209).

A continuación se analizará los fundamentos económicos de los requisitos previstos en la ley para determinar la conveniencia de que se lleve a cabo una operación de concentración, incluyendo el análisis del volumen de negocios, estudiaremos las clases de operaciones de concentración económica y sus exenciones, y se revisará cuáles son los parámetros que debe tomar en cuenta la autoridad de la competencia para determinar si debe autorizar una operación de concentración.

No se hará referencia a los aspectos de las concentraciones que no guardan relación alguna con sus fundamentos económicos como, por ejemplo, lo atinente a la autorización de una operación de concentración por silencio administrativo.

1. Clases de operaciones de concentración económica

El artículo 14 de la ley entiende por concentración económica “al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos”. Contempla cinco casos en los que eso puede suceder, que trataremos a continuación.

1.1. Fusión

No hay duda de que el caso más claro de concentración son las fusiones, es decir, el proceso por el cual dos o más empresas unen sus estructuras, surgiendo, como resultado de dicha unión, una única empresa (Fernández-Lagarda, 1994). De acuerdo con REYES VILLAMIZAR, “la fusión es una de las modificaciones más trascendentales que los socios o accionistas pueden proponer” (Reyes, 1998, p. 245). Está estructurada jurídicamente “como un complejo proceso de actos, decisiones y formalidades cuidadosamente determinadas en la ley” (Reyes, 1998, p. 246). Como consecuencia de la fusión, una sociedad se extingue y transmite la totalidad de su patrimonio a otra sociedad preexistente o de nueva creación (Reyes, 1998).

Los efectos de una fusión en materia de concentración económica son manifiestos. Por definición, implica que varias estructuras societarias se unen para formar una sola sociedad (Cabanellas, 2005). Sus efectos fundamentales son, según Reyes, traspasar el patrimonio en bloque de la sociedad absorbida, extinguir a las sociedades fusionadas y trasladar los accionistas de la sociedad fusionada a la fusionante (Reyes, 1998).

La fusión admite dos modalidades: por absorción o por creación. En la primera, “una o más sociedades se extinguen para transferir en bloque sus patrimonios a una sociedad ya existente que subsiste como persona jurídica” (Reyes, 1998, p. 247). En cambio, en la otra, dos o más compañías se extinguen, con el propósito de crear una nueva entidad que recibe el patrimonio de las compañías fusionadas.

1.2. La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante.

Como explica Reyes (1998), esta operación se relaciona estrechamente con la fusión. Mediante ella, una sociedad logra adquirir el patrimonio íntegro de otra, sin que por ese sólo hecho se genere la extinción de la compañía enajenante.

Para Zunino (2002), se debe verificar tres condiciones para que se dé una transferencia del fondo de comercio: que los elementos cedidos impliquen para el cedente la imposibilidad de continuar con el giro o en la posesión de la clientela en la misma forma que lo hacía habitualmente; que el adquirente quede en condiciones de proseguir el giro; y que el cedente abandone la funcionalidad del negocio en manos de otra persona que en virtud de ello quede en condiciones de continuarla.

1.3. Adquisición de acciones

Otra de las operaciones de concentración consiste en la adquisición de títulos que den derecho a tener influencia en las decisiones de la persona que los emite, si tal adquisición otorga al adquirente control de o influencia sustancial de la misma. El caso paradigmático es la adquisición de la totalidad de las acciones de una sociedad anónima. El texto de esta norma es idéntico al inciso c) del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia de la Argentina (Cabanellas, 2005).

Una de las consecuencias necesarias de este tipo de acto de concentración será la unificación del control de las empresas que forman parte de él (Cabanellas, 2005). Sin embargo, no toda adquisición de acciones o participaciones implicará una toma de control, sino que se requerirá que la adquisición exceda un determinado porcentaje (generalmente el 50%) y que los títulos que se adquiera den derecho a voto.

1.4. Vinculación mediante administración común

Otro de los tipos de concentración ocurre cuando dos o más operadores económicos se vinculan a través de una administración común. Es claro que la participación de una misma persona en diversos órganos de administración de sociedades que compiten entre sí será un medio particularmente idóneo para evitar toda competencia entre ellas (Cabanellas, 2005).

Para Cabanellas (2005), empero, no puede desconocerse que este tipo de vinculación es superficial y no asegura en modo alguno que las empresas cuyas decisiones quedan vinculadas seguirán cursos de acción paralelos.

1.5. Otros actos de concentración

Finalmente, la ley considera que una operación de concentración es también cualquier acto que transfiera de forma fáctica o jurídica el control o los activos de un competidor, al igual que lo hace el literal d) del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia argentina (Cabanellas, 2005).

Puede concebirse varios casos en los que se podría transferir los activos o el control de un competidor a otro, que no se encuadren en los casos tratados antes. Cabanellas, refiriéndose a la legislación argentina, reconoce los siguientes:

- Sociedades holding: suponen utilizar una determinada sociedad comercial para controlar otras empresas a través de la tenencia de acciones u otras participaciones de capital en manos de la sociedad.
- Participaciones recíprocas: ocurre cuando una sociedad A es propietaria de las acciones de la sociedad B y ésta es propietaria de las acciones de aquélla.
- Constitución de una empresa en común que tenga como resultado una concentración económica: dos operadores podrían constituir una nueva compañía a la que podrían transferirle la mayor parte de sus activos, a efectos de que esta nueva compañía tenga los medios suficientes como para ostentar una posición de dominio en el mercado relevante (Fernández-Lagarda, 1994).

2. Obligación de notificación

Si los operadores económicos quisieran llevar a cabo una operación de concentración, sería necesario notificar a la autoridad de competencia en dos casos, a efectos de que ésta pueda analizar sus consecuencias y determinar si se la debe aprobar o no.

El primer supuesto es que el volumen de negocios total de los partícipes supere el monto que fije la Junta de Regulación. El segundo es que como consecuencia de la concentración se adquiriera una cuota igual o superior al 30% del mercado relevante respectivo.

Se debe tomar en cuenta el volumen de negocios del operador involucrado en la concentración y el de los operadores económicos del que el primero tenga algún tipo de control. Se entiende que existe tal tipo de control cuando el operador dispone de más de la mitad del capital suscrito y pagado, de más de la mitad de los derechos a voto, del poder de designar a más de la mitad de los miembros de los órganos de administración o del derecho a dirigir las actividades de dicha empresa u operador económico. El reglamento establece también algunos parámetros que se debe tomar en consideración.⁵⁶

3. Exenciones

⁵⁶ Según el artículo 5 del reglamento, “Se entiende por volumen de negocios total de uno o varios operadores económicos, la cuantía resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por los mismos, durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio”. Contiene disposiciones especiales para el cálculo de volumen de negocios de entidades financieras y de aseguradoras y reaseguradoras.

No se requiere de autorización previa para llevar a cabo una operación de concentración en dos hipótesis. La primera es cuando se adquiere títulos sin derecho a voto.⁵⁷ La segunda es cuando se adquiere un operador económico liquidado o que no haya registrado actividad en el país en los últimos tres años.

La primera exención resulta sencilla de entender. Si hemos definido que la concentración económica ocurre cuando un operador económico adquiere o aumenta su control sobre los activos o la dirección de otro operador, se entiende que el adquirir acciones sin derecho a voto no verifica ese supuesto.

La segunda exención presenta mayores dificultades. Un competidor que se ha mantenido inactivo por tres o más años difícilmente tendrá cuota alguna de mercado, ya que es altamente improbable que le sea posible mantener clientela si es que no ejerce actividad alguna durante un período tan largo. Sin embargo, ese período no parece ser un obstáculo insalvable para los operadores económicos que tengan en mente una operación de concentración que rendirá sus réditos en el largo plazo.

Por ejemplo, si dos de los mayores competidores de una determinada industria buscaran concentrarse sin dejar de ejercer actividades, bien podría uno de ellos escindirse, transfiriendo gran parte de sus activos a la compañía escindida. Luego, pasados tres años, la sociedad resultante de la escisión podría ser adquirida por el competidor con el que se quiso llevar a cabo la operación de concentración en primer lugar. Así, se verificaría la exención que menciona la ley, la operación de concentración no estaría sujeta a control y el mercado relevante respectivo estaría en serio riesgo. A pesar de que ésa sería una hipótesis de fraude a la ley, lo que no nos corresponde examinar aquí, sí deja traslucir que el período de tres años al que se refiere la norma y el no hacer distinción alguna con respecto al modo de concentración sí genera dudas sobre la conveniencia de haber planteado esa exención.

4. Alternativas de decisión de la autoridad

⁵⁷ El reglamento, en su artículo 13, introduce otros tres supuestos en los que la tenencia de acciones con derecho a voto no se considera una operación de concentración: i) la tenencia con carácter temporal de acciones por parte de entidades cuya actividad normal incluya la transacción y negociación de títulos y siempre que dicha realización se produzca en el plazo de un año desde la fecha de la adquisición; ii) cuando el control lo adquiriera una persona en virtud de un mandato conferido por la autoridad pública con arreglo a la normativa relativa a la liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otros procedimientos análogos; y, iii) cuando el control lo adquiriera una persona en virtud de la aplicación de procedimientos de incautación u otros de carácter administrativo.

Luego de analizada la operación de concentración, en los casos en los que le corresponde hacerlo, la autoridad de competencia puede autorizar la operación incondicionalmente, subordinarla a ciertas condiciones o denegarla.

En México, la autoridad de competencia puede condicionar la autorización a la obligación de observar ciertas conductas, como vender a terceros partes o cuotas accionarias de la empresa que resulte de la concentración, eliminar una o más líneas de productos, realizar actos que fomenten la competencia, etc. (Pérez, 1998).⁵⁸

5. Criterios de decisión

Al determinar si una concentración debe ser aprobada, la autoridad de la competencia debe tomar en consideración una serie de parámetros. La mayoría de ellos guarda relación con los efectos de la concentración sobre la competencia. Al revisarlos, haremos mención a lo que disponen los ordenamientos de distintos países, con el fin de determinar cuán similar es el régimen ecuatoriano en la materia con respecto a los demás.

Velandia sostiene que el objetivo del procedimiento de autorización de una concentración es “observar cómo quedarán las estructuras de mercado después de la operación, pretendiendo que quede libre de patologías que puedan afectar la libertad de entrada de las empresas al mercado y la libertad de escogencia de los consumidores que, como se ha insistido en este libro, es el bien tutelado que debe salvaguardarse” (Velandia, 2011, p. 249).

5.1. Situación de la competencia en el mercado relevante

El primer criterio con base en el cual se debe decidir si aprobar o no una operación de concentración es la situación de la competencia en el mercado relevante. La situación de competencia en el mercado relevante abarca a virtualmente todos los parámetros que se debería tomar en consideración para efectos de determinar la conveniencia de que se dé una operación de este tipo.

Sin embargo, cabe acotar que no se refiere a los efectos de la operación de concentración, que pueden ser tanto positivos o negativos, sino a cómo se encuentra el mercado previo a que tal operación se dé.

⁵⁸ El autor se refiere a la autorización de las fusiones, pero estimamos que sus criterios también resultan aplicables a los demás modos de concentración.

La situación de competencia del mercado relevante involucraría analizar, entre otros aspectos, el número y el grado de poder de mercado del operador y sus competidores, la existencia de bienes sustitutos, las barreras de entrada existentes, etc.

5.2. Grado de poder económico del operador y de sus competidores

Lo atinente al grado de poder económico de los partícipes del mercado relevante, que es el segundo parámetro a tomar en consideración, se subsume dentro del primero, analizado líneas atrás.

Como explica Pérez, la Comisión Federal de Competencia mexicana, al igual que las autoridades de competencia norteamericanas, se basan en el índice HHI a efectos de determinar el grado de concentración del mercado y la conveniencia de autorizar una operación de concentración. (Pérez, 1998).

5.3. Necesidad de mantener la libre competencia de los operadores económicos

Que la necesidad de mantener la libre competencia de los operadores sea un parámetro a tomar en consideración implica que, según la ley, hay hipótesis en las que es preferible que no sea así. En materia económica, no nos explicamos en qué casos podría ser más conveniente para el excedente social el que exista un número menor de competidores, manteniendo todo lo demás constante. Cuestión distinta es que no sea posible tener un alto número de competidores, como ocurre en aquellas industrias que tienen altos costos hundidos de entrada, o aquellas en las que los competidores tienen dada una cierta protección legal, pero que, en principio, y con esas salvedades, convenga no tener competencia parece no tener fundamento económico alguno.

5.4. Adquisición o aumento del poder de mercado

El cuarto parámetro en el que debe basarse la autoridad de competencia para emitir su decisión, según el numeral 4 del artículo 22 de la ley, es “la circunstancia de si a partir de la concentración, se generare o fortaleciere el poder de mercado o se produjere una sensible disminución, distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre competencia de los operadores económicos y/o la competencia”.

Una operación de concentración, para ser tal, debe aumentar el poder de mercado de al menos uno de sus partícipes. No se requiere abundar en explicaciones del porqué es

un sinsentido que el que un agente aumente su poder de mercado sea un criterio de decisión para determinar si debe autorizarse a dicho agente aumentar su poder de mercado.

Las operaciones de concentración inevitablemente supondrán una reducción a la concurrencia del mercado relevante en cuestión. Sin embargo, la afectación del mercado no siempre será la misma. Los consumidores, según explicaremos, podrían verse beneficiados como consecuencia de las sinergias resultantes de la operación de concentración. Siendo así, es acertado que uno de los parámetros sea determinar cuán grande pueda ser la afectación de la concentración a los consumidores.

5.5. Contribuciones de la concentración

La ley no prohíbe sin más todas las operaciones de concentración. Si no las prohíbe *in limine* cuando cumplen con los requisitos que enunciamos es porque nuestro legislador estimó –y en efecto sucede- que las operaciones de concentración económica pueden tener efectos positivos en el mercado.

Se estima que las bondades que pueden tener las concentraciones económicas consisten en un aumento del excedente social. El aumento del excedente social puede darse principalmente por un desplazamiento de la oferta del mercado relevante, derivado, por ejemplo, de la disminución de los costos de producción o del incremento tecnológico. Los desplazamientos de la oferta aumentan el excedente del consumidor y el excedente del productor, bajo el supuesto de que la pendiente de la curva de la demanda sea negativa y que la pendiente de la curva de oferta sea positiva. Por lo tanto, tales desplazamientos suponen una mayor eficiencia económica.

Además, las operaciones de concentración pueden dar lugar a la creación de nuevos productos o servicios que no se podría dar en ausencia de la operación de concentración. Manteniendo todo lo demás constante, la creación de un nuevo producto o de un nuevo servicio, bajo el supuesto de que tenga demanda alguna, mejorará tanto el bienestar de consumidores y de productores.

A continuación se expondrá y se analizará las seis clases de contribuciones que pueden tener las operaciones de concentración, de acuerdo con el criterio del legislador. Su texto es muy similar al del artículo 19-A de la Ley 29 de 01 de febrero de 1996 de Panamá (Pérez, 2000). Cinco de ellas se refieren a mejoras en la eficiencia económica,

por distintos aspectos, y una que se refiere a la consecución de objetivos de carácter social, que resultan, en principio, irrelevantes para efectos económicos.

5.5.1. Mejora de los sistemas de producción o comercialización

La mejora en los sistemas de producción y comercialización beneficia a consumidores y a productores. Beneficia a los productores, ya que reduce sus costos de producción, permitiéndoles usar sus recursos de manera más eficiente. También beneficia a los consumidores, ya que les permitirá tener una mayor facilidad para acceder al producto del mercado relevante y a un menor costo. No resulta complejo imaginar casos en los que una operación de concentración podría mejorar los sistemas de comercialización y producción del bien del mercado relevante, lo que sucedería al aprovechar las sinergias resultantes de la concentración.

5.5.2. Fomento del avance tecnológico o económico

Las concentraciones económicas pueden fomentar el avance tecnológico. La utilización conjunta de sus recursos puede permitir desarrollar la tecnología de un modo que no les resultaría posible por su propia cuenta.

La ley establece que una de las contribuciones que pueden tener las operaciones de concentración y que se debe tomar en cuenta se relaciona con el fomento del avance tecnológico y económico. Por las razones que acabamos de explicar, consideramos adecuado que nuestro legislador así lo haya consagrado.

5.5.3. Competitividad de la industria nacional

Se debe analizar también los efectos en la competitividad de la industria nacional en el mercado internacional como consecuencia de la concentración, “siempre y cuando no tenga una afectación significativa al bienestar económico de los consumidores nacionales”.

Este criterio que la autoridad de competencia debe tomar en consideración nos plantea dos dudas. La primera es en qué casos una mejora en la competitividad de la industria nacional podría perjudicar a los consumidores. La segunda es en qué se diferencia la “afectación significativa al bienestar de los consumidores” del parámetro que analizaremos a continuación.

5.5.4. Bienestar de los consumidores nacionales

Según quedó anotado, la contribución de las operaciones de concentración se reduce a aumentar la eficiencia económica. Las mejoras en la eficiencia económica pueden traducirse en una mejora del excedente del consumidor o en una mejora del excedente del productor.

Aumentar el bienestar de los consumidores debería ser, sin duda, una contribución a tomar en cuenta al momento de aprobar una operación de concentración. Empero, se cometería un error si no se autorizara una operación por el solo hecho de no mejorar el excedente de los consumidores. Si bien el aumento del bienestar de los consumidores debería ser una de las contribuciones que se tome en cuenta al determinar la conveniencia de aprobar una operación de concentración, su ausencia no puede ser razón suficiente para denegar tal operación, ya que el excedente social puede aumentar incluso si el excedente del consumidor no lo hace.

5.5.5. Compensación de los efectos restrictivos sobre la competencia

Las operaciones de concentración suponen una restricción en la competencia, dado que implican reducir el número de competidores. Un mercado en el que se lleve a cabo una concentración se asemejará más a un monopolio como consecuencia de ella. Mientras menor sea el número de competidores, en mayor riesgo estará el excedente de los consumidores y el de los oferentes no involucrados en la operación de concentración.

Las compensaciones a los efectos restrictivos de la competencia no se refieren sino a las mejoras en la eficiencia económica, en nuestro criterio. Es decir, a pesar de que una operación de concentración implique una disminución de la competencia, puede darse el caso que sus efectos positivos sean superiores a los efectos negativos derivados de tal disminución.

5.5.6. Diversificación del capital social y la participación de los trabajadores

Según el artículo 21 del reglamento, la autoridad de control debe ponderar, en todos los casos, el grado de participación de los trabajadores en el capital social. Incluso, según dispone esa norma, la autoridad podrá condicionar la operación a la venta

preferencial de un porcentaje, a ser determinado, del capital accionario a los trabajadores.

Las normas que mencionamos carecen de asidero económico. Poco importa quién sea el dueño del capital. Lo que interesa es qué uso se le dé y cuán eficiente sea. Por tanto, este parámetro denota que la intención del legislador fue que la autoridad de competencia tome en consideración aspectos de carácter social que, si bien pueden ser loables, no guardan relación alguna con aquello que debe interesar al Derecho de la competencia, a saber, las mejoras al excedente social.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Al iniciar este trabajo se planteó la hipótesis de que las instituciones de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ayudan a resguardar la eficiencia económica de los mercados ecuatorianos. Se concluye que la hipótesis es parcialmente correcta. En efecto, muchas de las figuras creadas por la ley resultan eficaces para prevenir y sancionar las conductas que ponen en riesgo la eficiencia económica de los mercados.

La ley está estructurada adecuadamente y norma todos los aspectos que resultaría necesario normar para velar por la competencia económica. Sin embargo, existen ciertas instituciones abiertamente contrarias a la eficiencia económica, como la imposición de restricciones a la competencia, y otras que parecerían concernir más a otras áreas del ordenamiento, como ocurre con las ayudas estatales.

Muchas conductas de abuso de posición de dominio pueden no afectar a la eficiencia económica. Requieren de un análisis casuístico a efectos de determinar si son ilícitas o no. Algunas conductas están previstas en más de un supuesto. Algunas de las conductas tipificadas como abusos de posición de dominio pecan por ser excesivamente ambiguas.

Los acuerdos restrictivos persiguen una finalidad distinta que las prácticas desleales, ya que éstas buscan resguardar la buena fe en las relaciones entre los comerciantes entre sí y con sus clientes. Por ese motivo se cuestiona que se incluya esa normativa en la ley que norma a los abusos de posición de dominio y las prácticas restrictivas, ya que están informados por principios y se rigen por objetivos distintos.

El régimen de las concentraciones económicas está muy bien logrado, en términos generales, ya que sí tipifica los principales tipos de concentración y sí toma en consideración los parámetros que debería al momento de determinar qué concentraciones económicas deben ser autorizadas

Las recomendaciones que se plantea son las siguientes: sería preferible que las prácticas desleales sean tratadas en un cuerpo normativo separado, como sucede en

España, o que, al menos, su tratamiento esté claramente diferenciado del que se da a las conductas anticompetitivas. Convendría más dotar a dicha institución de una normativa independiente, que evite confusiones sobre cuál es su naturaleza o su finalidad.

No tiene asidero económico alguno que la ley contemple hipótesis en las que se puede restringir la competencia. Debería depurarse la normativa, de modo que las conductas tipificadas no se repitan y que los tipos sean no sean ambiguos. También debería normarse en un cuerpo normativo aparte la sección correspondiente al abuso de posición de dominio en relación de dependencia económica.

Las sanciones que se impone a las prácticas desleales son notoriamente desproporcionadas. Dado que el Derecho de la competencia debe velar por la eficiencia económica, consideramos que la diversificación del capital a los trabajadores no debería ser un parámetro a tomar en consideración al momento de aprobar una operación de concentración económica. También se tiene reparos sobre la regla de *minimis*, por las razones que ya expresadas.

Será necesario que la autoridad de competencia analice, caso por caso, las consecuencias en el excedente social de las conductas investigadas, previo a imponer sanción alguna. Se debe tomar en cuenta que el Derecho de la competencia parte del supuesto de que el mecanismo de mercado es, en principio, el método más eficiente de distribución de los recursos escasos y que la finalidad de esta rama es, simple y llanamente, corregir, entre otros, el abuso de poder de mercado, que no es sino un fallo de mercado. La autoridad de competencia debe tomar en cuenta que la intervención estatal sobre este respecto debe reducirse a prevenir, sancionar y corregir ciertas ineficiencias provocadas por los operadores del mercado.

Partiendo de la premisa que el Derecho de la competencia busca proteger, en primer lugar, al excedente social, como vimos anteriormente, debemos reiterar que la protección que se busca dar a los consumidores no es una finalidad en sí misma. Por lo tanto, nuestra recomendación es que la autoridad de la competencia tome en cuenta que el perjuicio a los consumidores no es un síntoma inequívoco de una conducta anticompetitiva, así como su beneficio no implica necesariamente una mejora en la eficiencia económica.

Bibliografía

1. Abanto Vásquez, M. (1997). *El Derecho de la libre competencia*. Perú: San Marcos.
2. Abbott, A. y Wright, J. (2008). Antitrust Analysis of Tying Arrangements and Exclusive Dealing. *George Mason Law & Economics Research Paper No. 08-37. Antitrust Law and Economics*. Editor: Keith N. Hylton. Recuperado el 19 de junio de 2012 desde <http://ssrn.com/abstract=1145529>.
3. Anastasios A. (s.f.). The Essential Facilities Doctrine Before The European Community Courts: Ostracised or Expanded? Recuperado en mayo de 2011 de: <http://www.antoniou.com.cy/wpcontent/uploads/EssentialFacilitiesBeforeECCourts.pdf>.
4. Baker, J. (2007). Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation. *American Antitrust Working Paper No. 07-04*. Recuperado el 10 de junio de 2012 de <http://ssrn.com/abstract=1103623>.
5. Bullard, A. (2006). *Derecho y economía*. Lima: Palestra.
6. Bullard, A. (2010). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra.
7. Cabanellas de las Cuevas, G. (2005). *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Buenos Aires: Heliasta.
8. Calkins, S. Competition Law in the United States. (2007). *Wayne State University Law School Research Paper No. 07-14. Competition Law Today: Concepts, Issues and the Law in Practice*. Vinod Dhall, Oxford University Press. Recuperado el 30 de mayo de 2012 de <http://ssrn.com/abstract=978787>.
9. Economides, N. (2003). The Microsoft Antitrust Case. *Stern School of Business. New York University*. Recuperado el 19 de junio de 2012 de http://www.stern.nyu.edu/networks/homeworks/Microsoft_Case.pdf.
10. Elzinga, K. y Mills, D. (2009). The Economics of Resale Price Maintenance. *Issues in Competition Law and Policy*. Elzinga, K y Mills, D., editores. *ABA Section of Antitrust Law*. Recuperado el 24 de junio de 2012 de <http://ssrn.com/abstract=926072>.
11. Essential Facilities in The European Union: Bronner and Beyond. (s.f.) Recuperado en mayo de 2012 de: <http://www.jonesday.com/files/Publication/e2d79ea9-8440-49e6-a879>

[c834f4b0b557/Presentation/PublicationAttachment/9cf89b02-295b-43cf-8a003cbea13a85bf/Article%20essential%20facilities.pdf](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=827465).

12. Evans, D. (2005). Economics and the Design of Competition Law. *University of Chicago Law School*. Recuperado en mayo de 2011 de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=827465.
13. Faella, G. (2007). The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates. *Universidad Luiss Guido Carli*. Recuperado el 25 de junio de 2012 de <http://ssrn.com/abstract=1079504>.
14. Fernández-Lerga Garralda, C. (1994). *Derecho de la competencia*. Comunidad Europea y España. Navarra: Arazandi.
15. Flint Blank, P. (2002). *Tratado de defensa de la libre competencia. Estudio exegético del D.L. 701*. Lima: Fondo Editorial 2002.
16. Depolo Rasmilic, R. Control de operaciones de concentración y Derecho de la competencia. Velilla, M. (2008). *Derecho de la competencia*. (pp. 203-233). Bogotá: El Navegante.
17. García Pérez, R. (2008). *Ley de Competencia Desleal*. España: Thomson-Arazandi. España.
18. Geradin, D. y O' Donoghue, R. (2005). The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector. *GCLC Working Paper No. 04/05*. Recuperado el 22 de junio de 2012 de <http://ssrn.com/abstract=671804>.
19. Geradin, D y Petit, N. (2005). Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a case-by-case Approach. *The Global Competition Law Centre Working Paper Series. GCLC Working Paper 07/05*. Recuperado el 13 de junio de 2012 de <http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2007-05.pdf>.
20. Gómez Leyva, Delio. Las prácticas restrictivas de la competencia. Acuerdos y prácticas concertadas. Velilla, M. (1988). *Derecho de la competencia*. (pp. 129-177). Bogotá: El Navegante.
21. Hernández Rodríguez, F. (1997). *Precio predatorio y derecho antitrust*. Madrid: Marcial Pons.
22. Hilty, R. (2011). Individual, Multiple and Collective Ownership - What Impact on Competition?. *Individualism and Collectivization in Intellectual Property Law*. (pp. 3-44). Instituto Max Planck para la Propiedad Intelectual y el

- Derecho de la Competencia. Recuperado el 25 de junio de 2012 de <http://ssrn.com/abstract=1774802>.
23. Jiménez Latorre, F. y Cañizares Pacheco, E. (2005). *Dificultades para la definición del mercado relevante*. Documento preparado reparado para el Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino. Recuperado el 6 de mayo de 2012 de: <http://www.uv.es/~frequena/estructura/NERA.pdf>.
 24. Katz, M, Harvey, R. y Morgan, W. (2007). *Microeconomía intermedia*. Madrid: Mc Graw Hill.
 25. Kobayashi, B. (2005). The Economics of Loyalty Discounts and Antitrust Law in the United States. *Competition Policy International*, Vol. 1, No. 115, Otoño de 2005; George Mason Law & Economics Research Paper No. 05-26. Recuperado el 25 de junio de 2012 en: <http://ssrn.com/abstract=794944>.
 26. Lao, M. (2009). Networks, Access, and 'Essential Facilities': From Terminal Railroad to Microsoft. *Southern Methodist University Law Review*, Vol. 62, 2009. Recuperado el 25 de junio de 2012 de <http://ssrn.com/abstract=1365934>.
 27. Mochón, F. (2001). *Principios de economía*. Madrid: Mc Graw Hill.
 28. Murphy, K. y Klein. B. (2008). Exclusive Dealing Intensifies Competition for Distribution. *Antitrust Law Journal*, Vol. 75, No. 2, 2008. Recuperado el 25 de junio de 2012 de: <http://ssrn.com/abstract=1656635>.
 29. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos. (2005). Barriers to Entry. OECD Competiton Commitee. Recuperado el 18 de junio de 2012 de <http://www.oecd.org/dataoecd/43/49/36344429.pdf>.
 30. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2007). Refusals to Deal. Recuperado el 20 de junio de 2012 de: <http://www.oecd.org/dataoecd/44/35/43644518.pdf>.
 31. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (1996). The Essential Facilities Concept. Recuperado en mayo de 2011 de <http://www.oecd.org/dataoecd/34/20/1920021.pdf>.
 32. Otamendi Rodríguez-Bethencourt, J. (1994). *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Navarra: Arazandi.
 33. Paredes Moreno, G. (2007) El control de concentraciones económicas en Panamá. *Jornadas Internacionales de Derecho Sobre la Libre Competencia y*

- Sectores Especiales*. (pp. 345-355). Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo.
34. Parkin, M. y Esquivel, G. (2001). *Microeconomía. Versión para Latinoamérica*. México: Pearson.
35. Pérez Miranda, R. (2000) El control de las fusiones y la represión a las prácticas monopólicas en el Derecho mexicano. *Derecho de la competencia. Temas de Derecho industrial y de la competencia*. (pp. 127-182). Julio-diciembre de 1999. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
36. Pepall, L., Richards, D. y Norman, G. (2006). *Organización industrial*. México: Thomson.
37. Petit, N. (2005). *The Global Competition Law Centre Working Paper Series. GCLC Working Paper 07/05*. Recuperado el 13 de junio de 2012 de: <http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2007-05.pdf>.
38. Rengifo García, E. (2002). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
39. Reyes Villamizar, F. (1998). Grupos de sociedades, subordinadas, fusiones, concentraciones, compra de activos. Velilla, M. *Derecho de la competencia*. Bogotá: El Navegante.
40. Rhoades, S. (1993). The Herfindahl-Hirschman Index. (pp. 188-189). Recuperado el 6 de mayo de 2012 de: http://fraser.stlouisfed.org/docs/publications/FRB/pages/1990-1994/33101_1990-1994.pdf.
41. Ross, S. (s/f). *Principles of Antitrust Law*. (s.l., s.e.): University Textbook Series.
42. Salvatore, D. (1999) *Economía internacional*. México: Pearson.
43. Samuelson, P. y Nordhaus, W. (2002). *Economía*. Madrid: Mc Graw Hill.
44. Schiller, B. (2002). *Principios esenciales de economía*. Madrid: Mc Graw Hill.
45. Temple Lang, J, (2009). Article 82 EC - The Problems and the Solution. *FEEM Working Paper No. 65.2009*. Recuperado el 18 de junio de 2012 de: <http://ssrn.com/abstract=1467747>.
46. The New Competition Authority And Competition Law Regime. Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP. Recuperado el 1 de junio de 2012 de: <http://www.cgsh.com/files/News/dc09bfac-a979-44fb-a8cb4c5bc0183032/Presentation/NewsAttachment/ca1ea536-105a-48f1-b3fe->

[53badfe4fe0f/CGSH%20Alert%20-%20New%20French%20Competition%20Authority.pdf](#)

47. Tucker, I. (2002). *Fundamentos de economía*. México: Thomson Learning.
48. Van Damme, E., Larouche, P., y Muller, W. (2006). Abuse of a Dominant Position: Cases and Experiments. *TILEC Discussion Paper No. 2006-020*. Recuperado el 18 de junio de 2012 de: <http://ssrn.com/abstract=925626>.
49. Velandia, M. (2011). *Derecho de la competencia y del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
50. Villagómez Rodil, A. (2006). *Competencia desleal*. Granada: Comares.
51. West, J. (2005). Intellectual Property Rights and Competition Policy with a Focus on Biotechnology. *OECD, Best Practice Roundtables in Competition Policy Working Paper No. 50*. Recuperado el 25 de junio de 2012 de: <http://ssrn.com/abstract=681195>.
52. Witker, J. (2003). *Derecho a la competencia económica en el TLCAN*. México: Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México.
53. Wright, J. (2009). An Evidence-Based Approach to Exclusive Dealing and Loyalty Discounts. *Global Competition Policy, No. 1. George Mason Law & Economics Research Paper No. 09-32*. Recuperado el 25 de junio de 2012 de: <http://ssrn.com/abstract=1434406>.
54. Zunino, J. (2002). *Fondo de comercio* Buenos Aires: s/e.