

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL
ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DE LA
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS

Análisis Comparado de las Prácticas Mercantiles
Anticompetitivas

Estados Unidos - Unión Europea - Argentina – Ecuador

DAVID EDUARDO ACOSTA VARGAS

DIRECTOR: DR. IRVING ZAPATER

QUITO, MAYO 2013

DEDICATORIA

El presente trabajo está dedicado a todos los miembros de mi familia, mis amigos, mis buenos maestros y mis libros, quienes de una u otra manera, me han demostrado la importancia de buscar mi propio camino para llegar a ser un hombre verdaderamente libre y de buenas costumbres.

AGRADECIMIENTOS

Un especial agradecimiento a mis padres y hermanos, sé que puedo contar con su apoyo, confianza, paciencia y enseñanzas para muchos retos más.

“ABSTRACT”

El objetivo principal del presente trabajo es demostrar que los lineamientos básicos para entender en qué consisten o cómo deben ser tratadas las prácticas mercantiles anticompetitivas, establecidas actualmente en la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, pueden ser encontrados en el Derecho Comparado.

Siendo el Derecho de la Competencia el campo jurídico al que le corresponde el estudio de las prácticas mercantiles anticompetitivas, y al ser éste relativamente nuevo en el Derecho, gran parte de su contenido todavía se encuentra en discusión. Por este motivo, la investigación parte de una propuesta estructural básica de su contenido, en donde a partir del análisis de su denominación, se establecen los conceptos fundamentales para dar paso al estudio en Derecho Comparado de las prácticas mercantiles anticompetitivas.

Utilizando una clasificación propia, se dividen a las mencionadas prácticas en: acuerdos horizontales, acuerdos verticales, abuso de posición de dominio y concentraciones. El estudio se centra en la conceptualización de cada una de ellas y el trato que se les otorga en: Estados Unidos, la Unión Europea, Argentina y Ecuador.

Mediante el estudio de la jurisprudencia de Estados Unidos y los documentos expedidos por sus órganos competentes, podemos observar cómo la severidad en el juzgamiento de las prácticas mercantiles puede variar según su naturaleza. Las interpretaciones estadounidenses han sentado precedentes que serán acogidos a nivel mundial y son considerados incluso por la Unión Europea, pese a la diferencia de sus sistemas jurídicos.

Por su parte, la Unión Europea se presenta como el referente en materia del Derecho de la Competencia para las legislaciones basadas en el sistema romano-germánico, hecho que se ratifica al comparar sus instituciones y normativa con las de Argentina y Ecuador.

En el caso de Argentina, tiene una especial relevancia la necesidad de una afectación al ‘interés económico general’ para sancionar cualquier práctica mercantil. En la investigación se determina que, al igual que en el Ecuador, esta afectación implica que una conducta debe ser sancionada cuando ésta afecte a la competencia, teniendo en

cuenta que su protección tiene como objetivo la eficiencia económica en aras del bienestar general.

Entre otras conclusiones, es especialmente relevante el señalamiento del riesgo existente en el Ecuador de una interpretación errónea de la Ley de Regulación, por falta de una redacción precisa de sus mandatos y la inexistencia de legislación complementaria suficiente para interpretarlos. Ante esta realidad, y como lo demuestra el desarrollo del presente trabajo, el apoyo en el Derecho Comparado resulta ineludible.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTOS	v
“ABSTRACT”	vii
Introducción	1
Capítulo I	5
Marco Teórico	5
1.1.- El Derecho de la Competencia.....	5
1.1.1.- Definición	6
1.1.2.- Objetivos.....	8
1.1.2.1.- Objetivo Principal	8
1.1.2.2.- Objetivos Secundarios	15
1.1.3.- Instituciones del Derecho de la Competencia	18
1.1.3.2.- Mercado relevante.....	18
1.1.3.3.- Poder de mercado y posición dominante	20
1.1.3.4.- Regla per se y regla de la razón	22
1.2.-Prácticas Mercantiles Anticompetitivas	23
Capítulo II	26
Acuerdos Horizontales Anticompetitivos	26
2.1.- Aspectos Generales de los Acuerdos Horizontales Anticompetitivos	26
2.2.- Análisis de los principales tipos de Acuerdos Horizontales Anticompetitivos.....	32
2.2.1.- Fijación de precios	32
2.2.2.-La Licitación Colusoria.....	36
2.2.3.- El reparto de mercados	40

2.2.4.- La limitación de la producción.....	44
2.2.5.-El boicot	46
Capítulo III	50
Acuerdos Verticales Anticompetitivos.....	50
3.1.- Aspectos generales de los acuerdos verticales anticompetitivos	50
3.2.- Análisis de los principales tipos de acuerdos Verticales Anticompetitivos	53
3.2.1.-La fijación de precios de reventa.....	53
3.2.2.-Los acuerdos de exclusividad	56
Capítulo IV	60
Abuso de Posición de Dominio	60
4.1.- Aspectos generales del abuso de posición de dominio	60
4.2.- Análisis de los principales tipos de abuso de posición dominante.....	64
4.2.1.-La discriminación	64
4.2.2.- Los precios predatorios	67
4.2.3.- Las ventas condicionadas o vinculadas	70
4.2.4.- La fijación abusiva de precios.....	73
Capítulo V	75
Concentraciones Económicas	75
5.1.- Aspectos generales de las Concentraciones Económicas.....	75
Capítulo VI	82
Conclusiones	82
BIBLIOGRAFÍA.....	88

Introducción

Actualmente la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado constituye en el Ecuador la base normativa para la regulación de las prácticas mercantiles anticompetitivas. Sin embargo, no existe hasta el momento un desarrollo doctrinario propio del Ecuador que nos otorgue los lineamientos básicos para entender en qué consisten o cómo deben ser tratadas.

Por esta razón, a lo largo del presente trabajo intentaré demostrar que las principales prácticas mercantiles anticompetitivas, contempladas en la doctrina, se encuentran ya reguladas por la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado y cómo sus vínculos con el Derecho Comparado, pueden facilitarnos las herramientas necesarias para cuestionar la orientación que la práctica jurídica ecuatoriana deberá seguir en la interpretación de las normas relacionadas con este tipo de estrategias mercantiles.

Para la realización del estudio en Derecho Comparado, además de la normativa ecuatoriana, se analizará la práctica jurídica de Estados Unidos, la Unión Europea y Argentina. El área jurídica que abarca el tema de estudio de la presente investigación es conocida como Derecho de la Competencia, también llamada Antitrust Law, este campo tiene su inicio formal a partir de la expedición de la ley Sherman (Sherman-Act), en Estados Unidos a finales del siglo XIX, momento desde el cual se desarrollaron los principales fundamentos que constituyeron la base de estudio de las prácticas mercantiles anticompetitivas a nivel internacional, por lo que la perspectiva estadounidense es un tema ineludible en este trabajo.

Igual importancia se le otorgará a la práctica jurídica de la Unión Europea que, en contraposición al sistema legal estadounidense, agrupa los principales lineamientos para el desarrollo del Derecho de la Competencia dentro de los territorios, con un sistema jurídico de origen romano-germánico, siendo su norma base el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo Tratado de Roma). Es natural encontrar similitudes entre esta legislación y los diferentes cuerpos normativos reguladores del Derecho de la Competencia en Latinoamérica, países como Argentina, Brasil, Venezuela y Ecuador comparten instituciones de carácter europeo. Por esta razón, para formar una concepción clara de la interpretación que debe otorgarse a las normas que

regulan las prácticas mercantiles anticompetitivas en el Ecuador, además de comprender su origen jurídico a través de su estudio en Estados Unidos y la Unión Europea, es necesario tener una perspectiva de una legislación más cercana a la realidad ecuatoriana.

Pese a que existen varios países dentro de Latinoamérica que contemplan situaciones análogas se ha escogido a Argentina ya que, además de compartir un sistema jurídico basado en el sistema romano-germánico, su práctica jurídica es una de las más antiguas en Latinoamérica en lo que respecta al Derecho de la Competencia, cuyos orígenes se remontan a 1923 con la expedición de la Ley No. 11.210, que marca un continuo desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial hasta las actuales interpretaciones de la Ley No.25.156 vigente desde 1999.

La presente investigación se desarrollará alrededor de los siguientes temas:

1. Fundamentos y elementos principales del Derecho de la Competencia.
2. Estudio en doctrina de las prácticas mercantiles anticompetitivas.
3. Prácticas mercantiles anticompetitivas en Derecho Comparado, en relación con la legislación ecuatoriana, específicamente con la Ley de Regulación y Control de Poder del Mercado.

El presente trabajo comprenderá seis capítulos, el primero de ellos, de carácter introductorio, tratará los temas de Derecho de la Competencia y las prácticas mercantiles anticompetitivas desde una perspectiva general, capaz de establecer los fundamentos necesarios para comprender el análisis posterior de este trabajo.

Los capítulos, dos, tres, cuatro y cinco abarcarán, en base a una clasificación propia, los principales acuerdos anticompetitivos establecidos por la doctrina. En el desarrollo de éstos se seguirá una misma organización partiendo de su definición para proceder a comparar y relacionar las diferentes perspectivas señaladas por la práctica jurídica que se les otorga en Estados Unidos, la Unión Europea y Argentina, frente al trato que da la Ley de Regulación en el Ecuador, a las mismas. Finalmente, el capítulo VI estará compuesto por las conclusiones y recomendaciones.

Es importante señalar que el objetivo de este trabajo no es determinar la pertinencia de todas las prácticas mercantiles anticompetitivas establecidas dentro de nuestro ordenamiento jurídico (La Ley de Regulación en forma excesiva contempla más de 40), sino el proporcionar una visión integral de las principales prácticas anticompetitivas más comunes estudiadas por la doctrina y el Derecho Comparado dentro del campo del Derecho de la Competencia, con la finalidad de establecer su situación actual dentro de la Ley de Regulación y obtener puntos de partida suficientes que sustente la aplicación de la ley, su reforma o la expedición de normativa complementaria.

Capítulo I

Marco Teórico

1.1.- El Derecho de la Competencia

Para analizar las prácticas mercantiles anticompetitivas desde la perspectiva del Derecho es necesario comprender la rama jurídica a la que corresponde su estudio. Por ello, dentro del Capítulo I se tratarán los temas fundamentales para la comprensión del Derecho de la Competencia, conocido por tratadistas a nivel internacional bajo diferentes denominaciones: Derecho Antimonopolio, Derecho Antitrust (antitrust law), Defensa de la Competencia, son algunas de las más utilizadas. Sin embargo, al examinar el significado de las palabras utilizadas en estas denominaciones, encontramos que las mismas no son las más apropiados:

- Derecho Antimonopolio: Este nombre sugiere una normativa cuyo único objetivo es la eliminación de los monopolios. Si bien el monopolio es el tipo de mercado que se opone de forma directa al ideal que contempla el objetivo principal de esta rama jurídica (la libre competencia), existen casos excepcionales los cuales no constituyen un perjuicio para la libre competencia y deben ser tolerados en favor del bien común, situaciones que deberán estar contempladas de forma expresa dentro de las legislaciones de cada país.
- Derecho Antitrust: Traducción al español, cuyo nombre en inglés “Antitrust Law”, se caracteriza por ser la primera denominación en englobar formalmente a la materia de estudio. Sobre ella podemos objetar que el Derecho de la Competencia no se limita a evitar los trusts (palabra recientemente agregada al idioma español y que hace referencia a los grupos de empresas unidas para monopolizar el mercado y controlar los precios en su propio beneficio¹). Podemos agregar que el término antitrust puede ser especialmente confuso, ya que mientras en el español se conoce a los trusts

¹ Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario De La Lengua Española*, España, Edición Vigésima Segunda, 2001, p.1521.

de la manera expuesta con anterioridad, en el idioma anglosajón, entre sus distintas acepciones, jurídicamente se lo puede entender como una “*relación fiduciaria, en virtud de la cual un sujeto, denominado trustee ostenta la titularidad de determinados bienes con la obligación de administrarlos, junto con sus frutos, en beneficio de las personas designadas como beneficiarios*”².

- Defensa de la Competencia: Este nombre al carecer de la expresión ‘Derecho’ omite la ciencia a la que pertenece, dando cabida a que su contenido gire alrededor de otras ciencias como la economía o incluso técnicas de estrategia empresarial.

Debemos tener en cuenta que la denominación ‘Derecho de la Competencia’ o Derecho de la Competencia Económica, (para diferenciarla de la conceptualización jurídica clásica que comprende a la competencia como la atribución necesaria para ejercer jurisdicción) es la de mayor uso en doctrina dentro del idioma español, siendo incluso utilizada por juristas dentro del Ecuador³. Como veremos adelante esta denominación se relaciona directamente con su objetivo principal, la protección a la libre competencia, característica alrededor de la que giran las diferentes normas pertenecientes a este campo del Derecho.

1.1.1.- Definición

Existen distintas definiciones en doctrina respecto al Derecho de la Competencia y a pesar de que algunas de ellas parten de diferentes denominaciones, todas convergen al señalar que su contenido gira alrededor de las normas encaminadas a controlar la competencia entre los diferentes agentes económicos (generalmente los oferentes). Sin embargo, al ser necesario contemplar una definición más completa para el análisis del trabajo actual, cabe tener presente algunos de los conceptos esbozados en doctrina, que más allá de sus diferencias nos proporcionarán elementos complementarios para una correcta conceptualización. Una primera definición nos la otorga Jorge Witker al que señala al Derecho de la Competencia como “...una rama del Derecho Económico que

² SANTISTEBAN Sonia, *¿Qué es un trust?*, <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/trust/que-es-un-trust>, p. 1, Acceso: 15 de Septiembre del 2012.

³Entre los que podemos señalar al Dr. José Vicente Troya Jaramillo y el Dr. Víctor Cevallos Vásquez, cuyos trabajos han sido objeto de estudio para la elaboración de la presente investigación.

regula y ordena los mercados sancionando las prácticas mercantiles anticompetitivas atentatorias a la libre competencia y concurrencia⁴”.

Este concepto se caracteriza por indicar la procedencia del Derecho de la Competencia ubicándolo dentro del Derecho Económico, hecho que resalta la participación de la Economía dentro de esta rama jurídica y que tendrá una gran importancia al analizar los objetivos del Derecho de la Competencia en el apartado 1.1.2. . Otro concepto, bastante aceptado, nos proporciona Germán Coloma, quien describe al Derecho de la Competencia como *“una clase de regulación indirecta, cuyo objetivo es controlar el ejercicio del poder de mercado en situaciones en las que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí⁵”*.

Como podemos observar el autor destaca la necesidad de controlar el ejercicio del poder de mercado, específicamente aquel que detenta el sector empresarial, siendo posible argumentar que este hecho ya lo contempla el concepto de Witker por cuanto el mismo señala el control necesario de las ‘prácticas mercantiles anticompetitivas’, y aunque teóricamente una persona natural podría hacer uso de las mismas es en el desenvolvimiento del sector empresarial en el mercado que llegan a tener relevancia suficiente para alterar los patrones de comportamiento de la competencia. Por su parte, Alfonso Miranda señala que *“El Derecho de la Competencia, al que los norteamericanos llaman Derecho antimonopolístico (en inglés Antitrust Law), puede describirse como el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público⁶”*.

La importancia de esta definición radica en recordarnos, al señalar al interés público, que el cumplimiento del objetivo propio del Derecho de la Competencia no puede transgredir los objetivos propios del Derecho, justicia, bien común, paz social, etc. Finalmente, cabe mencionar una definición más apegada a la legislación interna como la de Víctor Cevallos, quien señala al Derecho de la Competencia como *“la disciplina*

⁴WITKER Jorge, *Derecho de la Competencia en América*, Editorial Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 1era edición, 2000, pp. 20 y 21.

⁵COLOMA Germán, *Defensa de la Competencia*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2da Edición, 2009, p.17.

⁶LONDOÑO Alfonso, *Fundamentos Económicos de Derecho de la Competencia: Los Beneficios del Monopolio vs Los Beneficios de la Competencia*, Rev. Derecho Competencia, Bogotá (Colombia) vol. 2, n° 2: 269-400, enero-diciembre 2006, p.8.

jurídica ajustada a los requerimientos de la economía y de la planificación de acuerdo a la estructura jurídico política del Estado y que en el caso del Ecuador ha de concebirse como un mandato básicamente del numeral 3 del artículo 244 de la Constitución (referente a la Constitución Ecuatoriana promulgada en 1998 vigente al tiempo de expedición del concepto elaborado) que preceptúa que dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: “Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la Ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen”⁷”. Esta definición resalta la importancia de relacionar la doctrina con aquellas disposiciones normativas internas, debido a que en la práctica las interpretaciones que contradigan en algún punto la legislación vigente serán consideradas erróneas.

Al recoger las principales características establecidas en las definiciones elaboradas por los doctrinarios anteriormente citados, defino al Derecho de la Competencia como aquella *rama jurídica procedente del Derecho Económico, cuyo contenido abarca el conjunto de normas e instituciones reguladoras del mercado que tienen por finalidad proteger a la libre competencia entre consumidores y oferentes (principalmente el sector empresarial), para un mejor funcionamiento del mercado con el objetivo de precautelar la justicia y el bien común, siendo necesario observar en todo momento los derechos de las personas naturales y jurídicas, y el interés público.*

A partir de esta definición procederé a establecer sus objetivos.

1.1.2.- Objetivos

1.1.2.1.- Objetivo Principal

La Escuela de Harvard señala como objetivo principal del Derecho de la Competencia el evitar las concentraciones empresariales de poder de mercado. Esta postura, predominante durante la década de los 60, se fundamenta en la necesidad de proteger a los competidores menores frente a las empresas de mayor magnitud, considerando la facilidad con que las mismas pueden crear barreras de entrada y situaciones asfixiantes que obligue a la salida de los oferentes del mercado, escenario que además de afectar al resto de competidores priva a los consumidores de los beneficios de la competencia,

⁷ CEVALLOS Víctor, *Derecho de la Competencia. Texto Guía*, Universidad Técnica Particular de Loja, 1era edición, 2005, p.30.

principalmente la obtención de los productos a precios más bajos. Por esta razón, en los años 70, la Escuela de Chicago señala que el verdadero objetivo del Derecho de la Competencia es buscar la eficiencia económica, la cual se refleja directamente en el bienestar del consumidor. Frente a estos postulados podemos señalar que, si bien las pequeñas empresas y los consumidores son los sujetos que se verían beneficiados de la aplicación de la normativa del Derecho de la Competencia, la protección normativa no es exclusiva de esta rama jurídica; el Derecho Económico, el Derecho Mercantil y el Derecho al Consumidor, son algunos de los campos que compartirían el mismo objetivo.

Otra propuesta sobre el objetivo principal del Derecho de la Competencia surge en la década de los 80 en Alemania, a través del planteamiento de una triple función:

- 1.- Función político - jurídica: el bien protegido es la igualdad de condiciones en el mercado.
- 2.- Función político - económica: se tutela la justicia de las relaciones comerciales.
- 3.- Función político – social: se protege la distribución equitativa de los bienes y las posibilidades.

Efectivamente, el Derecho de la Competencia deberá tener en cuenta la igualdad, la justicia y la equidad en las relaciones comerciales de los agentes económicos para la elaboración de sus normas, pero esto tampoco lo diferencia del Derecho Económico, el Derecho Mercantil u otras ramas jurídicas. Por esta razón, dentro del presente trabajo propongo como objetivo principal del Derecho de la Competencia su objetivo característico, se desprende de su propia denominación y cuyas definiciones, más allá de sus diferencias, lo mencionan de manera directa: ***la protección de la libre competencia para un óptimo funcionamiento del mercado.*** Este objetivo coincide con el razonamiento de Jorge Otamendi quien al referirse a la Ley de Defensa de la Competencia argentina afirma que *“El bien jurídico protegido por la ley de defensa de la competencia es la competencia tal como su nombre lo indica. Esta es una ley que sólo le preocupa que el sistema competitivo funcione lo mejor posible. No es una ley que vele por mayores ganancias de los empresarios, menores precios para los consumidores, mayores salarios, menor desocupación o por cualquier otro objetivo. El*

único objetivo es defender la competencia, de las demás cuestiones se ocupan otros organismos. Y esto es claro a mi juicio aun cuando el beneficiario último de la correcta aplicación de sus normas y de un más perfecto proceso competitivo es el público consumidor, o a veces, también uno o más competidores⁸.”

Una protección jurídica efectiva significará la creación de normas claras que contemplen mecanismos suficientes para proteger a la libre competencia, pero, ¿qué entender por libre competencia? El origen de esta expresión proviene del tipo de mercado denominado como ‘mercado de competencia perfecta’ sustentado en la teoría clásica de la economía y catalogado en la actualidad como un modelo económico ideal pero imposible de aplicar en su concepción original.

Este modelo tiene por preceptos fundamentales un mercado de producto homogéneo, cuyo gran número de oferentes compite libremente entre sí para atraer la mayor cantidad de consumidores posibles (quienes también deben existir en gran cantidad); éstos, a su vez, al competir de forma independiente por obtener los productos ocasionarían incapacidad en los participantes para influir individualmente en los precios, por lo que se les ha catalogado con el nombre de *precio-aceptantes*. Para que la ‘libre competencia’ sea posible, según este tipo de mercado, no debe existir intervención alguna de entidad externa a las fuerzas de la oferta y la demanda, en otras palabras se debe impedir al Estado cualquier intento de control, permitiendo a los agentes económicos tomar sus decisiones con total libertad, es decir, debe existir un entorno de “libertad económica⁹”.

La forma en que se estructura y organiza este modelo es explicada de manera más comprensible en la alegoría de la ‘mano invisible’ esbozada por Adam Smith, que consiste en la interpretación de la autorregulación de los agentes económicos que confluyen en el mercado para satisfacer sus necesidades, como una ‘mano invisible’ que guía a las fuerzas de la demanda y la oferta hacia un estado de distribución armónica de los recursos. Idealmente, los participantes de la oferta competirían a través de la mejora de calidad de sus productos y la disminución de precios para atraer consumidores,

⁸ OTAMENDI, Jorge, *El interés general y la eficiencia económica en la ley de defensa de la competencia*, http://www.gbreuer.com.ar/admin/files/boletin_archivos/EI%20interes%20economico.pdf, Publicado en LA LEY 1999-F, 1087, p.8.

⁹GÓMEZ Omar, *Libertad Económica*, <http://pensardenuevo.org/libertad-economica/>, p.1, Acceso: 31 de agosto de 2012.

quienes, a su vez, competirían por obtener esos mismos productos ofertando el precio máximo que estarían dispuestos a pagar por su necesidad individual de obtenerlos, estos enfrentamientos eventualmente repercutirían en un punto de equilibrio capaz de satisfacer la mayor cantidad de oferentes y consumidores posibles.

Dentro de los principales factores que vuelven insostenible la aplicación de este modelo (factores denominados ‘fallas de mercado’), encontraremos a las conductas de los competidores, quienes al verse independientes de cualquier control hacen uso de prácticas colusorias y anticompetitivas que derivan en la sectorización del mercado, lo que da paso al surgimiento de sistemas diametralmente opuestos al que se planteó en un inicio: monopolios, oligopolios, monopsonios y oligopsonios.

A pesar de los inconvenientes del libre mercado, este sistema económico ha sido utilizado como referente de estudio proporcionando parámetros y objetivos esenciales necesarios para un mejor funcionamiento de los diferentes factores que contempla la economía. A través de adaptaciones y mixturas, este tipo de mercado ha servido de base para la creación de diferentes modelos, cuyas variaciones dependerán del mercado y la sociedad que se analice, trascendiendo de esta manera la seguridad teórica doctrinaria por una aproximación práctica, objetivo que las tendencias políticas e influencias culturales de la sociedad buscarán y a la vez obstaculizarán.

Otro término importante a esclarecer dentro del objetivo principal del Derecho de la Competencia es la libertad a la que se refiere la ‘libre competencia’, ya que no es razonable comprenderla mediante el modelo de competencia perfecta en que se originó; éste, al implicar la ausencia de control estatal, ha derivado, en la práctica, en un ‘libertinaje de los agentes económicos’ (libertinaje entendido como la toma de decisiones irresponsables que transgreden los derechos del resto de participantes), explicando por qué en la actualidad, si bien han existido prácticas orientadas a la aplicación de este sistema, ningún Estado ha logrado implementarlo en su concepción original con éxito.

La libertad se conceptualiza como uno de los planteamientos más antiguos del ser humano, relacionándose directamente con el de su propio origen, su presente y su futuro. Se la menciona en el Art.1 de la Declaración Universal de Derechos y en su

Art.3 se la establece como un derecho fundamental de todo ser humano. Sobre la libertad se han elaborado diversas teorías que se encuentran actualmente en discusión. Sin embargo, no siendo un objetivo de esta investigación introducirnos en una problemática de tan amplio espectro, cabe partir de definiciones básicas como las establecidas en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en donde sobresalen las siguientes:

- *“Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos.*
- *Facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres¹⁰.”*

Este concepto concuerda a su vez con el elaborado por Montesquieu, en su obra *Espíritu de las Leyes*: *“Es cierto que en las democracias parece que el pueblo hace lo que quiere; pero la libertad política no consiste en hacer lo que uno quiera. En un Estado, es decir, en una sociedad en la que hay leyes, la libertad solo puede consistir en poder hacer lo que se debe querer y en no estar obligado a hacer lo que no se debe querer... La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, de modo que si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, ya no habría libertad, porque los demás tendrían igualmente esta facultad¹¹.”*

Al adentrarnos en el campo de estudio del presente trabajo encontraremos que las características básicas de las definiciones de libertad, anteriormente citadas, podemos vincularlas dentro de los conceptos básicos de la ‘libertad de empresa’, institución fundamental para la aplicación del Derecho de la Competencia y que se relaciona de forma directa con la libre competencia. Para comprender a la libertad de empresa, primeramente debemos establecer ¿Qué podemos entender por ‘empresa’? Esta palabra puede tener diferentes acepciones dependiendo de su utilización, por lo que señalaré solo las tres principales:

¹⁰REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Op. Cit.*, 2001, p.930.

¹¹ MONTESQUIEU Charles, *El Espíritu de las Leyes*, Editorial Tecnos, Madrid, Editorial Tecnos, Sexta Edición, 2007, pp.173 y 174.

- 1.- La empresa como sujeto y objeto de derecho.
- 2.- La empresa como universalidad de hecho, de derecho o de patrimonio.
- 3.- La empresa como organización de un conjunto de actividades y bienes¹².

Para efectos del presente trabajo podemos entender a la empresa bajo el concepto elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas, la cual la define como: *“toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán empresas las entidades que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar, las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular* ¹³.” Una vez comprendido lo que podemos entender por empresa, al indagar en qué consiste su libertad, encontraremos que la misma se divide en tres puntos fundamentales:

- a) La libertad para crear una empresa bajo la modalidad jurídica que se escoja;
- b) La libertad para manejar la empresa de acuerdo a decisiones propias bajo los parámetros normativos pertinentes.
- c) La libertad para terminarla.

Acorde con Agustín Grijalva Jiménez y José Vicente Troya Jaramillo en su artículo Elementos para un Derecho de la Competencia en el Ecuador, el derecho a la libre competencia es necesario para el cumplimiento de un derecho más grande, el derecho a la libre empresa¹⁴. Personalmente, no considero acertado el llamarlo un derecho más grande, pero si es necesario destacar la necesaria correlación para su existencia, ya que no es concebible la libertad de empresa sin que exista el derecho de la libre

¹²Cfr. CEVALLOS, Víctor, *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Jurídica del Ecuador, Cuarta Edición, 2009, p. 76.

¹³ Comisión de las Comunidades Europeas, *Recomendación del 06 de mayo de 2003*, p.1, artículo 1, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:124:0036:0041:es:PDF>, Acceso: 3 de septiembre del 2012.

¹⁴GRIJALVA Agustín y TROYA José, *Elementos para un derecho de la Competencia en el Ecuador*, Revista FORO, Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, Primer Semestre del 2003, pp.17 y 18.

competencia, así como no puede existir el derecho a la libre competencia si no existe el derecho a la libertad de empresa.

Adecuando los componentes principales de estas definiciones a la libertad referente a la libre competencia dentro de la perspectiva del Derecho de la Competencia, podemos definirla como *la facultad que poseen los participantes del mercado para competir entre sí, mediante la toma de decisiones propias e independientes que no afecten los derechos del resto de participantes ni el interés público, decisiones que deberán enmarcarse en todo momento dentro de la normativa oficial, caso contrario, siendo responsables de su transgresión, tendrán que sobrellevar las imposiciones correctivas o las sanciones que establezcan las entidades estatales pertinentes.*

Finalmente, para comprender en su totalidad al objetivo principal del Derecho de la Competencia es necesario entender en qué consiste el óptimo funcionamiento del mercado, siendo la finalidad dentro del objetivo principal. Este componente vincula al Derecho de la Competencia directamente al Derecho Económico y su importancia radica en darnos un primer límite a la normativa del Derecho de la Competencia al señalar que la misma sólo podría aplicarse cuando no cause un perjuicio al óptimo funcionamiento del mercado.

Las primeras definiciones de mercado lo describen como “*un espacio físico en el cual se producía el intercambio de productos presentes, entre compradores y vendedores también presentes*¹⁵”. A pesar de ello, debido al avance de la tecnología, los factores presenciales se volvieron relativos dando paso a conceptos menos restringidos como el siguiente: “*Ámbito en el cuál bienes, servicios y factores productivos se intercambian libremente, a través de los agentes de mercado quienes coordinan acordando por un lado una cantidad y por otro un precio, para lograr este intercambio*¹⁶”. Actualmente existen diferentes tipos de mercado que se agrupan y distinguen en base a características particulares que se suman a la definición anterior, entre estas clasificaciones podemos

¹⁵VÁSQUEZ Maturana, *Apuntes de Derecho de la Competencia*, <http://www.profesores.ucv.cl/joseluisguerrero/documentos/materialdeapoyo/apuntes%20derecho%20competencia%20memoria%20pa%20maturana.pdf>, p.5, Acceso: 3 de septiembre del 2012.

¹⁶Idem.

mencionar como ejemplo a las que se catalogan por su ubicación geográfica, la competencia establecida, el tipo de cliente o el tipo de producto¹⁷.

Limitándonos al plano jurídico, el funcionamiento óptimo de un mercado estará determinado en cada país por los lineamientos de carácter económico que se encuentran dentro de su legislación. Si bien compete a cada Estado determinar el sistema económico a implementar, no se podría hablar de un óptimo funcionamiento del mercado en caso de que los lineamientos establecidos causen una inestabilidad capaz de ocasionar afectaciones a los derechos fundamentales del individuo, o que no exista un margen de libertad para que los participantes actúen en el mercado con suficiente poder de decisión, lo que no solo haría imposible aplicar el Derecho de la Competencia en sistemas totalitaristas como por ejemplo Cuba o Corea del Norte, sino en países de economía liberal que no contemplen los parámetros necesarios de libertad para su aplicación.

En conclusión, proteger la libre competencia para un óptimo funcionamiento del mercado significa resguardar, mediante una normativa especializada y suficiente, la facultad de todos los participantes del mercado para competir a través de actuaciones basadas en decisiones propias e independientes que se enmarquen en los lineamientos económicos establecidos a nivel estatal, destinadas a mejorar la eficiencia del mercado y que se deberán ver reflejados en las legislaciones correspondientes.

1.1.2.2.- Objetivos Secundarios

Existen diversos fines que las normas del Derecho de la Competencia deberán observar en todo momento, ya sea para apoyar el cumplimiento de su objetivo principal o por ser una rama proveniente del Derecho Económico. Jorge Witker las ha denominado como finalidades¹⁸, que siguiendo la estructura de esta investigación se las ha catalogado como objetivos secundarios y se desarrollarán en los siguientes apartados.

- **Promover una asignación eficiente de los recursos**

¹⁷ THOMPSON Iván, *Tipos de Mercado*, <http://www.promonegocios.net/mercado/tipos-de-mercado.html>, p.1, Acceso: 03 de septiembre del 2012.

¹⁸ Cfr. WITKER Jorge, Op. Cit., p.21.

La distribución de las riquezas dentro de un Estado es uno de los objetivos más problemáticos e importantes dentro de cualquier sociedad, determinar cuál es la forma eficiente de repartirlas y en qué cantidad, han sido temas cuestionados por los seres humanos desde sus primeras formas de organización, mucho antes de los principios formales establecidos por Adam Smith en 1776, en su obra la Riqueza de las Naciones. A lo largo de la historia esto ha dado lugar a diferentes teorías y prácticas aún discutidas en la actualidad, siendo posible concluir que cada organización social tiene su propia visión de lo que considera o no ser una eficiente asignación de los recursos y dentro de la cual la regulación de la competencia según el Derecho de la Competencia, vendría a ser una herramienta más para alcanzar este objetivo. Cabe señalar, que su cumplimiento implica, además, un sinnúmero de condiciones como: la eficiencia y solidez de las tres funciones básicas del Estado y el respeto hacia las mismas¹⁹; la política de la administración (poder ejecutivo) acerca del respeto a las disposiciones constitucionales y el grado de intervención en el manejo de recursos; el nivel de planeamiento de la administración para llevar a cabo sus objetivos; los niveles de corrupción existentes; el grado de industrialización del país; la coordinación entre los sectores productivos del país, tanto públicos como privados; los recursos y el número de habitantes con que cuenta el país; y, la situación económica del mercado internacional.

- **Proteger los Derechos de los participantes del mercado**

Diversos autores del Derecho de la Competencia señalan la protección que debe otorgar la normativa de este campo al bienestar de los consumidores ya que éstos son los que sufren de manera más inmediata los estragos ocasionados por la vulneración a la libre competencia y por lo tanto requieren una mayor atención. Sin embargo, esto no significa que los ofertantes no se vean afectados en sus derechos cuando la libre competencia ha sido violentada, he incluso, pese a su carácter excepcional, pueden ser los propios consumidores y no los oferentes quienes atenten contra la mencionada libertad, un ejemplo de ello son las prácticas direccionadas a la creación de monopsonios u oligopsonios. Los derechos a los que se refiere este objetivo no deben ser únicamente los relacionados con el manejo y correcto funcionamiento de la libre competencia, para lo cual se deberán establecer mecanismos procedimentales jurídicos

¹⁹ Referentes a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, por cuanto actualmente en el Ecuador, los llamados poderes Electoral y de Transparencia y Control Social, estarían fuera de la concepción original necesaria para el correcto funcionamiento de la Teoría de Pesos y Contrapesos, siendo más adecuado entenderlos como organismos autónomos creados para el funcionamiento del Estado.

suficientes, tanto en el área administrativa como judicial, sino que las normas del Derecho de la Competencia deberán precautelar, además, los derechos otorgados a todas las personas a través de los diferentes cuerpos normativos, existiendo una mayor atención a aquellos derechos innatos al ser humano, los denominados derechos personalísimos, ese resguardo se dará inicialmente a través de una redacción adecuada de las normas y de manera posterior mediante una aplicación correcta de las mismas por parte de las autoridades correspondientes y los mismos detentores de los derechos.

- **Prevenir/sancionar niveles de concentración empresarial excesivos**

La concentración empresarial a que se refiere este objetivo puede definirse como “*el fenómeno por el cual dos o más empresas convienen en unir esfuerzos y capitales para obtener un beneficio común*²⁰”. Esta unión se encuentra generalmente permitida dentro de normativas especiales en cada país y suelen catalogarse bajo figuras como la fusión o la absorción. Pese a su permisibilidad, existen casos en que estas uniones ocasionan una acumulación excesiva de poder en el mercado, esto se debe a que ésta nueva entidad podría influir en el precio de manera directa a su favor, en perjuicio del resto de participantes del mercado. Para prevenir estos casos corresponde al Derecho de la Competencia instaurar una legislación clara que permita saber cuándo una concentración empresarial tiene un nivel excesivo y que además desarrolle mecanismos de control y asesoría efectivos. De igual manera, se deberán contemplar sanciones adecuadas según las transgresiones que se cometan, así como mecanismos pertinentes para aplicarlas. La posición de dominio o posición dominante y el poder de mercado vendrán a ser las instituciones necesarias, propias del Derecho de la Competencia, creadas para evaluar la concentración de las empresas, por su importancia serán tratadas de forma particular de manera posterior.

- **Regular las prácticas anticompetitivas de las empresas que poseen dimensión comercial**

Las prácticas mercantiles anticompetitivas no se limitan a los participantes de la oferta, mucho menos al sector empresarial, a pesar de ello, son las empresas quienes han desplegado la mayor diversidad de prácticas mercantiles anticompetitivas y salvo casos

²⁰MORENO Daniel, *Nuevas Formas de Organización Corporativa Concentrada*, http://ciberconta.unizar.es/Leccion/der022/100.HTM#_ftnref7, p.1, en HUNDSKOPF Oswaldo, *Regulación jurídica de los grupos de empresas*, nota 3, p. 19. Acceso: 03 de septiembre del 2012.

aislados, con un sustento más teórico que práctico, son las únicas que utilizan éste tipo de prácticas mercantiles de manera relevante, es por esto que tanto la doctrina, las legislaciones y el presente trabajo se enfocan en las prácticas mercantiles utilizadas por las empresas capaces de ocasionar un verdadero perjuicio a la libre competencia. Estas empresas para lograr una influencia significativa deberán tener un gran poder de mercado o como señala este objetivo, dimensión comercial, como se ha indicado con anterioridad este tema se tratará en los siguientes apartados.

1.1.3.- Instituciones del Derecho de la Competencia

1.1.3.2.- Mercado relevante

El mercado relevante es una institución propia del Derecho de la Competencia que surge ante la necesidad de establecer un “*mercado específico de bienes o servicios*”²¹, que sirva como referente efectivo para determinar la existencia de un daño actual o posible a la libre competencia. Su delimitación incluye un producto base, más todos los productos con los que este producto base puede ser sustituido y que por lo tanto frente a estos mantiene una competencia efectiva.

Felipe Cerda Becker lo define de la siguiente manera: “*El mercado relevante tiene una dimensión material (mercado del producto) y una dimensión espacial (geográfico) donde ocurre la competencia. El mercado del producto identifica qué productos o servicios compiten entre sí y el mercado geográfico identifica el área en la que la competencia del producto tiene lugar. Por consiguiente, el mercado en el marco del cual se examina una cuestión de competencia se determina combinando ambas dimensiones*”²². Para entender en qué consiste el mercado relevante podemos observar el siguiente ejemplo: Si tomamos como referente al mercado de camiones de Quito, y se ha determinado que sus sustitutos cercanos son las camionetas de Quito, las camionetas y camiones de Ambato e Ibarra, el mercado relevante en este caso será el mercado de las camionetas y camiones de Quito, Ambato e Ibarra. Hay que tener en cuenta que no siempre un producto que es sustituto de otro producto tiene por sustituto a ese otro producto, siguiendo el ejemplo señalado, no porque las camionetas de Ambato sean sustitutos de los camiones de Quito, significa que los camiones de Quito son sustitutos de las camionetas de Ambato, y, de llegarse a determinar que las camionetas de Ambato

²¹ GRIJALVA Agustín y TROYA José, Op. Cit., pp.17 y 18.

²² MONTT Paulo y NEHME Nicole (Comp), *Libre Competencia y Retail Un Análisis Crítico*, Editorial Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, Primera Edición, 2010, p.11.

no tiene ningún sustituto cercano, el mercado relevante para este caso estaría constituido únicamente por el mercado de las camionetas de Ambato.

Una guía para establecer qué productos y áreas geográficas entrarían en un mercado relevante, la encontramos en las Directrices de las Fusiones Horizontales (Horizontal Merger Guidelines) del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, documento oficial según el cual un mercado relevante se conformaría por *“un producto o grupo de productos y un área geográfica en la cual el mismo se produce o se vende tal que una hipotética empresa maximizadora de beneficios, que no esté sujeta a regulación de precios y que sea el único proveedor presente y futuro de esos productores en el área en cuestión, halle beneficioso imponer un incremento de precios pequeño pero significativo y no transitorio²³”*.

Esta definición algo complicada, nos propone un método conocido por los tratadistas como la *“prueba del monopolista hipotético”*, procedimiento que serviría para determinar qué productos o servicios forman parte de un mercado relevante. Esta prueba funciona de la siguiente manera: yo supongo que un mercado constituido por cierto producto o productos es relevante, para comprobarlo lo someto a la prueba del monopolista hipotético, lo que consistirá en figurarse una situación hipotética en que este mercado tiene un único oferente, si este único oferente se beneficiaría aumentando sus ganancias al imponer un incremento ‘pequeño, pero significativo y no transitorio’ se habrá pasado la prueba y concluiremos que el mercado que suponíamos como mercado relevante, efectivamente lo es.

Si el monopolista hipotético no obtiene un beneficio, ya que el número de consumidores que preferirían pagar por otro producto le causa un perjuicio mayor, no se pasaría la prueba, como consecuencia significaría que el mercado que se suponía que era relevante, realmente no lo era, ya que debería incluir al producto sustituto causante de que no haya el beneficio mencionado. Otro problema radica en determinar qué es un incremento *“pequeño, pero significativo y no transitorio”*. Si bien no existe un monto

²³ COLOMA German, Op. Cit., p. 81.

fijo, diferentes tratadistas señalan que éste fluctuará generalmente en las legislaciones desde un cinco hasta un diez por ciento²⁴.

Complementando al método del ‘monopolista hipotético’, las legislaciones suelen apoyarse en diferentes lineamientos para determinar si un producto es sustituto de otro, los mismos generalmente consisten en: verificar si los compradores han cambiado (o considerado cambiar) de producto o de lugar de compra en respuesta a cambios relativos de precios u otras variables competitivas; la evidencia de que los vendedores basan sus decisiones comerciales pensando en la posible sustitución entre productos o lugares de compra por parte de los compradores, en respuesta a cambios relativos de precios u otras variables competitivas; la influencia de la competencia que enfrentan los compradores en sus mercados de productos finales (cuando se trata de compras de productos intermedios);y, el tiempo y el costo que le insume al comprador cambiar de producto o de lugar de compra²⁵.

1.1.3.3.- Poder de mercado y posición dominante

Además del análisis del mercado relevante es fundamental para la aplicación de las normas del Derecho de la Competencia tener conocimiento de la situación real de sus principales empresas y competidores para de esta manera determinar qué agentes económicos dentro del mismo tienen la capacidad real para afectar a la libre competencia. Para hacer esto, la legislación estadounidense desarrolló la institución denominada como ‘Poder de Mercado’, mientras que la normativa europea se basó en la institución de la ‘Posición Dominante’. Ambas, aunque tienen grandes similitudes no son iguales, pero pueden interpretarse como complementarias, lo cual se desprende de sus definiciones.

Mientras las Directrices de las Fusiones Horizontales del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos establecen que el “*poder de mercado es la capacidad de una única empresa o de varias empresas competidoras para elevar los precios en beneficio propio por encima de los niveles de precios de competencia y restringir ofertas por debajo de los niveles de competencia durante un*

²⁴ KATE Adriaan, *El Concepto de Mercado Relevante y su Falta de Claridad en la Legislación Mexicana sobre la Competencia* http://www.competenciaeconomica.com.mx/articulos/Mercado_relevante_Adriaan_Ten_Kate.pdf, p.16, Acceso: 05 de septiembre del 2012 y COLOMA Germán, Op. Cit., pp. 83 y 84.

²⁵ Idem p. 83.

*período sostenido de tiempo*²⁶”, la definición de posición de dominio o posición dominante establecida en el caso *United Brands vs. Commission* por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dice que la misma “*es la situación de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado relevante al poder comportarse con suficiente independencia de sus competidores, clientes, y en última instancia de los consumidores*²⁷”. Como podemos observar ambas instituciones buscan determinar si existen dentro del mercado relevante agentes económicos capaces de atentar contra la libre competencia midiendo su capacidad para influir en el mercado, además los parámetros que se utilizan para establecer el poder de mercado de un agente económico o si este tiene una posición dominante son los mismos: Capacidad y participación de los agentes económicos en el mercado; barreras de entrada naturales o legales; competencia real o potencial que se enfrenta; habilidad para cambiar de proveedores o clientes y la capacidad de éstos para recurrir a otras empresas sustitutas; la posibilidad de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes diferentes de insumos; y, el comportamiento reciente del agente económico bajo análisis²⁸.

A pesar de las similitudes existentes entre ambas instituciones, cabe señalar que las mismas son diferentes. En la legislación estadounidense las definiciones que se realizan de poder de mercado surgen de la interpretación del concepto anteriormente citado de las Directrices de las Fusiones Horizontales, mientras que en las legislaciones europeas, no existe un concepto oficial establecido normativamente, razón por la cual los organismos de la competencia de los países pertenecientes a la Unión Europea, suelen recurrir a conceptos desarrollados en jurisprudencia, como la que se citó del fallo del Tribunal Superior de la Unión Europea en el caso *United Brands vs. Comisión*.

La posición dominante viene a ser la característica que se otorga a la empresa que efectivamente tiene la capacidad para manipular por sí sola las condiciones del mercado

²⁶ Estados Unidos, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>, p.1, Acceso: 05 de septiembre del 2012.

²⁷ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Sentencia del caso United Brands vs. Comisión*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976J0027:EN:HTML>, p.1, Acceso: 20 de septiembre del 2012.

²⁸ Debe tomarse en cuenta que pese a que estos parámetros pueden variar en cada país, son generalmente los mismos por lo que me he basado en el artículo 19 de la Ley de Defensa de la Competencia de Alemania y en el artículo 13 de la Ley Federal de Competencia Económica de México.

relevante, mientras que el poder de mercado sirve para medir el nivel de influencia de cualquier empresa o empresas, sin importar si las mismas efectivamente pueden manipular por si solas las condiciones del mercado. Aunque ambas instituciones han sido creadas en legislaciones diferentes, al comprender el poder de mercado como una medida para establecer el nivel de influencia de una empresa dentro de un mercado, la posición dominante vendría a ser la calidad que posee una empresa o grupo de empresas, que tienen un nivel de poder de mercado suficientemente elevado para manipular por si sola las fuerzas del mercado. Según esta interpretación toda empresa activa tiene un poder de mercado delimitado, pero no toda empresa tendrá el suficiente poder de mercado para tener una posición dominante dentro de un mercado relevante.

1.1.3.4.- Regla per se y regla de la razón

La regla per se es una institución del Derecho de la Competencia a través de la cual se juzga la aplicación de una práctica mercantil sin considerar los efectos reales o posibles que la misma ha causado en el mercado o en la competencia, esto se debe a que la afectación real o posible se infiere solamente de la aplicación de la práctica mercantil. En contraposición a la regla per se, está la regla de la razón, institución que implicará un análisis mucho más detallado de la afectación real o posible, producto de la aplicación de la práctica mercantil, considerando las situaciones particulares de cada caso, como son el producto, los competidores reales o posibles, índices de los consumidores, etc.

A pesar de que estas instituciones son utilizadas formalmente solo en los Estados Unidos, la jurisprudencia en Derecho Comparado las menciona constantemente por cuanto constituyen un referente claro para establecer la gravedad de la práctica mercantil anticompetitiva que se busca sancionar y, por ende, la rigurosidad con que la misma debe ser analizada dentro de un proceso.

En términos generales, la regla per se es aplicada a las prácticas mercantiles consideradas de mayor gravedad, por cuanto se considera que su sola aplicación trae como consecuencia una afectación a la competencia del mercado. Por otro lado, la regla de la razón se aplicará a aquellas prácticas mercantiles cuya afectación a la competencia no es totalmente clara. En los últimos años en Derecho Comparado ha habido un incremento mayoritario del uso de la regla de la razón, esto se debe a que dadas las

condiciones adecuadas, particulares de cada caso, se ha logrado determinar que incluso aquellas prácticas mercantiles consideradas en un principio como de gran peligrosidad hacia la competencia, pueden llegar a ser favorables para el mercado y la libre competencia.

1.2.-Prácticas Mercantiles Anticompetitivas

Son las conductas unilaterales o concertadas perjudiciales a la libre competencia que los participantes de un mercado adoptan con la finalidad de obtener, ya sea a corto o largo plazo, mejores ingresos; la aplicación de estas prácticas tiene como consecuencia una afectación negativa tanto para el resto de competidores como para los consumidores.

Como lo señala el Diccionario de Términos de Comercio de la SICE (Sistema de Información sobre Comercio Exterior). Los agentes de mercado que aplican estas prácticas comerciales persiguen *“conservar o reforzar su posición relativa en el mercado (refiriéndose a la empresa o empresas que las utilizan) y elevar las utilidades sin tener obligatoriamente que bajar los precios ni mejorar la calidad de los bienes y servicios que ofrecen”²⁹*.

La Ley de Regulación y Control de Poder del Mercado, al igual que otras legislaciones sobre el Derecho de la Competencia como el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Ley No.25.156 de Defensa de la Competencia argentina, no definen textualmente a las prácticas mercantiles anticompetitivas, sin embargo al sancionar las conductas que ‘impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia’, entendemos que hacen referencia a las mismas³⁰.

Pese a no ser acertado clasificar taxativamente en una legislación a las prácticas mercantiles anticompetitivas, por cuanto las mismas pueden presentarse en formas nuevas y diversas más allá de la contemplación de la norma y no por eso dejar de constituir una afectación grave a la competencia, se busca un orden estructurado de las prácticas mercantiles anticompetitivas contempladas tanto por la mayoría de

²⁹ SICE, Sistema de Información Sobre Comercio Exterior, *Diccionario de Términos de Comercio*, http://www.sice.oas.org/dictionary/CP_s.asp, p.1, Acceso: 05 de septiembre del 2012.

³⁰ La fórmula “impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia” presente en las legislaciones citadas, es uno de los indicativos más sobresalientes que demuestran su estrecha relación siendo posible inferir que tanto la normativa argentina como la ecuatoriana se han basado en la legislación de la Unión Europea para desarrollar la suya propia.

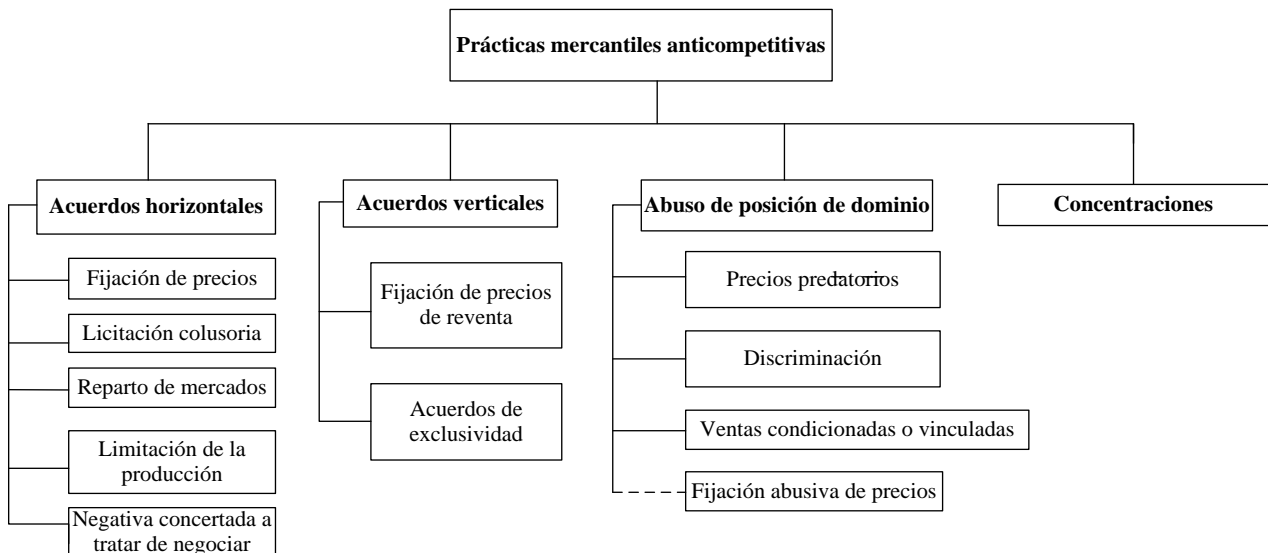
legislaciones como por la doctrina, que nos otorgará una herramienta de gran utilidad para comprender sus características y dilucidar sus posibles consecuencias jurídicas. Debemos tener presente que las diversas prácticas mercantiles han sido clasificadas bajo distintos criterios, Guillermo Cabanellas presenta tres de los principales:

- a) Conductas contrarias a los aspectos dinámicos y conductas contrarias a los aspectos estructurales de la competencia.
- b) Restricciones horizontales y restricciones verticales.
- c) Conductas anticompetitivas unilaterales y conductas anticompetitivas plurilaterales³¹.

Basándose en estos tres puntos se han desarrollado clasificaciones cuya diferencia principal radica en el nivel de importancia que se otorgue a una u otra de sus características. Para el desarrollo de la presente investigación utilizaré una clasificación propia que organiza las características principales de las prácticas mercantiles anticompetitivas, agrupándolas bajo las denominaciones más utilizadas y desarrolladas por la doctrina del Derecho de la Competencia.

La clasificación se muestra en el siguiente diagrama:

³¹ CABANELLAS Guillermo, *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia Tomo I*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Segunda Edición, 2005, p. 351.



Muchas veces las categorizaciones suelen limitarse a desarrollar los puntos principales sin detenerse a conceptualizar cada una de las prácticas mercantiles anticompetitivas, esto se debe principalmente a que en la práctica sus características se entrecruzan al momento de su utilización, por ejemplo, una fijación abusiva de precios de un comprador a sus distribuidores sería una fijación de precios de reventa, la misma podría consistir en una estrategia para eliminar competidores basándose en la aplicación de precios predatorios. Debemos comprender de forma clara en qué consiste cada una de ellas ya que sus consecuencias jurídicas serán diferentes y la aplicación de la norma dependerá de la interpretación y normativa propia de cada país o región. En los capítulos subsiguientes analizaremos estas conductas de forma individual.

Capítulo II

Acuerdos Horizontales Anticompetitivos

2.1.- Aspectos Generales de los Acuerdos Horizontales Anticompetitivos

Los acuerdos anticompetitivos suelen ser tratados bajo diferentes denominaciones. Prácticas concertadas y actos colusivos son algunas de las más frecuentes. A pesar de que eventualmente se realizan diferenciaciones entre las mismas, dependiendo de los sujetos que las apliquen o sus efectos, estas clasificaciones resultan generalmente más confusas que útiles por lo que, para efectos del presente trabajo, los acuerdos anticompetitivos deberán entenderse en su concepto fundamental, mismo que comprende todas las denominaciones anteriores al establecer que existe un acuerdo anticompetitivo cuando dos o más empresas conciertan entre ellas para aplicar una determinada práctica anticompetitiva, ya sea ese acuerdo expreso o tácito.

Los acuerdos horizontales entre empresas son aquellos realizados por competidores pertenecientes al mismo eslabón de la cadena de producción o distribución, estos convenios pueden perseguir una mejora de la eficiencia económica, como por ejemplo a través de economías de escala, o perseguir la aplicación de tácticas mercantiles dirigidas a la disminución o eliminación de la competencia, en cuyo caso estaremos ante un acuerdo horizontal anticompetitivo.

Mediante este tipo de acuerdos los participantes involucrados conciertan su conducta para aplicar estrategias encaminadas ya sea a eliminar otros competidores o posibles competidores, o para reducir la capacidad competitiva de los mismos, esto se hace con la finalidad de adquirir un mayor control del mercado que les facilite maximizar sus ganancias sin tener que mejorar la calidad de sus productos o servicios o bajar los precios. Los acuerdos horizontales son generalmente tratados por las distintas legislaciones directa o indirectamente bajo la regla per se, ya que implican generalmente una afectación directa y clara a la competencia, motivo por el cual son llamados también como Prácticas Restrictivas Absolutas.

La primera regulación formal de los acuerdos horizontales anticompetitivos los podemos encontrar dentro de la legislación estadounidense en el Artículo 1 de la Ley

Sherman (Sherman Act) de 1890, en donde se establece que: *“todo contrato, acuerdo en forma de trust³² u otro, o conspiración, en perjuicio del intercambio o comercio dentro de los varios Estados, o con naciones extranjeras, se declaran ilegales³³.”*

En una aplicación inicial de la norma citada, los fallos de la jurisprudencia estadounidense tuvieron una inclinación a juzgar los acuerdos horizontales como anticompetitivos per se, sin necesidad de someterlos a la regla de la razón. Uno de los fallos más representativos que dio paso a esta tendencia se dio a raíz del caso Estados Unidos contra Trans - Missouri Freight Association en 1897, en donde la Corte Suprema de Estados Unidos sancionó un acuerdo entre varios ferrocarriles cuyo contenido, entre otros puntos, buscaba controlar el precio de los servicios prestados en este mercado e imponer barreras de entrada al resto de competidores a través de la negación del uso de instalaciones necesarias para la provisión del servicio, al respecto la Corte Suprema estadounidense manifestó que *“...aunque se admite que los contratos, cuando son realizados por personas naturales o entidades privadas, siempre que sea razonable, no serán considerados como perjudiciales para el comercio, tal no es el caso en cuanto a las empresas pública, porque cualquier contrato hecho por ellos en cualquier medida que restrinja el comercio, aun cuando sea razonable, es presuntamente perjudicial para los intereses públicos, y por lo tanto no válida. La falacia de esta propuesta consiste en pasar por alto la distinción entre los actos de una corporación pública que son ilegales y los que no lo son. Si el acuerdo de dicha empresa conlleva ilegalidades, por supuesto, la cuestión de la racionalidad se convierte en irrelevante, ya que el acuerdo es la razón de ser de la empresa³⁴”.*

A pesar de la aplicación inicial generalizada de la regla per se, el desarrollo jurisprudencial estadounidense muestra cómo la aplicación de esta regla no es absoluta, partiendo desde el razonamiento establecido por la Cámara de Apelaciones dentro del caso Estados Unidos contra Addyston Pipe y otros en 1898, a través del cual se acepta la utilización de la regla de la razón para aquellos casos en que la aplicación del acuerdo horizontal tenga *“algún otro objetivo legítimo³⁵”*, hasta la elaboración por parte de la

³²Ver nota 1.

³³Estados Unidos, Sherman Act (1890) Art. 1, <http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/statutes/sherman.html>, Acceso: 07 de noviembre del 2012

³⁴U.S. Supreme Court, *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290

(1897), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/166/290/case.html>, p. 373, Acceso: 18 de septiembre del 2012.

³⁵COLOMA Germán, Op. Cit., p. 110.

Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia, de las *'Directrices de Derecho de la Competencia para la Colaboración entre Competidores'*³⁶ (Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors), que estableció claramente qué casos debían ser juzgados bajo la regla de la razón o la regla per se.

Este documento que si bien no es vinculante para la decisión de los jueces ha proporcionado importantes pautas basadas en la evaluación de los efectos procompetitivos frente a los efectos anticompetitivos de la conducta que se está analizando, en un intento por evitar sanciones innecesarias³⁷.

Un trato similar lo podemos encontrar dentro del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, conocido anteriormente como Tratado de Roma, esta legislación establece en su artículo 101 la base para sancionar los acuerdos horizontales de carácter anticompetitivo, utilizando los siguientes términos: *"Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior..."*³⁸. Cabe señalar que la legislación europea, a diferencia de la estadounidense, no utiliza un sistema de juzgamiento basado en la regla de la razón o la regla per se, sino que hace uso de un método de exenciones a través del cual todo acuerdo contemplado en el artículo 101 está exento de sanción si es que cumple con los requisitos del apartado tres del mismo artículo, esto implica que los acuerdos:

"a) Deberán contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reservar al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante.

³⁶ Estados Unidos, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors*, <http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>, pp. 8 y 10, Acceso: 05 de septiembre del 2012.

³⁷ Aunque las "Directrices de Derecho de la Competencia para la Colaboración entre Competidores", no son un documento vinculante para los jueces, es un importante referente para emitir fallos en base las particularidades que presente cada caso.

³⁸ Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, *Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:es:PDF>, p.88, Acceso: 19 de septiembre del 2012.

b) *Deberán imponer a las empresas interesadas solo las restricciones que sean indispensables para alcanzar tales objetivos.*

c) *No deberán ofrecer a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate³⁹.*

Para desarrollar el sistema de exenciones establecido en esta norma se ha expedido la normativa complementaria en la que se diferencia entre acuerdos verticales y acuerdos horizontales, principalmente tenemos al Reglamento No.330/2010 sobre los verticales y a los reglamentos de exenciones para horizontales relativos a los acuerdos de investigación y desarrollo y a los de especialización. Del texto de estas normas se desprende que, al igual que la legislación estadounidense, los acuerdos horizontales tienen una mayor propensión a ser sancionados, práctica jurídica que se ratifica en el caso de Argentina, pese a no contemplar este tipo de conducta de manera expresa.

Las autoridades argentinas de la competencia sancionan a los acuerdos horizontales anticompetitivos en base a los dos primeros artículos de la Ley No.25.156 de Defensa de la Competencia. Su artículo 1, si bien no menciona de manera particular a los acuerdos horizontales anticompetitivos, incluye en su texto que *“Están prohibidos y serán sancionados..., los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia... de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general⁴⁰.”*

El perjuicio para el interés económico general como requisito puede llegar a ser interpretado como una pauta para juzgar todos los actos bajo un trato similar a la regla de la razón en el sistema estadounidense, sin embargo, la jurisprudencia argentina ha demostrado una inclinación a la sanción de los actos violatorios de carácter horizontal inmediatamente después que se ha probado su existencia en los casos de colusión abierta⁴¹, mientras que los casos de colusión encubierta son objeto de un análisis de mayor profundidad, por lo que, la práctica jurídica argentina generalmente tiene un trato

³⁹Ibid, p. 89.

⁴⁰ Argentina, *Ley 25.156 Ley de Defensa de la Competencia*, <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60016/texact.htm>, p.1., Acceso 19 de septiembre del 2012.

⁴¹Cfr. COLOMA, Germán, Op. Cit., pp.149 y 150.

más cercano a la regla per se, a pesar de que si se consideran casos excepcionales en donde se realizan análisis más rigurosos que se asemejan a la utilización de la regla de la razón.

Hay que tomar en cuenta que bajo el sistema normativo de Derecho de la Competencia, en Argentina, la aplicación del Artículo 1 necesariamente debe complementarse con el Artículo 2, en dónde, mediante una lista abierta, se describen las conductas consideradas como de mayor potencial para afectar a la competencia, entre los acuerdos de carácter horizontal que se nombran podemos mencionar la fijación de precios, el reparto de mercados, la discriminación de precios, etc.

Los acuerdos anticompetitivos se encuentran prohibidos en la legislación ecuatoriana por el Artículo 11 de la Ley de Regulación en donde, al igual que el TFUE de la Unión Europea, se regula de forma abierta todo acuerdo anticompetitivo y se especifica entre estos los de mayor peligrosidad para la competencia sin instituir diferencias por su carácter vertical u horizontal⁴². Dentro de las conductas enlistadas por el Artículo 11 como anticompetitivas encontraremos que la gran mayoría se refiere a comportamientos que en la práctica del Derecho Comparado son preeminente de carácter horizontal, como en el caso de la limitación de la producción, figura que la encontramos en el numeral 2 y la licitación colusoria, establecida en el numeral 6.

Los acuerdos anticompetitivos tratados por el artículo 11 son el único tipo de práctica mercantil sobre los cuales se ha establecido un sistema de exenciones, al igual que el sistema legislativo europeo que exige que la conducta cumpla requisitos específicos, en este caso los establecidos en el Artículo 12, señala además que quedarán exentas aquellas conductas que sean practicadas por empresas sin suficiente poder de mercado para implicar un peligro a la competencia (regla de mínimis art.13). Debemos tomar en cuenta que esto no significa que el resto de conductas, como aquellas comprendidas dentro del abuso de posición dominante, sean regidas bajo un sistema similar a la regla per se estadounidense, su trato dependerá de la interpretación de la Ley de Regulación

⁴² Aunque el numeral 16 del artículo 11 de la Ley de Regulación describe expresamente una conducta anticompetitiva aplicada de forma vertical y el artículo 16 de la misma ley menciona a concentraciones 'horizontales o verticales', las normas no entran en verdaderas diferenciaciones respecto a las mismas, pero el ya mencionarlas podría ser un indicativo de un futuro trato diferenciado por normas y resoluciones.

tanto privada como la interpretación de las autoridades de la competencia y normativa complementaria.

Es relevante indicar que el Artículo 11 considera varias situaciones que en los análisis de las legislaciones anteriores son generalmente estudiadas como formas de abuso de posición dominante, como por ejemplo el numeral 7 que trata sobre la discriminación de precios. Sobre esto, cabe recordar que las prácticas mercantiles pueden tomar formas diversas en las que los abusos de posición dominante se originan de acuerdos previos entre las empresas. Las autoridades que apliquen las sanciones deberán establecer claramente si se está sancionando el acuerdo anticompetitivo, el abuso de posición dominante, o ambas prácticas mercantiles, por cuanto su regulación corresponde a artículos diferentes.

Aunque los tres tipos principales de prácticas mercantiles anticompetitivas, es decir, acuerdos, abuso de posición dominante y concentraciones están regulados por artículos diferentes, cada artículo aparenta abarcar más de lo que le corresponde en la Ley de Regulación, error que no es corregido por su Reglamento vigente desde el día 7 de mayo del 2012.

Aunque existe cierta semejanza entre la redacción del Artículo 11 de la Ley de Regulación y el Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia argentina, ya que aparentemente ambas tienen su base en la legislación de la Unión Europea, la norma ecuatoriana no establece que para sancionar la conducta se deba demostrar una afectación al ‘interés económico general’, sino que para sancionar la conducta en base a la norma ésta debe ‘implicar un detrimento real o potencial a la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general’.

Al respecto cabe comentar que en una interpretación extremadamente positivista se dan tres opciones diferentes, en donde el bienestar general y la eficiencia económica constituyen una motivación demasiado abierta a la norma capaz de justificar una sanción bajo criterios demasiado subjetivos. La correcta interpretación es que la conducta debe ser sancionada cuando esta afecte la competencia, teniendo en cuenta que su protección tiene como objetivo la eficiencia económica en aras del bienestar general.

Una conclusión muy similar en Derecho Comparado ha sido la esbozada por Jorge Otamendi al analizar cuándo un acto mercantil es atentatorio al ‘interés económico general’, siendo este el requisito necesario para sancionar una conducta en la legislación argentina: “...las razones que se acepten para justificar una restricción deben estar siempre limitadas al proceso competitivo. Estas restricciones serán aceptables porque tarde o temprano beneficiarán a la competencia. Quedan fuera las razones de otra índole, como ser la preservación de empleos, construcción de obras públicas o hasta mejorar el paisaje. Las cuestiones ajenas al proceso competitivo, si cabe, serán resueltas por otras leyes. Si así no fuera, se cometería un grave error que llevaría a la autoridad de aplicación a resolver sobre cuestiones que le son y le serán ajenas⁴³”. Aunque la necesidad de comprobar la afectación a la competencia sugiere una inclinación a la utilización de la regla de la razón, en la práctica jurídica ecuatoriana será necesario esperar a la aplicación de las normas de las autoridades para hablar de una verdadera tendencia.

2.2.- Análisis de los principales tipos de Acuerdos Horizontales Anticompetitivos

2.2.1.- Fijación de precios

Esta figura se manifiesta cuando dos o más empresas rivales se ponen de acuerdo para de manera concertada manipular los precios de un producto dentro de un mercado relevante. Aunque esta manipulación consiste generalmente en el aumento de los precios, también puede consistir en la disminución o mantenimiento de los mismos, esto dependerá de la estrategia mercantil que se utilice para mejorar los ingresos, la cual se basará en el comportamiento de los consumidores y el resto de competidores en el mercado.

Se considera esta práctica mercantil como anticompetitiva por cuanto las empresas participantes del acuerdo dejan de competir respecto al factor precio, lo que ocasiona un perjuicio directo al consumidor a quien se obliga, para la obtención del bien o servicio deseado, a pagar un precio único previamente fijado sin opción a recurrir a una oferta mejor. Es necesario tener en cuenta que la fijación de precios puede presentarse de manera encubierta de diferentes formas, como por ejemplo el ofrecimiento de tarjetas de descuentos, rebajas promocionales, etc.

⁴³ OTAMENDI, Jorge, *El interés general y la eficiencia económica en la ley de defensa de la competencia*, http://www.gbreyer.com.ar/admin/files/boletin_archivos/EI%20interes%20economico.pdf, p.8., Acceso: 20 de septiembre de 2012.

Los defensores de esta práctica sostienen que la fijación de precios evita guerras innecesarias entre los competidores que eventualmente pueden perjudicar a la calidad del producto. Bajo esta perspectiva se aplica una fijación de precios concertada entre los oferentes, quienes ya no se enfocan en la baja de precios para competir sino en otros aspectos de mayor beneficio para los consumidores como la mejora de servicios, la atención al cliente, y la calidad del producto. A pesar de que esta postura puede merecer un análisis a profundidad, según el caso que se analice, en la práctica la aplicación de esta medida es considerada como un sinónimo de perjuicio a la competencia ya que el precio es el elemento competitivo por excelencia, motivo por el cual, muchas de las prácticas mercantiles anticompetitivas como aquellas relacionadas con la creación de barreras de entrada, limitación de la tecnología, etc., son prácticas derivadas que buscan el control de los precios en el mercado.

Los lineamientos básicos a partir de los cuales se han desarrollado los parámetros de juzgamiento de esta conducta los podemos encontrar dentro del fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso anteriormente mencionado de Estados Unidos vs. Trans – Missouri Freight Association en 1897, año desde el cual los acuerdos de las empresas destinados a fijar precios a productos o servicios (Price fixing) son considerados como anticompetitivo per se⁴⁴. Esto implica que una vez comprobada la existencia de un acuerdo de fijación de precios, éste es catalogado como ilegal y nulo.

A pesar de este lineamiento general, en un desarrollo posterior se ha determinado la posibilidad de exención para aquellos acuerdos que forman parte de una estrategia integral de mejora de eficiencia económica, en cuyo caso deberán ser analizados bajo la regla de la razón a través de la cual se realiza un análisis detallado del caso en particular para determinar si efectivamente existe una vulneración real o potencial a la competencia. La práctica jurídica estadounidense también ha sentado como precedente, para el resto de legislaciones que buscan aplicar el Derecho de la Competencia, que no solo la fijación explícita debe ser sancionada, sino también aquellos acuerdos que emplean mecanismos indirectos encaminados a afectar los precios, pauta que fue sentada en el caso Estados Unidos contra Socony-Vacuum, en 1940⁴⁵.

⁴⁴Cfr. RUBIN Janice, *Report for Congress General Overview of United States Antitrust Law*, <http://www.policyalmanac.org/economic/archive/antitrust.pdf>, p.6, Acceso: 20 de septiembre del 2012.

⁴⁵Cfr. WITKER Jorge, Op. Cit., p. 115.

Los lineamientos sentados en Estados Unidos sobre la fijación de precios pueden verse reflejados en el desarrollo posterior que realiza la legislación de la Unión Europea en la normativa del TFUE, en donde, al igual que los fallos estadounidenses, la fijación de precios es considerada una de las conductas de mayor capacidad para vulnerar a la competencia, por lo que es posible encontrarla enunciada como la primera práctica mercantil prohibida dentro del artículo 101 del TFUE.

Al igual que la práctica jurídica estadounidense no se limita su control a la fijación de precios, sino que prohíbe también cualquier intento indirecto por manipularlos, incluyendo de esta manera aquellos acuerdos destinados a evitar ventas por debajo del costo, los sistemas de precios recomendados, convenios destinados a fijar un mecanismo uniforme de cálculo de precios, o cualquier otra práctica que busque manipular la competencia en detrimento de la misma.

A diferencia del sistema legal estadounidense, la legislación de la Unión Europea establece un método de exenciones concreto y vinculante para las autoridades de la competencia, a pesar de la dificultad para su aplicación a la figura de la fijación precios, teóricamente de llegarse a probar que se cumple con todos los requisitos del apartado tres del artículo 101 del TFUE, en concordancia con los requisitos de los reglamentos de exención relativos a los acuerdos de investigación y desarrollo o los de especialización, es posible que se llegue a considerar a la conducta de la fijación de precios exenta de sanción.

Los principales lineamientos estadounidenses sobre la fijación de precios también pueden ser encontrados en legislaciones latinoamericanas como la argentina cuyo Artículo 2 de la LDC sanciona a la fijación de precios de manera expresa en su literal A, y al igual que los sistemas legislativos de la Unión Europea y estadounidense abarca en su regulación a todo acuerdo que busque la manipulación de precios y no solo a la fijación directa en los productos o servicios ofertados. Como se ha mencionado con anterioridad, no existe formalmente una aplicación de la regla per se en Argentina, sin embargo, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Órgano regulador de la competencia en este país) ha señalado su carácter pernicioso para la competitividad entre oferentes, un ejemplo lo encontramos en la resolución contra el Colegio de Traductores Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, al manifestar respecto a los

acuerdos de fijación de precios que “... *tales conductas ocasionan potencial perjuicio al interés económico general, pues el público consumidor necesitado del producto carece de influencia en el precio y sin alternativa de someterse al que se haya fijado en el solo interés de la oferta*⁴⁶”.

A pesar de la fuerte influencia en el campo del Derecho de la Competencia de la legislación de la Unión Europea, dentro de la legislación argentina la Ley No.25.156 no contempla un sistema de exenciones previo al cumplimiento de requisitos. Sin embargo, podemos interpretar que al ser una exigencia necesaria el probar la afectación al interés económico general, aunque éste se presume en la práctica, respecto a los casos de fijación de precios cabe la posibilidad de probar su inexistencia y por lo tanto la exoneración de la conducta.

A diferencia de la legislación argentina, la normativa ecuatoriana que regula al Derecho de la Competencia contiene expresamente un mecanismo de exenciones aplicable a los diferentes acuerdos potencialmente anticompetitivos dentro de los Artículos 12 y 13 de la Ley de Regulación y Control de Poder del Mercado, aunque eventualmente podría darse una interpretación oficial contraria, el sistema de exenciones también debe ser aplicable a la figura de la fijación de precios, ya que, aunque en la práctica la fijación de precios tiende generalmente a causar una grave afectación a la competencia, teóricamente es posible que se den situaciones de excepción, como por ejemplo la aplicación de un acuerdo de este tipo por parte de pequeñas empresas para competir con aquellas que detentan una posición dominante en el mercado. Debido a los casos de excepción la normativa complementaria y los dictámenes oficiales, si bien pueden llegar a basarse en una presunción de hecho, sería jurídicamente incorrecto establecer una presunción de derecho.

La figura de la fijación de precios en el Ecuador fue regulada por primera vez en el artículo 7 literal A de la Decisión 608 de la CAN, actualmente en un texto mucho más específico el artículo 11 de la Ley de Regulación prohíbe expresamente el “*Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras*

⁴⁶ CABANELLAS Guillermo, op. cit, p.423.

*condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto*⁴⁷”.

Respecto al artículo citado en la Ley de Regulación podemos señalar que el texto se presenta en un formato bastante descriptivo que muestra la intención de la norma de prohibir, además de la simple concertación entre competidores para la fijación de precios, las diferentes prácticas que tienen como objetivo su manipulación. Actualmente no se ha especificado todavía si esta prohibición es extensible o no a los casos de acuerdos tácitos de fijación de precios, pero una interpretación afirmativa sería concordante con los lineamientos sentados en Derecho Comparado.

2.2.2.-La Licitación Colusoria

Esta práctica mercantil consiste en el acuerdo por parte de dos o más empresas dentro un mercado relevante, ya sea para presentar ofertas similares o para determinar entre ellas cuál será la ganadora dentro de un proceso de contratación de selección de ofertas.

Debemos tomar en cuenta que esta figura no se limita a los procesos de licitación sino que abarca todo proceso de contratación que implique un concurso de ofertas.

Teóricamente esta práctica mercantil podría darse también fuera del ámbito de la contratación pública, sin embargo su utilización en Derecho Comparado ha demostrado que es en los procesos de contratación pública en donde se utiliza con mayor regularidad.

El mecanismo que utiliza la licitación colusoria para determinar previamente a la ganadora consiste en concertar de manera previa qué empresas se abstendrán de presentar ofertas o presentarán ofertas poco atractivas, para de esta manera mostrar dar por ganadora a la única opción la oferta de la empresa que los vendedores acordaron con anterioridad, en otras palabras se engaña al contratante para que escoja una oferta previamente determinada por los oferentes, el contratante pensará que escoge la mejor oferta o incluso la única con los requisitos necesarios para satisfacer sus necesidades.

⁴⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado*, Registro Oficial Suplemento No.555 del 13 de octubre del 2012, p.3.

Esta táctica mercantil generalmente se complementa a través de un sistema en el que se turnan los competidores para determinar cuál será la empresa que va a obtener el contrato y la creación de un fondo proveniente de las ganancias del contrato obtenido para subsanar las pérdidas generadas a las empresas que aparentemente fueron afectadas. Considerada como ilegal per se en Estados Unidos el Departamento de Justicia de este país ha encontrado la necesidad de profundizar en las diferentes formas que puede adoptar esta práctica, para ello ha desarrollado una clasificación que contempla sus elementos básicos:

- Supresión de la oferta: Implica que los competidores se abstienen de presentar ofertas o retiran las presentadas en un momento crucial del concurso, con el fin de que la empresa designada con anterioridad obtenga la licitación.

- Ofertas de cortesía: Los competidores presentan ofertas cuyos precios son excesivamente altos o contienen términos inaceptables para la otra parte, con la intención de dejar al competidor designado previamente como la única oferta razonable.

- Rotación de la oferta: Los oferentes se turnan para presentar la oferta con el precio más bajo teniendo en cuenta el tamaño del contrato y el de los competidores

- Subcontratación: Los competidores que se comprometen a no presentar ofertas, retirarlas o a presentar ofertas poco atractivas son subcontratadas por la ganadora para compensar el no haber obtenido la licitación.

- División de mercados: Los oferentes se comprometen a ofertar solamente en el mercado establecido para ellos en un acuerdo previo, el mercado puede ser respecto al territorio, los clientes, los servicios o productos⁴⁸.

A diferencia de los Estados Unidos el desarrollo que ha recibido la licitación colusoria en la Unión Europea ha sido menor, esta conducta no se encuentra dentro de las especificadas como anticompetitivas por el Artículo 101 del TFUE y en ocasiones los

⁴⁸Estados Unidos, Department of Justice, *Price Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look For*, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/211578.htm>, p.1, Acceso: 22 de septiembre del 2012.

tribunales internos europeos han encasillado a la licitación colusoria como una forma de fijación de precios.

Esta interpretación es aplicable para los casos en que se han establecido los precios de presentación de ofertas de manera previa⁴⁹, pero no se podría aplicar la mencionada interpretación a los casos de licitación colusoria en las que no se presenten ofertas, específicamente aludiríamos al tipo de licitación colusoria denominado como Supresión de Ofertas, explicado con anterioridad.

Para sancionar a la licitación colusoria tiene más sentido recurrir a la prohibición general en contra de las prácticas anticompetitivas establecidas por el TFUE, señalando que esta conducta cumple con los requisitos necesarios al ser claramente perjudicial a la competencia por cuanto constituye un claro intento por manipular los niveles normales de competencia, sin mencionar el fraude que constituye esta conducta al engañar a la entidad patrocinadora de la contratación.

En Argentina la licitación colusoria se encuentra dentro de las conductas establecidas como perjudiciales a la competencia por el literal D, Artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia No.25.156, como el resto de prácticas descritas en este Artículo se encuentra supeditado al requerimiento del Artículo 1, específicamente la conducta deberá constituir una afectación al interés económico del país, al respecto podemos señalar que por su naturaleza fraudulenta frente a la competencia, la licitación colusoria siempre cumplirá con este requisito sin ser admisibles argumentos que pretendan su justificación, lo que asemejaría su tratamiento al que se da en el sistema estadounidense bajo la regla per se.

El caso más difundido de licitación colusoria en Argentina es el de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia⁵⁰(CNDC) en contra de Air Liquide y otros (2005), conocido como el caso Oxígeno Líquido en donde seis empresas coluden para participar en un concurso público consistente en adjudicar el suministro de oxígeno líquido a un hospital, determinada la existencia de la colusión, las empresas fueron

⁴⁹ España, Comisión Nacional de la Competencia CNC, *Resolución Expte. 565/03 Materiales Radiactivos*, <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=3&PrPag=1&PagSel=1&Numero=VS%2f565%2f03&Ambito=Vigilancia>, p.1, Acceso 25 de septiembre del 2012.

⁵⁰ Autoridad administrativa reguladora de la competencia en Argentina.

multadas por un total de 70.300.000 pesos argentinos (aproximadamente 17,5 millones de dólares), además, el mismo proceso constituye uno de los casos más representativos de colusión abierta de ese país.⁵¹

Al igual que la legislación Argentina, en el Ecuador la licitación colusoria se encuentra expresamente establecida en su legislación, el numeral 6 del Artículo 11 de la Ley de Regulación, la regula al prohibir: *“Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público”*⁵².

Como el resto de normas ecuatorianas que describen las prácticas mercantiles anticompetitivas, la licitación colusoria se presenta en un texto mucho más descriptivo pero también más confuso que la norma argentina, aunque es un mérito de la misma corregir la omisión de su norma predecesora, el literal e) del artículo 7 de la Decisión 608 de la CAN, ya que ésta aparentemente no incluía los procesos de contratación privados y aunque la prohibición general sí lo hacía, cabía la posibilidad de que en la práctica se den interpretaciones contrarias que vulneren la competencia que debe existir en estos procesos de contratación.

Podemos señalar que la sanción de esta práctica mercantil en base a la Ley de Regulación no exime la aplicación de sanciones de tipo penal ya que su aplicación claramente constituye una defraudación directa frente al comprador, específicamente sería aplicación el artículo 564 del Código Penal:

“Será reprimido con prisión de un mes a un año y multa de seis a cuarenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América, o con una de estas penas solamente, el que hubiere engañado al comprador:

⁵¹ Argentina, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, *Dictamen No. 510 del 08 de julio del 2005*, <http://www.cndc.gov.ar/conductas/oxigeno.pdf>, p.1, Acceso: 25 de septiembre del 2012.

⁵² Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado*, Registro Oficial Suplemento No.555 del 13 de octubre del 2012, p.3.

(...)

Acerca de la naturaleza u origen de la cosa vendida, entregando una cosa semejante en apariencia a la que se ha comprado o creído comprar⁵³.”

En este caso se engaña respecto a la naturaleza de la cosa vendida haciendo creer falsamente al comprador que adquiere el mejor producto posible.

2.2.3.- El reparto de mercados

Consiste en la segmentación de los mercados ya sea por zonas geográficas, clientela, o productos, esta repartición concertada entre oferentes, que puede ser expresa o implícita, tiene como objetivo evitar la competencia efectiva entre las empresas concertadas. El reparto de mercados proporciona a los involucrados un mayor control de los precios y la producción en su porción de mercado, a tal punto que en caso de no existir otros competidores, cada empresa vinculada al acuerdo constituiría un monopolio respecto al mercado segmentado que le ha sido asignado en la repartición. Cabe mencionar que la repartición de mercados también puede adquirir una forma vertical a través de la imposición del productor hacia sus distribuidores, situación que se muestra más acorde con un abuso de posición dominante por lo que le son aplicables las observaciones generales de esta figura, que a su vez podría revertirse en una repartición de las fuentes de abastecimiento.

La práctica jurídica estadounidense consideró en un principio al reparto de mercados (Market Division) como una forma de fijación de precios⁵⁴. Actualmente, el reparto de mercados no solo ha llegado a establecerse como una conducta diferente, sino que sus preceptos suponen además de la división de mercados por el territorio, a la división de mercados por el tipo de productos o el tipo de consumidores.

A pesar de que en Estados Unidos esta práctica mercantil debe ser juzgada bajo la regla per se, según lo señalado por el Departamento de Justicia y la Corte Suprema, varios jueces han contradicho esta afirmación aunque con un carácter excepcional, como ejemplo podemos citar el caso United States vs. Pan American World Airways Inc. 193 F Sup. 18 (S.D.N.Y. 1961), en donde se acusó a la empresa Pan American World

⁵³ Ecuador, Código Penal, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, p.201.

⁵⁴ Cfr. CABANELLAS Guillermo, Op. Cit., p.532.

Airways, W. R. Grace & Co. y a su subsidiaria Pan American-Grace Airways, de coludir en un reparto de mercados al acordar no transitar por las mismas rutas aéreas, finalmente no hubo una sanción per se, llegándose a determinar que la empresa Pan American World Airways habría utilizado su poder de mercado para obligar a la empresa Pan American –Grace Airways a limitar sus servicios fuera de las rutas de Pan American World Airways, por lo que la primera empresa fue efectivamente sancionada mientras que Pan American Grace Airways no⁵⁵.

El argumento principal que desestima la utilización de la regla per se en el sistema legal estadounidense es que la aplicación del reparto de mercados puede estar sujeta a motivos diferentes al control de la competencia, como vimos en el caso anterior el reparto de mercados puede surgir de la imposición de una empresa a otra (abuso de posición dominante), pero también es posible la utilización de esta figura para mejorar los sistemas de producción como por ejemplo para la reducción de costos⁵⁶.

Esta afirmación es concordante con la legislación de la Unión Europea en donde se considera al reparto de mercados como apta para la aplicación del sistema de exención, sin embargo se debe señalar que en la práctica jurídica de la Unión Europea existe la tendencia a considerarla como atentatoria de la competencia, esto se debe a que al ser la integración económica uno de los principales objetivos de la comunidad de la Unión Europea es comprensible la necesidad de prevenir este tipo de acuerdos, por cuanto los mismos surgen como una reacción natural para proteger su posición en un mercado que se ve afectado por el levantamiento de barreras legales que aumentan las posibilidades de competir con un mayor número de oferentes.

Debemos tener presente la posibilidad de que diferentes empresas, de distintos países oferentes de un mismo producto, aparenten un reparto de mercados pese a no ser verdaderos competidores ya que su conducta puede surgir a consecuencia de diferentes factores como por ejemplo legales o culturales. El TFUE incluye al reparto de mercados dentro de las conductas que deben ser consideradas como anticompetitivas dentro de su Artículo 101, apartado 1 literal C, como el resto de conductas establecidas en este artículo en caso de cumplirse con todos los requisitos señalados en el apartado 3 podrá ser declarada como exenta.

⁵⁵ Cfr. Estados Unidos, U.S. Supreme Court, *Pan American World Airways v. United States*, 371 U.S. 296 (1963), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/296/case.html>, p. 296, Acceso: 25 de septiembre del 2012.

⁵⁶Ibid, p. 535 y 536.

Dentro de la práctica jurisprudencial de la Unión Europea el reparto de mercados solamente ha sido declarada exenta de manera excepcional como en el caso *Transocean Marine Paint Association 1967*, en donde un grupo de fabricantes de pintura constituyó una asociación para brindarse apoyo técnico mutuo en la producción y oferta de sus productos, al respecto la Comisión Europea estableció que pese a existir un reparto de mercados en este caso el mismo podía ser considerado como lícito debido a sus beneficios económicos y técnicos, cumpliendo los requisitos del apartado 3 del artículo 101 del TFUE⁵⁷.

Un trato similar a la práctica jurídica que se da en la Unión Europea podemos encontrarlo en Argentina, en este país el reparto de mercados se encuentra enunciado en el literal C, del Artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y con un texto más amplio que la legislación de la Comunidad Europea destaca la mención que hace la ley argentina al carácter horizontal de la repartición para su sanción, siendo posible interpretar que el legislador ha considerado que la repartición vertical del mercado responde más a un tipo de abuso de posición dominante. Esto no impediría que un reparto de mercados vertical sea sancionado de encontrárselo anticompetitivo, bajo la prohibición general del Artículo 1, claro está, debiéndose demostrar la afectación al interés económico general.

Según la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia la repartición de mercados debe ser considerada como una conducta anticompetitiva cuya gravedad es incluso mayor que la fijación de precios por cuanto “...*aún cuando los precios sean rígidamente establecidos en una concertación igual cabe la posibilidad de que las empresas compitan entre sí en otros aspectos, como serían por ejemplo la calidad del producto, los cumplimientos de plazos de entrega o la prestación de servicios complementarios. En cambio, una efectiva división del mercado puede barrer con todas las oportunidades de competencia*”⁵⁸.

Este razonamiento sugiere un trato generalizado bajo la regla per se de esta práctica mercantil, a pesar de ello, como hemos observado en el caso de Estados Unidos y la

⁵⁷ Cfr. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Sentencia dictada el día 23 de octubre de 1974 en el caso Transocean Marine Paint Association contra la Comisión*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61974CJ0017:ES:PDF>, p.3, Acceso: 20 de Octubre del 2013.

⁵⁸ Argentina, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, *Dictamen del 16 de septiembre de 1983 en el Expediente Igarreta S.A. y Acfor S.A.*, en CABANELLAS Guillermo, Op. Cit., p. 544.

Unión Europea, existen situaciones en que esta práctica debe ser tolerada, si bien la norma argentina hace alusión únicamente a los casos de repartos de mercados horizontales, situaciones eximentes, como la aplicación de esta conducta para la mejora de la producción también son factibles.

Siguiendo la tendencia en Derecho Comparado, el Artículo 11, numeral 3 de la Ley de Regulación del Ecuador prohíbe el reparto de mercados, expresamente indica al reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas⁵⁹. Esto implica un avance frente a su norma predecesora, la Decisión 608 de la CAN la cual se limitaba a prohibir el reparto del “*mercado de bienes o servicios*”⁶⁰.

A diferencia de la normativa argentina, la Ley de Regulación no hace ninguna referencia al carácter horizontal del reparto de mercados, por lo que se entendería que el reparto vertical también se encuentra prohibido según la norma citada, siempre que ésta afecte a la competencia en relación con la eficiencia económica y el bienestar general.

En la práctica jurídica no han existido hasta el momento sanciones por aplicar un reparto de mercados. En el Ecuador existen varios sectores sumamente concentrados, en donde es muy probable la utilización de este tipo de práctica mercantil, como lo señala el ex subsecretario de la Competencia, Fausto Alvarado, al referirse a los mercados ecuatorianos “...*en la mayoría de los estudios de la Subsecretaría de Competencia realizados en el 2009 y 2010, hay mucha tendencia a la cartelización. Es una economía de cárteles, de oligopolios y de acuerdos anticompetitivos*”⁶¹.

Entre los mercados más concentrados podemos mencionar al ensamblaje automotriz, en donde tres empresas controlan el 100% de la participación del mercado; la producción de embutidos, aquí cinco empresas controlan el 55% de la participación del mercado; y, la distribución de medicamentos cuyo el 75% de la participación del mercado se encuentra controlado por cinco empresas⁶².

⁵⁹ Cfr. Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado*, Registro Oficial Suplemento No.555 del 13 de octubre del 2012, p.11.

⁶⁰ Cfr. Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 608*, Registro Oficial Suplemento Especial No.18 del 25 de Febrero del 2008, p.363.

⁶¹ Anónimo, *Ecuador tiene una Economía de Cárteles*, Revista Vanguardia, Ecuador, 25 de julio del 2011, p.24.

⁶² Cfr. Anónimo, *Antimonopolio: La ley que no llega*, Revista Vanguardia, Ecuador, 3 de julio del 2011, p.16.

2.2.4.- La limitación de la producción

Mientras un producto deseado por los consumidores sea más difícil de conseguir, el precio que estos estarán dispuestos a pagar será más elevado. En base a este principio de la economía las empresas competidoras que aplican esta estrategia anticompetitiva acuerdan limitar su producción ya sea disminuyendo o paralizando propiamente la producción, o limitando su distribución, comportamiento ante el cual el consumidor reaccionará con una predisposición a pagar precios más elevados de los que estaría dispuesto a cancelar en una situación de competencia normal.

Aunque la aplicación de esta práctica podría eventualmente beneficiar incluso a aquellos competidores que no forman parte del acuerdo, por cuanto los consumidores consumirían en mayor proporción sus productos, la alteración de la competencia afecta claramente de manera negativa a los consumidores.

La figura de la limitación de la producción puede en ciertas ocasiones ser utilizada para encubrir una fijación de precios, los oferentes manipulan los niveles de producción para regular concertadamente los precios, de hecho la práctica jurídica estadounidense la considera como una forma de fijación de precios por la afectación que implica sobre los mismos, consecuentemente su juzgamiento es aplicado con gran severidad bajo la regla per se. Esta interpretación ha sido sentada en el proceso National Macaroni Manufacturers Association contra Federal Trade Commission (F.T.C.) en 1965, en este caso la Corte de Apelaciones estadounidense ratificó la sanción de la F.T.C., indicando que efectivamente la National Macaroni Manufacturers Association al establecer conjuntamente limitaciones a la producción de spaghetti y macarroni estaba indirectamente manipulando los precios del mercado en contradicción con las disposiciones de la Sherman Act y por lo tanto debía ser juzgada bajo la regla per se.

A pesar de este precedente, en la práctica estadounidense, otras prácticas mercantiles relacionadas con la producción suelen ser juzgadas bajo la regla de la razón, entre ellas se destacan la homogeneización de los productos y la adquisición conjunta de insumos, prácticas que se caracterizan por mejorar la producción y no limitarla.

Al igual que en Estados Unidos, la legislación de la Unión Europea considera que las prácticas vinculadas a la producción pueden eventualmente tener efectos

precompetitivos, específicamente establece exenciones para las prácticas relacionadas con la investigación u homogenización de los productos. A pesar de ello, el trato general que recibe esta práctica mercantil por parte de las autoridades de la Unión Europea es comparable a un tratamiento bajo la regla per se, esto se debe a que la conducta contradice directamente al primer requisito necesario para obtener una exención en base al apartado número 3 del Artículo 101 del TFUE, mediante el cual, la práctica mercantil deberá “*mejorar la producción*”⁶³.

Si interpretamos que el mejorar la producción implica el aumento de la misma, declarar exenta su limitación sería contradictorio. Respecto a las exenciones, el trato que recibe la limitación de la producción en Argentina es muy diferente al de la legislación de la Unión Europea, a pesar de que las normas respectivas que prohíben esta conducta son muy similares. Esto se debe a que la legislación Argentina no contempla un sistema de exenciones, siendo posible interpretar que toda práctica mercantil está exenta a menos que la misma afecte al interés económico general, en contraste dentro de la legislación de la Unión Europea, únicamente se toleran los casos previstos en Reglamentos específicos.

En el Ecuador la limitación de la producción se encuentra expresamente regulada por el numeral 2 del Artículo 11 de la Ley de Regulación, en el texto de la norma se incluyen sus tres formas principales: restricción, distribución y paralización de la producción. Cabe señalar que el artículo menciona además a la repartición de la producción, a pesar de que esta conducta en un ámbito anticompetitivo se relaciona más con un reparto de mercados y al control concertado de la producción, distribución y comercialización, que dependiendo su forma pueden ser relacionadas más con una fijación de precios. Hubiera sido preferible que la norma omita estas derivaciones adicionales referentes a la producción ya que cabe la posibilidad de que una conducta determinada sea erróneamente tomada por otra, e incluso que se sancione dos veces un mismo comportamiento.

A diferencia del sistema europeo, la limitación de la producción en el Ecuador no se encuentra excluida del sistema general de exenciones del Artículo 12. Un avance sería que se llegue a contemplar, ya sea jurisprudencial o reglamentariamente, casos de

⁶³ Unión Europea, *Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento la Unión Europea*, Op. Cit., p.88.

excepción que se relacionen con la investigación u homogenización siendo ésta la tendencia en Derecho Comparado, si bien la práctica jurídica internacional generalmente proporciona un trato bajo la regla per se para esta práctica mercantil, la existencia cada vez mayoritaria de excepciones avalaría un análisis más profundo para el juzgamiento de este tipo de conductas.

2.2.5.-El boicot

Esta práctica mercantil se da cuando dos o más empresas oferentes acuerdan de manera previa negarse a vender, comprar, o a realizar cualquier tipo de negociación con otra empresa o empresas competidoras anteriormente establecidas, esto con la finalidad de eliminarlas, complicar su competencia en el mercado o imponer un comportamiento determinado en limitación de su libertad.

El siguiente ejemplo nos muestra en donde radica el beneficio de aplicar este tipo de prácticas: *“Las Empresas A y B producen productos similares y utilizan a la Empresa C, una vendedora grande y a la Empresa D, una vendedora más chica, para distribuir su producto. Para subir las ventas y competir con la Empresa C, la Empresa D decide ofrecer un descuento en los productos originarios de las Empresas A y B. Reconociendo que sus ventas pueden bajar por las acciones de la Empresa D, la Empresa C le advierte a las Empresas A y B que no manejará sus productos si permiten que la Empresa D continúe con sus descuentos. Las Empresas A y B le advierten a la Empresa D que no le proveerán más producto si continua con sus descuentos. Las Empresas A y B han cometido un boicot ilegal⁶⁴”.*

Algunos tratadistas consideran también al boicot dentro de las prácticas mercantiles anticompetitivas relacionadas con el abuso de posición dominante debido a que la aplicación de esta medida implica generalmente la existencia de la mencionada posición. Bajo esta perspectiva no solo se debe sancionar el acuerdo anticompetitivo entre empresas sino también la aplicación de la medida en los casos en que la misma sea aplicada de manera unilateral.

⁶⁴ Estados Unidos, Washington State Office of the Attorney General, *Guía Introductoria Sobre Las Leyes Antimonopolísticas*, <http://www.atg.wa.gov/Default.aspx>, p.1., Acceso: 02 de octubre del 2012

El trato otorgado a ésta práctica mercantil ha sido objeto de un constante desarrollo a través de la jurisprudencia estadounidense, si bien los fallos iniciales de la Corte Suprema lo consideraron como una práctica a juzgarse bajo la regla *per se*, como en el caso *Eastern States Retail Lumber Dealer's Association vs. United States*, en 1914, en donde empresas madereras se negaban a vender a determinados compradores mediante la utilización de una lista negra⁶⁵, resoluciones subsiguientes ampliaron la posibilidad de que el boicot se evalúe a través de la regla de la razón en situaciones particulares como en el caso *Klor's Inc. vs. Broadway – Hale Stores* (1951), en donde Klor's Inc. vendedor minorista de electrodomésticos, denunció la aplicación de un boicot por cuanto le vendían los productos a precios excesivos a diferencia del resto de competidores, mientras que el demandado alegó que existían muchos otros vendedores mayoristas dispuestos a vender y por lo tanto no había una afectación real a la competencia⁶⁶.

Allen C. Horsley, tras analizar los principales fallos estadounidenses pertinentes, ha señalado que para juzgar al boicot bajo la doctrina *per se* es necesario que la conducta presente una clara intención de vulnerar la competencia o contenga un potencial efecto anticompetitivo, en ausencia de ambos requisitos su juzgamiento debería realizarse bajo la regla de la razón. Al analizar los conceptos básicos de la regla *per se* podemos concluir que desde el momento que se evalúa, si la conducta tiene un objeto o efecto anticompetitivo, ya estamos aplicando la regla de la razón, consideración concordante con las Directrices del Departamento de Justicia expedidas en el 2001 que señalan que todas las conductas no señaladas como *per se* por el mismo texto deberían ser juzgadas en base a la regla de la razón.

En la Unión Europea, aunque la negativa a tratar o vender ha sido considerada usualmente bajo la perspectiva del abuso de posición dominante⁶⁷, los acuerdos entre empresas para aplicar esta conducta también son sancionables, aunque es posible argumentar que las empresas implicadas deben tener una posición dominante dentro del

⁶⁵ HORSLEY Allen C., *Per Se Illegality and Concerted Refusals to Deal*, 13 B.C.L. Rev. 484 (1972), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol13/iss3/3> Allen C. Horsley, p.485, Acceso: 02 de octubre del 2012.

⁶⁶ U.S. Supreme Court, *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.* - 359 U.S. 207 (1959), Op. Cit., p. 207, Acceso:02 de octubre del 2012.

⁶⁷ Cfr. LAMBERT Ariel, *El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia*, Revista Argentina de Derecho Empresario, Fecha de publicación: 15 de junio del 2005, <http://ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=40361&print=1>, p1., Acceso: 02 de octubre del 2012.

mercado relevante que se analiza para constituir un daño real, el acuerdo para llevar a cabo un boicot constituye por sí mismo un atentado contra la competencia y como tal es sancionable en base a lo establecido por el enunciado del Artículo 101 del TFUE a pesar de no estar dentro de las prácticas enlistadas como anticompetitivas.

Dependiendo de la forma del acuerdo y de la interpretación podría llegarse a relacionar esta conducta con las nombradas dentro de este artículo, principalmente el literal D, que resalta como sancionable el “*aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva*”⁶⁸.

A diferencia de la legislación europea que inspiró su texto, la normativa argentina sí establece de manera puntual al acuerdo que concierne un boicot como una práctica mercantil anticompetitiva (literal 1 del Artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia). Respecto a esta práctica mercantil la Cámara Nacional de Apelaciones de Argentina realizó una interesante interpretación en la resolución dictada dentro del caso presentado por el grupo de Sanatorios Médicos, de Buenos Aires, en contra de la Asociación de Anestesia, Analgesia y Reanimación de la misma ciudad en el 2003. En este fallo se rechaza el argumento presentado por la Asociación de Anestesia dentro del cual objetó que su conducta no podía ser sancionada ya que carece de una posición dominante en el mercado bajo análisis. Al respecto, la Cámara ha contestado que no es necesaria la existencia de una posición dominante para sancionar el boicot, siempre y cuando este provenga de un acto colectivo⁶⁹, es decir, un acuerdo. Personalmente, no considero que el origen unilateral o colectivo de un acto deba ser el único punto de referencia para aplicar una sanción, sino que debe evaluarse el objetivo y los efectos de la conducta.

En el Ecuador, a pesar de que la figura del boicot puede relacionarse con varias de las conductas expresadas en los numerales del Artículo 11 de la Ley de Regulación, son los numerales 13, 14 y 15 los que describen sus principales elementos referentes a la negativa por parte de las empresas para vender, tratar o negociar, respectivamente, con otra empresa o empresas. Si bien el numeral 16 también consiste en una forma de

⁶⁸ Unión Europea, Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento la Unión Europea, Op. Cit., p.88.

⁶⁹ MEDRANO Martínez, *Boicot empresarial y defensa de la competencia*, LA LEY (Argentina) 2004 - C - 1249 (2004), <http://works.bepress.com/martinezmedrano/32>, p.1., Acceso: 02 de octubre del 2012.

boicot, la misma se referiría a una aplicación vertical de la conducta. La negativa a vender o tratar, establecidas en los numerales 13 y 14 establecen que la misma deberá ser sancionada en caso de que esta se considere ‘injustificada’.

No existe explicación de la normativa legal vigente respecto a qué se debe entender como una aplicación ‘injustificada’, pese a ser nombrada como requisito para aplicar la prohibición de varias de las conductas establecidas por el Artículo 11. Aunque es válido interpretar que las conductas injustificadas son aquellas no consideradas como susceptible de exención por parte del Artículo 12 o 13 de la Ley de Regulación, en el caso de los numerales 13 y 14, siguiendo los lineamientos de las legislaciones estadounidense y europea podría considerarse justificada la negativa a vender en los casos relacionados con la imposibilidad del acto, el desacuerdo entre oferente y consumidor en el precio o la negativa desvinculada con las estrategias anticompetitivas que se maneje dentro de la libertad del oferente. Mientras que, respecto a la negativa a tratar, regulada por el numeral 14 respecto a la negación a pertenecer a una asociación, esta se vería justificada en caso de que la misma se base en el incumplimiento de requisitos legales.

Capítulo III

Acuerdos Verticales Anticompetitivos

3.1.- Aspectos generales de los acuerdos verticales anticompetitivos

Los acuerdos verticales se diferencian de los acuerdos horizontales principalmente en dos aspectos. En primer lugar, como lo sugiere su nombre, los acuerdos verticales son aquellos que se producen entre empresas pertenecientes a distintos niveles de una cadena de producción o distribución, es decir, existe una relación vertical entre los mismos. El segundo punto es referente a sus efectos, los acuerdos verticales a diferencia de los horizontales no son generalmente perjudiciales para la competencia y en algunos casos pueden resultar incluso favorables a la misma (como por ejemplo el proteger a un grupo de competidores que podrían eliminarse frente a otros). Por esta razón, Jorge Witker los denomina como “*prácticas restrictivas relativas*”⁷⁰ y son usualmente analizados legislativamente bajo la Regla de la Razón.

Debemos tener en cuenta que los actos verticales “...*tienen lugar entre empresas que operan en distintos mercados, por lo que siempre es importante efectuar una determinación adicional a la mera existencia del acto vertical, con el fin de decidir si este tiene algún efecto ilícito en los mercado en que operan las empresas participantes en tal acto*”⁷¹.

Lo que se sanciona no es el acuerdo vertical, sino los efectos horizontales entre los competidores de un mercado. Es importante tener en cuenta que en este Capítulo se tratará únicamente los acuerdos verticales anticompetitivos y no a todas las prácticas anticompetitivas de carácter vertical, aunque diferentes tratadistas han optado por analizar estas conductas de manera conjunta, tomando en cuenta la clasificación realizada en el presente trabajo y las características principales de las prácticas mercantiles, las mismas serán analizadas al tratar el abuso de posición dominante.

Pese a que los acuerdos verticales anticompetitivos y los acuerdos horizontales anticompetitivos son sancionados en Estados Unidos a través de la misma base

⁷⁰ WITKER Jorge, Op. Cit., p.60.

⁷¹ CABANELLAS Guillermo, Op. Cit., p.694.

legislativa (artículo 1 de la Sherman Act), el desarrollo jurisprudencial estadounidense ha marcado lineamientos diferentes para su juzgamiento, aunque los mismos no presentan un carácter absoluto, la tendencia a juzgar los acuerdos mercantiles verticales, a través del uso de la regla de la razón, es clara. Por su naturaleza, este tipo de conductas merecen una atención especial por parte de las autoridades de la competencia para no sancionar aquellas que beneficien al mercado, ya que “...*virtualmente todos los tipos de restricciones verticales posibles admiten motivaciones vinculadas con el incremento de la eficiencia y motivaciones vinculadas con la apropiación de rentas monopólicas*”⁷².

Consideraciones similares se llevaron a cabo en el caso Continental vs. GTE Sylvania en 1977, en este proceso el vendedor minorista de televisores Continental demanda al fabricante GTE Sylvania, alegando un perjuicio a la competencia al establecer acuerdos para el reparto vertical del mercado, al respecto la Corte Suprema estadounidense estableció que, si bien los acuerdos verticales limitaban la competencia respecto a los productos, favorecía a la competencia entre marcas⁷³.

Los acuerdos anticompetitivos de carácter vertical son sancionados en la legislación Europea en base al artículo 101 del TFUE, y han sido considerados por los fallos de la Comisión Europea⁷⁴ como conductas mucho más proclives a la exención que las prácticas concertadas de carácter horizontal, como resultado y prueba de ello, el día 20 de abril del 2010 la Comisión expide el Reglamento No. 330/2010, cuyo texto se centra en establecer cómo y en qué casos opera la aplicación de la exención establecida en el apartado 3 del Artículo 101 del TFUE respecto a los acuerdos de tipo vertical⁷⁵.

Este Reglamento, claramente, da una mayor libertad a este tipo de prácticas e incluso ‘declara’ en el apartado 1 de su Artículo 3, que todos los acuerdos de carácter vertical están exentos, sin embargo, el resto del cuerpo normativo se centra en establecer requisitos y situaciones específicas necesarias para que la mencionada exención sea aplicable, motivo por el cual la percepción dentro de la práctica jurídica europea respecto a los acuerdos verticales es comparable a la utilización de la regla de la razón

⁷² COLOMA Germán, *Integración y contratos verticales entre empresas*, www.ucema.edu.ar/~gcoloma/vertical.pdf, p.2, Acceso: 03 de octubre del 2012.

⁷³ Ibid., pp.12 y 13.

⁷⁴ Ibid., p.17.

⁷⁵ En este reglamento no se trata los casos de posición dominante de carácter vertical solo los acuerdos.

en el sistema judicial estadounidense, siendo necesario para considerar un acuerdo vertical como anticompetitivo establecer si este no está exento en base al apartado 3 del Artículo 101 del TFUE en concordancia con las disposiciones del Reglamento No.330/2010. Adicionalmente, estas consideraciones deben complementarse con las Directrices Relativas a las Restricciones Verticales, documento que establece los principios necesarios para interpretar la legislación relacionada con las prácticas de carácter vertical.

En Argentina, los acuerdos verticales de carácter anticompetitivo se sancionan en base a los Artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y al igual que la legislación estadounidense no contempla una diferenciación entre las prácticas horizontales y las prácticas verticales, motivo por el cual tienen un trato general similar, es decir, para que este tipo de conductas sean sancionadas deberán vincularse con el tipo de conductas señaladas en el Artículo 2⁷⁶ y para no contradecir el Artículo 1 será necesario demostrar una posible afectación al interés económico general.

Pese al trato homogéneo que otorga la normativa de este país a las prácticas horizontales y verticales, la CNDC mediante sus pronunciamientos, ha demostrado una aplicación más benevolente hacia las prácticas de carácter vertical⁷⁷, a medida de ejemplo podemos mencionar los casos CNDC contra Acfor e Igarreta y FECRA y otros contra YPF, procesos en los que se permitió continuar con la conducta vertical inicialmente cuestionada.

En el Ecuador, como se mencionó al tratar los acuerdos horizontales anticompetitivos, la Ley de Regulación no realiza una diferenciación respecto al trato que se debe aplicar a las prácticas de carácter vertical u horizontal, aunque en algunas ocasiones la norma hace mención a la verticalidad existente entre las empresas, como en el caso del numeral 16 del Artículo 11. En este artículo también se señalan diferentes conductas que son por naturaleza de carácter vertical, a pesar de que la misma no se encuentre contemplada expresamente en la norma, este es el caso de los principales acuerdos de carácter anticompetitivo, la fijación de precios de reventa y los acuerdos de exclusividad.

⁷⁶Generalmente tratándose de acuerdos verticales, la sanción provendrá de los literales a) y g).

⁷⁷Coloma <http://www.ucema.edu.ar/u/gcoloma/vertical.pdf> fallo citado CNDC contra Acfor e Igarreta

Aunque todavía no existe un desarrollo suficiente de la legislación ecuatoriana respecto al Derecho de la Competencia para su aplicación, siguiendo la tendencia en Derecho Comparado y en vista de que se contempla un sistema de exenciones similar al europeo, es probable que la aplicación del mismo sea más proclive respecto a las prácticas mercantiles de carácter vertical.

3.2.- Análisis de los principales tipos de acuerdos Verticales Anticompetitivos

3.2.1.-La fijación de precios de reventa

Cuando una empresa acuerda, ya sea de manera tácita o expresa, distribuir los productos que recibe al precio establecido por la empresa que los proporciona, estamos ante una fijación de precios de reventa o fijación concertada de precios de reventa. Para diferenciarla de los abusos de posición dominante, esta figura puede adquirir varias formas, ya sea a través de la fijación de una cifra concreta, la fijación de un precio mínimo o el afianzamiento de un precio máximo.

El argumento que señala a la fijación de precios de reventa como una práctica mercantil anticompetitiva radica en que al ser estos precios preestablecidos las empresas distribuidoras dejarían de competir por ofertar sus productos al precio más bajo. Frente a este argumento se indica que la fijación de precios puede ser incluso beneficiosa para la competencia, ya que obliga a los distribuidores a competir en otros aspectos para captar clientes como son la prestación de servicios complementarios, mejora del producto, una atención más capacitada y rápida, etc.

Si bien la jurisprudencia estadounidense ha considerado que el establecer precios de reventa fijos o mínimos tiene una mayor capacidad para afectar a la competencia que la fijación de precios de reventa máximos, actualmente ambas conductas son juzgadas a través de la regla de la razón, esta interpretación ha sido claramente establecida a partir de los casos Khan contra State Oil (1997)⁷⁸, respecto a la fijación de precios máximos y el caso PSK contra Leegin (2007)⁷⁹ sobre la fijación de precios fijos y mínimos. Para establecer la licitud de la fijación de precios de reventa Cabanellas ha señalado que el derecho estadounidense considera los siguientes elementos:

⁷⁸Estados Unidos, U.S. SupremeCourt, *StateOil Co. v. Khan* - 522 U.S. 3 (1997),

<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/522/3/>, p. 1, Acceso: 03 de octubre del 2012.

⁷⁹Estados Unidos, U.S. SupremeCourt, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* - 06-480 (2007), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/06-480/>, p. 1, Acceso: 03 de octubre del 2012.

a) *Si se trata de un precio máximo o bien de un precio fijo o mínimo: Aunque actualmente se considere que ambas conductas deben ser juzgadas bajo la regla de la razón, establecer un precio fijo o un precio mínimo para la reventa sigue interpretándose como de mayor gravedad que establecer un precio máximo.*

b) *“El poder de mercado de quien impone el precio: El poder de las empresas implicadas no siempre es suficiente para afectar a la competencia.*

c) *El impacto efectivo de la práctica sobre el mercado: Es necesario considerar si efectivamente la práctica está causando un daño real a la competencia del mercado relevante, siendo su determinación fundamental para establecer su licitud o ilegalidad⁸⁰”.*

El acuerdo para establecer precios fijos de reventa se encuentra expresamente prohibida en la Unión Europea por el Artículo 101, numeral 1, literal A del TFUE. A diferencia del resto de conductas establecidas en este artículo existen consideraciones normativas especiales respecto a su exención.

La regla general nos indica que las conductas establecidas en el Artículo 101 podrían llegar a ser consideradas exentas de cumplir los requisitos establecidos en su apartado número 3, en concordancia con los requisitos del Reglamento No.330/2010, en el caso de los acuerdos de carácter vertical. Pero, al revisar el Artículo 4, literal A del Reglamento en correspondencia con su considerando número 10 encontraremos una prohibición expresa que declara a la fijación de precios de reventa fijos o a la fijación de precios de reventa mínimos, *“excluidos del beneficio de la exención por categorías establecidas en el presente Reglamento⁸¹”*, hecho que nos lleva a dos conclusiones importantes. La primera es que al omitir mencionar a la fijación de precios máximos puede sostenerse que el legislador los considera susceptibles de la exención establecida en Reglamento No.330 y, la segunda es que a pesar de establecer precios fijos y mínimos no pueden ser exentos en base al Reglamento No.330, no impide que se los

⁸⁰ Cfr. CABANELLAS Guillermo, Op. Cit., p.701.

⁸¹ Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, *REGLAMENTO (UE) N o 330/2010 DE LA COMISIÓN de 20 de abril de 2010*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:102:0001:0007:ES:PDF>, p.02, Acceso:04 de octubre del 2012.

declare exentos en caso de cumplir con los requisitos del apartado 3 del Artículo 101 del TFUE.

En Argentina, el acuerdo para establecer precios de reventa, entendido como el acto de concertar en forma indirecta el precio de venta⁸², se encuentra expresamente sancionado por el literal A, del artículo 2 de la Ley argentina de Defensa de la Competencia y al igual que las autoridades de los Estados Unidos y la Unión Europea, la CNDC ha diferenciado a la fijación de precios fijos y mínimos de la fijación de precios máximos, mostrando frente a esta última un carácter mucho más permisible, como lo demuestra el dictamen expedido por la CNDC en el proceso Cámara de Expendedores de Combustibles contra Yacimientos Petrolíferos Fiscales, en 1995, en donde la CNDC permitió una fijación máxima de los precios de reventa de combustible aceptando el argumento de los demandados, según el cual, en este caso, la fijación de precios de reventa es necesaria para sostener una estrategia de competencia legítima de reducción de precios. En otras palabras, el productor busca competir con otros oferentes reduciendo el precio para el consumidor final, como este se maneja a través de distribuidores, sin una fijación de precios máximos de reventa, los distribuidores podrían aumentar los precios, ocasionando que la estrategia del fabricante no surta ningún efecto y se perjudique al consumidor⁸³.

Respecto a la legislación argentina no es pertinente considerar que la fijación de precios mínimos recibe un trato similar a la regla per se mientras que los precios máximos son juzgados bajo la regla de la razón, ya que deben realizarse consideraciones respecto a posibles ventajas de eficiencia en situaciones en que este tipo de prácticas mercantiles se aplica para hacer más competitivo a su producto frente a empresas que tienen un poder de mercado mayor.

En el Ecuador, el numeral 17 del Artículo 11 de la Ley de Regulación prohíbe la fijación de precios de reventa cuando la misma sea considerada como injustificada. Como se mencionó al analizar el boicot, la Ley de Regulación no define de forma directa en qué ocasiones las prácticas mercantiles anticompetitivas pueden ser entendidas como justificadas o no, pero un primer acercamiento lo encontramos en los

⁸² Cfr. Argentina, *Ley 25.156 Ley de Defensa de la Competencia*, Op. Cit., p.1.

⁸³ Argentina, Dictamen CNDC, *Proceso Cámara de Expendedores de Combustibles Contra Yacimientos Petrolíferos Fiscales 23/01/95*, CABANELLAS Guillermo, Op. Cit., p. 714.

Artículos 12 y 13 de la misma ley, por lo que es posible interpretar que la fijación de precios de reventa se encontraría justificada de ser considerada susceptible de exención o en los casos que las empresas que apliquen esta conducta no tengan suficiente poder de mercado para implicar una afectación a la competencia (regla de mínimos). Esto se aplicaría únicamente a la fijación de precios a través de prácticas concertadas y no a la fijación de precio por abuso del poder de mercado contemplada en el numeral 20 del Artículo 9.

Actualmente, no existe una diferenciación expresa respecto a la fijación de precios mínimos o máximos de reventa en el Ecuador. Como observamos con anterioridad existe una tendencia en Derecho Comparado que indica un trato más benevolente respecto a la fijación de precios de reventa máximos, lineamientos que sería prudente incluirlos legislativa o jurisprudencialmente en el Ecuador.

3.2.2.-Los acuerdos de exclusividad

A través de este acuerdo, el proveedor se compromete a vender solo a las empresas establecidas en el acuerdo, o en otra modalidad las distribuidoras acuerdan comprar los productos solo al proveedor parte del acuerdo, también es posible un acuerdo de exclusividad mutua, es decir, el proveedor acuerda vender solo a los distribuidores establecidos en el acuerdo y estos a comprar únicamente a este proveedor, en algunas ocasiones estos acuerdos tienen implicaciones territoriales cuando los implicados se comprometen a vender en áreas específicas.

Esta práctica mercantil se vuelve anticompetitiva al utilizarla como una herramienta para eliminar a la competencia existente o imponer barreras de entrada a aquellas empresas que desean ingresar, las empresas excluidas del acuerdo se ven en necesidad de acudir a otros proveedores o distribuidores, según el caso, lo que eventualmente puede provocar una desventaja competitiva consistente en una mayor dificultad para conseguir el producto, aumento de costos, o la imposibilidad para conseguir el producto.

Esta conducta además de encontrarse sancionada en Estados Unidos por la sección 1 de la Ley Sherman está regulada de manera expresa por la sección 3 de la Ley Clayton (Clayton Act 1914), normativa en base a la cual la Corte Suprema ha establecido, a partir del caso Estándar Oil Company contra Estados Unidos (1949), que es necesario

demostrar una “*disminución real o potencial*”⁸⁴ de la competencia para llegar a una sanción. Si bien fue una aproximación al uso de la regla de la razón, no fue hasta el caso Continental contra GTE Sylvana en 1977, señalado con anterioridad, en que el uso de la regla per se fue descartado. El término utilizado fue “*regla de la razón estructurada*”⁸⁵ (structured rule of reason) para determinar la necesidad de evaluar los efectos procompetitivos contra los efectos anticompetitivos, razonamiento coincidente con las Directrices de Derecho de la Competencia elaboradas por el Departamento de Justicia de ese país.

Aunque existen similitudes con la práctica jurídica de la Unión Europea, respecto al trato que deben recibir los acuerdos de exclusividad, existen particularidades que vale la pena indicar. Los acuerdos de exclusividad son sancionables en la Unión Europea en base al apartado 1 del Artículo 101 del TFUE y pueden ser declarados exentos por el Reglamento 330/2010 en concordancia con el apartado 3 del mismo artículo.

Debemos tener en cuenta que en la práctica jurídica de la Unión Europea este tipo de conductas suelen relacionarse con estrategias de división territorial, que al igual que las prácticas de instauración de precios fijos o precios mínimos, se encuentran fuera de las exenciones del Reglamento 330/2010, (Artículo 4 literal B) del Reglamento 330/210), hecho que no impediría que la conducta se declare exenta de llegarse a probar el cumplimiento de los requisitos del apartado 3 del Artículo 101 del TFUE.

Aunque este tipo de acuerdos fueron inicialmente sancionados por las autoridades de la Unión Europea, como en el caso de la Comisión Europea contra Constan y Grundig (1966), en donde se determinó como anticompetitivo el acuerdo de exclusividad celebrado entre la productora de electrodomésticos Constan y su distribuidora Grundig⁸⁶, el reconocimiento de casos merecedores de exención puede encontrarse a partir del año 1968 en el caso Brassiere de Haecht contra Wilkin-Janssens, en donde se permitió un contrato de compra venta exclusiva de cerveza, determinándose la inexistencia de barreras de entrada y por ende la no afectación a la competencia⁸⁷.

⁸⁴ WITKER Jorge, Op. Cit., p.124.

⁸⁵ COLOMA Germán, *Integración y contratos verticales entre empresas*, Op. Cit., pp.12 y 13.

⁸⁶ Cfr. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Sentencia dictada el día 13 de julio de 1966 en el caso Comisión Europea contra Constan y Grundig*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964CJ0056:ES:PDF>, p.421. Acceso: 04 de octubre del 2012.

⁸⁷ Cfr. COLOMA Germán, Op. Cit., p 276.

En la legislación argentina, los acuerdos de exclusividad anticompetitivos se encuentran prohibidos por el Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en concordancia con el Artículo 2 literal J en donde se describe a esta conducta como aquella que busca “*Sujeta 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*”⁸⁸.

Aunque esta prohibición parece absoluta debemos recordar que para aplicarla es necesario demostrar la posible afectación al ‘interés económico general’ según lo señalado por el Artículo 1, hecho en base al cual, la CNDC ha fundamentado sus dictámenes declarando exentos a diversos acuerdos de exclusividad por no considerarlos perjudiciales para la competencia, interpretación que fue palpable a partir de casos como CNDC contra Acfor e Igarreta (1984) y Casa Amado contra Casa Garat y otros en 1985⁸⁹.

En el Ecuador el Artículo 11 de la Ley de Regulación incluye los acuerdos de exclusividad al prohibir en su numeral 19 el “*establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados*”⁹⁰. Como se mencionó en la fijación de precios de reventa, no existe una descripción para determinar en qué momento esta conducta puede tenerse como justificada siendo el único referente los casos de exención de los artículos 12 y 13 de la misma ley.

A igual que el resto de conductas analizadas incluidas dentro de la Ley de Regulación, es casi imposible que se aplique esta estrategia anticompetitiva sin transgredir otros de los numerales del Artículo 11, está una falla en la redacción de la norma ya que se presta para interpretar erróneamente que se ha llevado a cabo una serie de estrategias anticompetitivas cuando solamente se ha aplicado una, lo que a su vez podría tener repercusiones perjudiciales al establecer la sanción. Un ejemplo lo tenemos al analizar los acuerdos de exclusividad que además del numeral 19, podrían ser relacionados con alguna o varias de las siguientes conductas establecidas en los numerales del Artículo 11:

⁸⁸ Cfr. Argentina, Ley 25.156 Ley de Defensa de la Competencia, Op. Cit., p.1.

⁸⁹ COLOMA Germán, Op. Cit., p. 308.

⁹⁰ Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado, Op. Cit., p.11.

Numeral 8: Aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.

Numeral 9: Aplicación de represalias para disuadir a una determinada conducta.

Numeral 16: Suspensión vertical de un servicio monopólico.

Numeral 18: Levantamiento de barreras de entrada

Numeral 20: Impedimento del acceso o permanencia de competidores por razones distintas a la eficiencia económica⁹¹.

⁹¹ Cfr. Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado*, Op. Cit., p.11.

Capítulo IV

Abuso de Posición de Dominio

4.1.- Aspectos generales del abuso de posición de dominio

Son aquellas empresas que detentan una posición de dominio o posición dominante quienes tienen una mayor probabilidad de obstaculizar los fines del Derecho de la Competencia, pero es el abuso de dicha posición y las prácticas anticompetitivas o desleales encaminadas a obtenerlas lo que realmente se debe sancionar, es por esto que, normativamente, las situaciones extremas de posición dominante son incluso consideradas expresamente como legítimas, entre ellas podemos nombrar las siguientes:

1. Monopolios naturales, en donde no se perjudica a otros oferentes y se beneficia a los consumidores.
2. Monopolios estatales instaurados para precautelar el bien común sobre la libre competencia.
3. Posición dominante causada por privilegios legalmente otorgados en materia de propiedad intelectual como las licencias y las patentes.

De manera concordante, la Comisión Nacional de la Competencia de España, interpretando la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, dice: *“La legislación española no sanciona la mera posición dominante, puesto que esta puede ser resultado de un buen desempeño empresarial, sino un abuso de la misma que pretenda restringir la libre competencia debilitando a los competidores, obstaculizando la entrada a otras empresas o aplicando condiciones injustas a clientes o proveedores⁹².”*

El abuso de posición dominante consiste en la estrategia mercantil por parte de una o varias empresas que actúan colusivamente para imponer al resto de competidores una actuación determinada que les impide hacer uso de su libertad para contender en un mercado específico. Como lo indica su nombre, para aplicar esta práctica es necesario gozar de una ‘posición dominante’, es decir, detentar un lugar privilegiado en el

⁹² España, Comisión Nacional de la Competencia, *Abuso de Posición Dominante*, <http://www.cncompetencia.es/Inicio/FAQ/Glosario/tabid/101/Default.aspx?item=155>, p.1., Acceso: 04 de octubre del 2012.

mercado con la capacidad suficiente para influir en su comportamiento en base a actuaciones propias. Las prácticas mercantiles anticompetitivas de abuso de posición de dominio mantienen una estrecha relación con los acuerdos anticompetitivos señalados con anterioridad ya que estos pueden ser el precedente a una práctica de abuso de posición de dominio, aunque también es posible una aplicación unilateral de las mismas. Para diferenciarlas es necesario resaltar que las conductas anticompetitivas de abuso de posición dominante se caracterizan por cuanto las empresas hacen uso de su posición privilegiada en el mercado para imponer medidas encaminadas a mejorar o mantener dicha posición, a través de conductas que no serían posibles en un mercado con niveles de competencia normal.

Aunque la posición de dominio no está comprendida por la legislación estadounidense encontramos su equivalente en la figura del poder de monopolio (*monopoly power*), contemplada dentro de la sección 2 de la Ley Sherman, en donde principalmente se prohíbe el monopolizar o el intentar monopolizar un mercado.

La monopolización implica la existencia de conductas depredatorias para mantener dicha posición o para incrementar su poder de mercado. Esta conducta ha sido definida por la Corte Suprema como los “*esfuerzos “para excluir a los rivales en alguna base diferente de la eficacia*”⁹³”. Para establecer quien tiene poder de monopolio los jueces deben analizar diversos factores, entre ellos las barreras de entrada, el tamaño relativo de los competidores, sus actuaciones, las tendencias de los precios y prácticas mercantiles, la homogeneidad del producto, la estabilidad del mercado y uno de los más importantes, la porción del mercado que posee la empresa o empresas más fuertes del mercado.

En contraposición a la práctica estadounidense respecto al ‘poder de monopolio’, la regulación normativa del abuso de posición de dominante se origina en Europa incluso con antelación a la legislación comunitaria europea que incorpora esta figura a partir del Tratado de Roma en su Artículo 82, actual Artículo 102 del TFUE, en donde se prohíbe: “*la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo*”⁹⁴”.

⁹³ WITKER Jorge, Op. Cit., p. 108.

⁹⁴ Unión Europea, Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento la Unión Europea, Op. Cit., p.89.

Dentro del mismo artículo, siguiendo la estructura del artículo 101, se enlistan, por ser las más comunes, aquellas conductas que se consideran un abuso de posición dominante, sin negar la posibilidad de sancionar otras. Es relevante señalar que debido al directo perjuicio a la competencia que ocasiona este tipo de prácticas mercantiles, las mismas no son susceptibles a exención a diferencia de las prácticas contempladas en el Artículo 101 referentes a los acuerdos anticompetitivos.

Legislativamente en la Unión Europea no se define en qué consiste una posición dominante, pero un concepto bastante aceptado lo podemos encontrar en el caso Continental Can contra la Comisión Europea (1973), en el que se establece que una empresa: *“Se encuentran en una posición de dominio cuando, debido a su participación en el mercado, o a la combinación de ésta con la disponibilidad de conocimientos técnicos, materias primas o capital, tienen el poder para determinar los precios o controlar la producción para una parte significativa de los productos en cuestión”*⁹⁵. Otra definición aceptada respecto al abuso de posición dominante, es posible encontrarla en la página web oficial de la Comisión Europea en donde se establece que: *“si una empresa la utiliza (refiriéndose a la posición dominante) para eliminar a sus competidoras se dice que abusa de ella.”*⁹⁶.

Al igual que la normativa europea la legislación argentina acoge la figura del abuso de posición de dominio y la regula expresamente en el Artículo 1 de la LDC en concordancia con las conductas señaladas en su Artículo 2. Pero, a diferencia del TFUE, la LDC define claramente qué debe comprenderse por posición dominante: *“Art.4.-A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos”*⁹⁷.

⁹⁵ CABANELLAS Guillermo, *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia Tomo II*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Segunda Edición, 2005, pp. 186 y 187.

⁹⁶ Europa, Comisión Europea, *Abuso de posición dominante*,

http://ec.europa.eu/competition/consumers/abuse_es.html, p.1., Acceso: 08 de octubre del 2012.

⁹⁷ Cfr. Argentina, *Ley 25.156 Ley de Defensa de la Competencia*, Op. Cit., p.1.

Respecto a qué se debe entender por abuso de posición dominante en Argentina, las pautas de interpretación de la CNDC, afirman que: *“el abuso de posición dominante no sería sino el aspecto dinámico de la falta de los niveles de competencia efectiva exigidos por la ley, que se manifestaría, en los hechos, no como una situación imperante en el mercado en un momento determinado, sino como el aprovechamiento a lo largo del tiempo de una posición que, por la insuficiencia en el entorno competitivo, cabe calificar como dominante⁹⁸”*.

Dentro del Ecuador la figura del abuso de posición dominante es comprendida en el Artículo 9 de la Ley de Regulación como *“abuso de poder de mercado⁹⁹”*, debemos comprender que la posición dominante y el poder de mercado son tratados como sinónimos por la Ley de Regulación, según lo establecido por su Artículo 7, al definirla como *“la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado¹⁰⁰”* implicando que los mismos *“sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado¹⁰¹”*.

Para determinar la existencia de posición dominante en el Ecuador, los elementos que se analizan son muy similares a los de las legislaciones anteriormente examinadas, los principales enunciados en el Artículo 8 de la Ley de Regulación son los siguientes: barreras de entrada, participación de la empresa o empresas involucradas, la situación respecto a los competidores, características del mercado en base al producto o servicio y el grado en que los mismos pueden ser sustituidos con otros¹⁰².

En un trato similar a los acuerdos anticompetitivos regulados por el Artículo 11, el Artículo 9 realiza una prohibición general respecto al abuso de posición dominante y procede a enumerar sus principales formas. A pesar de que se conserva una descripción excesiva, y en varios casos innecesaria, es un aporte positivo señalar que el texto de la norma abarca las principales figuras establecidas en legislaciones extranjeras como la argentina y la legislación de la Unión Europea.

⁹⁸CABANELLAS Guillermo, Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia Tomo II, Op. Cit., p.181.

⁹⁹ Cfr. Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado, Op. Cit., p.11.

¹⁰⁰ Id.

¹⁰¹ Id.

¹⁰²Cfr. Id.

4.2.- Análisis de los principales tipos de abuso de posición dominante

4.2.1.-La discriminación

Esta práctica consiste en establecer condiciones diferentes a consumidores específicos por razones distintas a la eficiencia económica, su aplicación se da generalmente en la venta de bienes o servicios ofreciéndolos a precios dispares por razones diferentes a los costos que implica su producción. Aunque es común la utilización de esta figura con el objetivo de explotar el excedente que los consumidores están dispuestos a pagar, lo que ocasiona una clara afectación al consumidor, no podemos hablar de una práctica mercantil anticompetitiva a menos que exista una real o posible alteración de la competencia, esto significa que la discriminación debe *“formar parte de una estrategia de depredación de un mercado por parte de una empresa(o grupo de empresas) que actúa simultáneamente en otros mercados¹⁰³”*, por lo que podemos diferenciarla con la denominación de discriminación de precios exclusiva.

La discriminación de precios exclusiva se expresa generalmente en una forma vertical como se observa en el siguiente ejemplo: la empresa A y B son distribuidoras de los productos de la empresa C, la cual les impone condiciones para negociar, como por ejemplo la fijación de precios de reventa, al respecto la empresa A acepta estas condiciones, mientras que B no lo hace, como sanción C decide sacar a B del mercado y para hacerlo, abusando de su posición dominante, aplica la discriminación de precios bajando el precio de los productos que vende a A y aumentando esa cantidad a los productos de la empresa B, misma que se verá obligada a aceptar las condiciones de C o sufrir condiciones anticompetitivas que podrían resultar en su extinción.

Regulada de manera expresa en Estados Unidos, por el Artículo 2 de la Robinson-Patman Act (1936) que modifica la Clayton Act, la discriminación de precios es considerada ilegal por la normativa estadounidense cuando *“cualquier persona que ejerza el comercio, en el curso de dicha actividad, discrimine precios entre diferentes compradores de bienes del mismo tipo y calidad cuando alguno de dichos compradores ejerza el comercio, agregando, además, cuando el efecto de dicha discriminación sea*

¹⁰³MACDONALD Andrea, *Análisis Económico y Jurídico de la Discriminación*, op. cit., pp. 7, Acceso: 08 de octubre del 2012.

*reducir sustancialmente la competencia o tender a crear monopolio*¹⁰⁴”, esta interpretación normativa ha sido acogida por la Corte Suprema¹⁰⁵ para la resolución de distintos fallos, entre los que podemos mencionar el caso Utah Pie contra Continental Bakin y otros (1967) y el caso Federal Trade Commission contra Morton Salt (1948), ambos sancionados una vez demostrada la conducta discriminatoria y la afectación a la competencia. La Robinson-Patman presenta tres casos en que la discriminación de precios no es sancionada¹⁰⁶:

- 1.- El cambio en las condiciones de mercado en el cual justifique las diferencias de precios entre distintos momentos del tiempo.
- 2.- Las diferencias en el costo de provisión de las distintas unidades.
- 3.-Las reducciones de precios destinadas a igualar los precios cobrados por los competidores.

En el caso de la Unión Europea, el TFUE describe a la discriminación de precios como aquella conducta consistente en “*aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva*”¹⁰⁷”, normativamente se encuentra sancionada como acuerdo (Art.101 literal D del TFUE) y como una forma de abuso de posición dominante (Art.101 literal C del TFUE), siendo esta última figura sancionada con mayor regularidad por la jurisprudencia comunitaria.

En el caso de la Comisión Europea contra United Brands (1976), el Tribunal Europeo aplica una interpretación diferente a la estadounidense extendiendo la sanción que surge de las normas de Derecho de la Competencia sobre la discriminación de precios a aquellos casos en que existe una explotación al consumidor, a pesar de no existir una afectación a la competencia. Debido a la cercana relación y constante discusión que se ha presentado alrededor de los objetivos del Derecho de la Competencia es comprensible la existencia de este tipo de interpretaciones que señalan la protección del consumidor como su objetivo principal, siendo este el sujeto más vulnerable de la relación comercial.

¹⁰⁴ SHULTZ Robert S. y DENNIS Michael C., *The Robinson Patman Act*, http://www.coveringcredit.com/business_credit_articles/Laws_and_Regulations/art608.shtml, p.1., Acceso: 08 de noviembre del 2012.

¹⁰⁵Ibid., p.9.

¹⁰⁶Ibid., p. 10.

¹⁰⁷ Unión Europea, *Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento la Unión Europea*, Op. Cit., p.88.

Aunque se acepte este punto de vista, no es correcto dejar a un lado la competencia como factor fundamental para la aplicación de la norma, incluso podría aceptarse que la misma no sea afectada negativamente, pero debe existir al menos una alteración en la competencia para aplicar normas cuyo espíritu radica en la rama del Derecho de la Competencia, caso contrario estaríamos frente a normas pertenecientes a la rama del derecho del consumidor o una aplicación indebida de la legislación.

La Ley de la Competencia argentina regula expresamente a la discriminación de precios en el literal K, de su artículo 2, declarando ilegal el “*imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales*”¹⁰⁸. Pese a que su texto difiere de la descripción establecida en el TFUE, el trato jurisprudencial ha sido similar al europeo sancionando, además de las prácticas de discriminación perniciosas para la competencia, aquellos casos de explotación que vulneran al consumidor sin la existencia de afectación real o posible a la competencia, esto ha quedado claramente sentado a partir del caso CNDC contra YPF en el 2002, en donde se manifiesta que “*el perjuicio al interés económico general estaba dado por la pérdida de excedente de los compradores de gas licuado producida por tener que pagar un precio más elevado que el de la exportación y como la pérdida de excedente total originada en la reducción del volumen comercializado internamente*”¹⁰⁹. Respecto a esta interpretación podemos comentar que se comete el mismo error que en la legislación europea, se distorsionan los principios del Derecho de la Competencia pese a existir una mejor motivación legal, por cuanto la redacción de sus normas facilita una fundamentación en el interés económico general.

En la legislación ecuatoriana, la Ley de Regulación, a diferencia de su norma predecesora la Decisión 608 de la CAN, si contempla particularmente a la discriminación de precios en su Artículo 9 numeral 6. Esta norma establece, al igual que lo hace sobre otras conductas, que la misma debe ser considerada como injustificada para su prohibición, pese a no existir lineamientos en la norma que identifiquen cuando las conductas del Artículo 9 pueden ser consideradas como justificadas o no ,por lo que es necesario que los mismos se establezcan reglamentaria o jurisprudencialmente,

¹⁰⁸ Cfr. Argentina, Ley 25.156 Ley de Defensa de la Competencia, Op. Cit., p.1.

¹⁰⁹ MACDONALD Andrea, *Análisis Económico y Jurídico de la Discriminación*, Op. Cit., pp. 18 y 19, Acceso: 08 de octubre del 2012.

siendo probable que se consideren casos de justificación similares a los señalados con anterioridad al analizar esta figura en los Estados Unidos.

La norma ecuatoriana, siguiendo la interpretación de las autoridades de la Unión Europea y las autoridades argentinas de la competencia, sanciona expresamente los casos de abuso de posición dominante que no afectan a la competencia pero que sí perjudican a los consumidores. No lo hace como una extensión de la práctica de discriminación sino que los contempla expresamente en el numeral 2 al prohibir la ‘extracción injustificada del consumidor’.

Al no existir una alteración a la competencia, esta norma debe interpretarse como perteneciente al campo del derecho del consumidor siendo aplicable sus principios particulares y sería conveniente que no se la contemple en este cuerpo normativo. Cabe mencionar, además, que la discriminación de precios establecida en el numeral 2, al igual que las otras conductas de abuso de posición dominante, puede ser relacionada con varios de los numerales del Artículo 9 debido a la falta de especificidad en la redacción de las mismas, este es el caso de los numerales 1 y 15, cuyo texto es aplicable a todo tipo de abuso de posición dominante.

4.2.2.- Los precios predatorios

Se trata de una estrategia mercantil a través de la cual una empresa con posición dominante reduce sus precios por debajo de los costos de producción con la intención de poner al resto de competidores en una situación insostenible, que los obligue a abandonar el mercado o ahuyente a posibles competidores. Posteriormente, la empresa aumenta los precios sin tener que competir incrementando sus ganancias más allá de la pérdida que implica la aplicación de esta medida. Esta práctica solamente puede ser utilizada por empresas con ingresos suficientes para suplir los grandes costos que ocasiona, corriendo el riesgo de que la medida genere pérdidas mayores que los beneficios que efectivamente se lograron.

La aplicación de los precios predatorios se encuentra normada por la legislación estadounidense, el Artículo 2 de la Sherman Act, en concordancia con el Artículo 2 de la Clayton Act (acorde con las modificaciones que realizó la Robinson Patman Act) y los primeros indicios de su aplicación pueden encontrarse ya a partir del caso Standar

Oil of New Jersey (1911) contra los Estados Unidos, en donde se menciona los precios predatorios como parte de la estrategia monopolizadora que le fue imputada a la demandada¹¹⁰, posteriormente se trataron casos mucho más específicos respecto a la aplicación e ilegalidad de esta conducta como el caso Matsushita Electric Industrial Co. contra Zenith Radio Corp. (1986), en donde se estableció que 21 productores japoneses de equipos electrónicos habían mantenido precios a pérdida por más de 20 años, determinándose que el único motivo racional para hacerlo era invertir en un futuro monopolio¹¹¹. Pero no fue sino hasta el fallo por parte de la Corte Suprema, dentro del caso Brooke Groupe Ltd. Contra Brown & Williamson Tobacco Corp. (1993), que se definieron parámetros claros de juzgamiento para la determinación de esta conducta. La Corte señaló que en un caso de precios predatorios “*se debía probar que los precios estaban por debajo de una medida apropiada de los costos de la empresa y que el competidor tenía una posibilidad razonable de recuperar la inversión en los precios predatorios*”¹¹²”.

Diferente es el trato que recibe esta figura en la Unión Europea al ser los mismos sancionados en base al Artículo 102 del TFUE como una forma de abuso de posición dominante ya que pese a no constar entre las prácticas enlistadas por el mismo artículo, la jurisprudencia ha establecido que cumple con los lineamientos generales del artículo.

Especial mención merece el fallo del proceso ECS contra AKZO en 1991, dentro de este caso el Tribunal de Justicia Europeo “*define a los precios predatorios o abusivos como aquellos precios inferiores al promedio de los costos variables, señalando además que los precios inferiores al promedio de los costos totales (que comprenden los costos fijos y variables), pero superiores al promedio de los costos variables, deben considerarse como abusivos cuando se fijan en el marco de un plan que tenga como objeto la eliminación de un competidor...*”¹¹³” La Corte también ha manifestado que el establecer la existencia de precios predatorios implica un análisis que abarque, además de la apreciación de los costos y precios, otros factores influyentes como la intención de la empresa que aplica su estrategia.

¹¹⁰ ARCHILA María, *Los Precios Predatorios: Una Forma de Abuso de Posición Dominante*, Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2001, pp. 275 y 276.

¹¹¹ Cfr., *Ibid.*, p.276.

¹¹² *Ibid.*, p.283.

¹¹³ *Ibid.*, p.288.

La normativa argentina sanciona expresamente a los precios predatorios en el literal M, del Artículo 2 de la Ley de la Competencia, describiéndola como aquella conducta consistente en “*enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios*”¹¹⁴.

En Argentina tiene especial importancia respecto a los precios predatorios el caso de la Cámara Argentina de Papelerías, Librerías y Afines contra Supermercados Mayoristas Makro S.A (1997), en donde la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor, siguiendo los lineamientos estadounidenses de Joskow y Klevorick (*Según esta regla se deben analizar primero los elementos de estructura de mercado, antes de proceder a la comparación de precios y costos*¹¹⁵), analiza la conducta en dos etapas:

- 1.- Se evalúa si la aplicación de precios predatorias puede llegar a ser aplicada con éxito, para lo cual se analizan la existencia de las barreras de entrada al mercado; y,
- 2.- Solo si la primera etapa es afirmativa se realiza el test basado en costos y precios¹¹⁶.

Este procedimiento es el adecuado por cuanto el análisis de costos y precios implica un minucioso y extenso análisis que no es necesario aplicar si no es posible que la empresa que aplica la reducción de costos afecte la competencia, ya que, incluso los consumidores serían beneficiados por la disminución de los precios.

En una forma mucho más generalizada, la utilización de precios predatorios se encontraba regulada ya en el Ecuador desde la Decisión 608 de la CAN y al igual que la discriminación de precios se encuentra prohibida pero no definida por el Artículo 9 de la Ley de Regulación en su numeral 4, por lo que para su comprensión será necesario recurrir a definiciones como las señaladas con anterioridad.

¹¹⁴ Argentina, Ley 25.156 Ley de Defensa de la Competencia, Op. Cit., p.1.

¹¹⁵ NIELS Gunnar, *EL "CONSENSO INTERNACIONAL" SOBRE EL ANALISIS DE DEPREDACION DE PRECIOS*, Editorial Boletín Latinoamericano de Competencia, http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_2_es.pdf, p.34., Acceso: 08 de octubre del 2012.

¹¹⁶ Cfr. ARCHILA María, Los Precios Predatorios: Una Forma de Abuso de Posición Dominante, Op. Cit., p.295.

A diferencia de la discriminación de precios, para prohibir esta conducta no se menciona que la misma deber ser justificada o no, esto podría sugerir una aplicación de la regla per se por parte de la norma. Al ser necesario probar la afectación a la competencia en base a la redacción del texto inicial del Artículo 9, esta interpretación no es definitiva y dependerá del desarrollo normativo posterior, la postura de las autoridades oficiales de la competencia o ambas, siendo necesario tomar en cuenta como se ha establecido en la práctica jurídica de los territorios estudiados que la aplicación de precios predatorios no siempre tiene un objeto o efecto anticompetitivo, por lo que incluso, podrían utilizarse los lineamientos de la metodología Joskow y Klevorick.

4.2.3.- Las ventas condicionadas o vinculadas

También conocidas como ventas atadas, se dan al momento que un competidor impone a sus compradores, junto con la venta del producto deseado, un sobre precio por un producto adicional o varios de ellos a través de la atadura del producto a la obtención de un paquete. Esta práctica se utiliza para vender un producto de difícil comercialización (producto vinculado) aprovechando la gran necesidad que tiene el consumidor por adquirir otro. Los afectados con esta conducta son por un lado el resto de oferentes del producto de difícil comercialización, ya que sus ventas se verán disminuidas y las estrategias de competencia que apliquen como la mejora de calidad del producto o reducción del precio tendrán un impacto mínimo para recuperar los clientes perdidos por la práctica mercantil anticompetitiva analizada, y, por otro lado, existirá una parte de los consumidores que serán forzados a adquirir un producto que en condiciones normales de competencia no lo harían.

Como lo indica Germán Coloma¹¹⁷ esta conducta se encuentra implícitamente sancionada por la normativa estadounidense en la sección 3 de la Clayton Act, en concordancia con la sección 2 de la Sherman Act como un intento de monopolización y a partir del precedente sentado por la Corte Suprema en el caso Hyde contra Jefferson Parish Hospital (1984), en donde se acusaba a la demandante de atar sus servicios hospitalarios a la utilización de servicios de anestesiología, dentro de su fallo la Corte determinó que las ventas atadas (llamadas contratos de tying) deben ser sancionadas de manera per se solo cuando la conducta cumple con los siguientes requisitos:

¹¹⁷COLOMA Germán, *Defensa de la Competencia*, Op. Cit., p.343.

- 1.- Los productos deben ser distintos y separables.
- 2.- La adquisición del producto debe estar condicionada a otro.
- 3.- La empresa que aplica esta conducta debe tener suficiente poder de mercado dentro del mercado del producto vinculante (el bien al que se ata el otro), para causar una afectación al comercio en el mercado del producto vinculado (el bien atado)¹¹⁸.

El caso más conocido respecto a este tipo de prácticas mercantiles es el de Estados Unidos contra Microsoft (2002), en el que la empresa Microsoft condicionó la compra del navegador Internet Explorer al sistema operativo Windows (que en la época de la demanda era prácticamente un mercado monopólico), si bien se llegó a un acuerdo, parte del mismo implicaba la abstención de prácticas que impidan la difusión de nuevos programas que amenacen la posición dominante de Microsoft¹¹⁹.

El trato que recibe la figura de las ventas atadas en la Unión Europea es muy similar al estadounidense, teniendo en cuenta las diferencias naturales derivadas de su sistema normativo, es por esta razón que a las ventas atadas las podemos encontrar reguladas en el literal D del artículo 102 del TFUE describiéndolas como el abuso de posición dominante consistente en “*subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos*”¹²⁰.

Aunque relativamente no se han presentado muchos casos que traten esta conducta, la Comisión Europea ha proporcionado lineamientos suficientes para su juzgamiento, muy similares a los señalados por las autoridades estadounidenses, establecidos en el caso de la Comisión Europea contra Microsoft (2002), situación análoga a la presentada en los Estados Unidos, con la diferencia que en vez del navegador Internet Explorer el producto atado al sistema operativo Windows fue el Reproductor Windows Media

¹¹⁸ Cfr. Estados Unidos, *Jefferson Parish Hosp. Dist. v. Hyde* - 466 U.S. 2 (1984), <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/466/2/>, p. 16 y 17, Acceso: 08 de octubre del 2012.

¹¹⁹ Cfr. JENNINGS John, *COMPARING THE US AND EUMICROSOFT ANTITRUST PROSECUTIONS: HOW LEVEL IS THE PLAYING FIELD?*, Erasmus Law and Economics Review 2, no. 1 (March 2006), pp.71-85, Acceso: 08 de octubre del 2012.

¹²⁰ Unión Europea, *Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento la Unión Europea*, Op. Cit., p.89.

Player. En base a este proceso se determinó que para juzgar a una venta atada como anticompetitiva se debían establecer los siguientes elementos¹²¹:

1. El producto vinculante y vinculado deben ser totalmente diferentes y poco o nada complementarios.
2. La empresa debe tener posición dominante en el mercado del producto que ata.
3. No debe existir la opción de compra del producto vinculado sin adquirir el vinculante.
4. La venta atada debe presentar un perjuicio real o potencial para la libre competencia.

En un texto similar al del artículo 102 del TFUE, el literal i, del Artículo 2 de la Ley 25.156 perteneciente a la normativa argentina describe a las ventas atadas como el “subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien”. Y su objetivo, bajo la perspectiva de la CNDC es “*extender el poder de mercado que se posee sobre un producto a otro mercado en que no se posee dicho poder, y una vez más, representa una práctica que puede no implicar en sí una reducción del excedente total de los agentes económicos pero que sirve para señalar la existencia de poder de mercado sobre la prestación principal que se trate*”¹²².

Uno de los casos más significativos en Argentina respecto a la aplicación de una estrategia de ventas atadas es el de Ifrisa S.A. contra Y.P.F. y Ecsal S.A. (1982), en el mismo la CNDC, estableció lineamientos de juzgamiento similares a los sentados en Estados Unidos y la práctica comunitaria Europea, al indicar que “*el producto o servicio de adquisición obligada debía ser distinto al principal y carecer de toda relación que pudiera implicar una complementación entre ambos*”¹²³, no es necesario que la práctica excluya a toda la competencia para que la misma sea sancionable.¹²⁴

¹²¹Cfr. JENNINGS John, *COMPARING THE US AND EUMICROSOFT ANTITRUST PROSECUTIONS: HOW LEVEL IS THE PLAYING FIELD?*, Op. Cit., pp.71-85, Acceso: 08 de octubre del 2012.

¹²² CABANELLAS Guillermo, Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia Tomo I, op. Cit., p.528.

¹²³ LAMBERT Ariel, *El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia*, Op Cit., p.1.

¹²⁴ CABANELLAS Guillermo, Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia Tomo I, op. Cit., p.530.

A diferencia de la normativa argentina, el numeral 8 del Artículo 9 de la Ley de Regulación prohíbe expresamente la venta atada y a la venta condicionada, sin definir su significado o señalar alguna diferencia entre ambas figuras.

Aunque la doctrina y el Derecho Comparado han utilizado sin distinción una u otra denominación corresponderá a la normativa reglamentaria o a las autoridades de la competencia establecer la connotación oficial de las mismas, sin embargo al no existir un pronunciamiento de este tipo es lógico tenerlos como sinónimos comprendiéndolos bajo definiciones establecidas en otros países como los analizados con anterioridad, mismas que otorgan una descripción de la conducta muy similar a la establecida por el literal C del Artículo 8 de la Decisión 608 de la CAN e incluso el numeral 13 del Artículo 9 de la propia Ley de Regulación, por lo que se habría realizado una repetición innecesaria de la conducta, aunque vale la pena señalar que el numeral 13 abarca situaciones que van más allá de la venta atada y que se relacionan con la figura del boicot.

Al igual que el resto de formas de abuso de posición dominante analizadas en este trabajo, se requiere para la prohibición de esta conducta que la misma sea catalogada como 'injustificada pese a no establecerse en qué casos la conducta adquiere esta condición, por lo que, hasta que exista un pronunciamiento oficial, deberemos apoyarnos en parámetros similares a los señalados al analizar esta figura en otros países.

4.2.4.- La fijación abusiva de precios

Esta práctica mercantil se da cuando una empresa o empresas con posición dominante, aprovechando su situación privilegiada, imponen precios en el mercado muy superiores o inferiores a los que existirían en un mercado con márgenes de competencia normal. Si su objetivo es favorecer a un determinado grupo de distribuidores, alterando la competitividad del mercado, esta figura adquiriría la forma de aquellas relacionadas que fueron analizadas con anterioridad como son la fijación de precios de reventa y los acuerdos de exclusividad. Por otra parte, su segundo objetivo consistente en incrementar los precios para maximizar ganancias explotando a su clientela, aunque se causa un claro perjuicio al consumidor, su estudio corresponde al derecho del consumidor y no al Derecho de la Competencia, ya que la competencia del mercado no llega a verse alterada de forma alguna, a pesar de ello, distintos autores estudian este tipo de conducta

como si formara parte del Derecho de la Competencia, motivo por el cual aunque no se profundice su análisis Derecho Comparado, cabe mencionar su concepto.

Capítulo V

Concentraciones Económicas

5.1.- Aspectos generales de las Concentraciones Económicas

Las concentraciones económicas de forma genérica implican la unión de dos o más empresas con la intención de acaparar un sector más grande del mercado. Los tipos de concentración económicas más comunes son las fusiones y las adquisiciones, mientras las primeras implican que dos o más empresas se unen para formar una tercera, las adquisiciones surgen cuando una empresa pasa a tener el control de otra u otras.

Esta figura no significa un atentado a la competencia por sí misma y generalmente existe un procedimiento preestablecido para su realización, sin embargo puede facilitar un acaparamiento sustancial del mercado o la aplicación de otras prácticas mercantiles anticompetitivas que constituyen un peligro para la competencia. Por esta razón, las legislaciones someten usualmente a las concentraciones de las empresas bajo un procedimiento de revisión previa para la aprobación de dichas uniones.

En Estados Unidos, las concentraciones perjudiciales para la competencia están prohibidas por la sección 7 del Clayton Act, en concordancia con las secciones 1 y 2 de la Sherman Act, y la sección 5 de la Federal Trade Commission. Para asegurar su aplicación se ha establecido un sistema de control previo a través de la Ley Hart-Scott-Rodino, por el cual, para proceder a una adquisición de acciones o activos primero es necesario comunicarlo a la FTC y al Departamento de Justicia, en caso de que la fusión se dé en condiciones que puedan perjudicar a la competencia. Al respecto, Jorge Witker ha señalado que se analizan las siguientes condiciones:

- a) La parte adquiriente o la parte adquirida debe participar en el comercio interestatal.

- b) Una de las partes debe tener un total anual de ventas o un total de activos de 100 millones o más y la otra tiene un total anual de ventas o un total de activos de 10 millones o más.

- c) Como resultado de la adquisición, la parte adquiriente retendrá:

- Títulos-valores con derecho a voto o activos de la firma adquirida por un monto superior a los 15 millones; o
- El 50% o más de las acciones con derecho a voto o activos de una firma con un total anual de ventas o un total de activos de 25 millones o más¹²⁵.

Los parámetros que se utilizan para juzgar la mencionada aprobación los encontramos en los ‘Lineamientos de concentraciones horizontales’ (2010), para el caso de las fusiones horizontales (que tienen una mayor potencialidad para afectar a la competencia), documento expedido por ambas instituciones, y los ‘Lineamientos para las Concentraciones’ (1984), expedido por el Departamento de Justicia para el caso de las fusiones verticales.

Para evaluar si una fusión es perjudicial a la competencia la principal herramienta utilizada por las autoridades estadounidenses es el índice Herfindahl y Hirschman (HHI), a través del cual se tasan los niveles de concentración de las empresas en relación con el mercado relevante, antes y después de la fusión, los casos más representativos en el que éste índice fue utilizado son Coca-Cola/Dr.Pepper y Pepsi/Seven UP,¹²⁶ que, luego de ser analizados simultáneamente, se rechazó la fusión.

El Departamento de Justicia de Estados Unidos indica que el término HHI es la *“medida comúnmente aceptada de la concentración del mercado. El HHI se calcula elevando al cuadrado la cuota de mercado de cada empresa que compite en el mercado y luego sumando los números resultantes. Por ejemplo, para un mercado compuesto por cuatro empresas con cuotas de 30, 30, 20, y 20 por ciento, el HHI es de 2.600 (30² + 30² + 20² + 20²=2.600). El HHI tiene en cuenta la distribución del tamaño relativo de las empresas en un mercado. Se aproxima a cero cuando un mercado está ocupado por un gran número de empresas de tamaño relativamente igual y alcanza su máximo de 10.000 puntos cuando un mercado está controlado por una sola empresa¹²⁷”*.

¹²⁵WITKER JORGE, Op. Cit., p.130.

¹²⁶COLOMA Germán, op. Cit., 413.

¹²⁷Estados Unidos, Departamento de Justicia, *Herfindahl-Hirschman Index*, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hhi.html>, p.1., Acceso: 09 de octubre del 2012.

La base legal en el sistema comunitario europeo para regular las concentraciones la encontramos en el Artículo 101 del TFUE como un acuerdo anticompetitivo y el Artículo 102 del TFUE como un abuso de posición dominante. Sin embargo, es el Reglamento No.139/2004 el que establece los parámetros que deben seguir las concentraciones de nivel comunitario, instituyendo un procedimiento de notificación previa similar al estadounidense, en el que se otorga a la Comisión las atribuciones necesarias para aprobar, negar, o desarmar las fusiones.

Según el Reglamento No.139/2004 las concentraciones tienen nivel comunitario cuando:

1.- El volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5 000 millones de euros, y el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros (salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro); o,

2.- Se cumplen los siguientes requisitos:

a) El volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 2 500 millones de euros;

b) En al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros;

c) En al menos tres Estados miembros contemplados a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros, y

d) El volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros (salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro).

De forma general, los puntos establecidos en el Reglamento, que deben ser evaluados por la Comisión para determinar una posible afectación a la competencia en base al Artículo 2 son:

1. La posición de mercado de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera; las posibilidades de elección de proveedores y usuarios.
2. Su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados.
3. La existencia de barreras legales o de otro tipo para el acceso a dichos mercados.
4. La evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate.
5. Los intereses de los consumidores intermedios y finales.
6. El desarrollo del progreso técnico o económico, siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.

Dependiendo de la fusión y el tipo de empresas deberá ser necesario tener en cuenta las pautas determinadas por los distintos reglamentos pertinentes, observación concordante con la legislación argentina, en donde la regulación de las concentraciones económicas abarca todo el Capítulo III de la Ley 25.156, prohibiendo de manera expresa en su Artículo 7 a aquellas concentraciones económicas que se muestren atentatorias a la libre competencia y al igual que las legislaciones anteriormente analizadas sienta un sistema de control previo que atribuye al Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia el aprobar, negar o establecer condiciones respecto a las concentraciones económicas.

Como lo indica Germán Coloma, las concentraciones económicas que deben pasar por este sistema de control previo son aquellas que excedan los 20 millones de pesos y que las empresas implicadas tengan ventas en el territorio argentino, superiores a los 200 millones de peso, acorde con el Artículo 8 y el decreto 396/2001. Las fusiones que deban ser analizadas bajo este sistema serán evaluadas en base a los lineamientos aprobados en la resolución 164/2001 de la Secretaría de Defensa de la Competencia y el

Consumidor, en donde se establecen pautas muy similares a las estadounidenses como por ejemplo la utilización del índice HH. Algunos de los puntos más importantes que deben analizarse en base a la resolución mencionada son los siguientes:

- a) Identificación de las empresas que participan en el mercado relevante.
- b) Cálculo de las participaciones de mercado.
- c) Barreras a la entrada en el mercado relevante.
- d) Ganancias de eficiencia productiva generadas por la concentración.
- e) Impacto de los productos importados en la competencia.

Eventualmente estos temas deberán ser tratados de igual manera por la legislación ecuatoriana, en donde la regulación de las Concentraciones ha sido el aporte más importante por parte de la Ley de Regulación en lo que se refiere al control de las prácticas mercantiles anticompetitivas en el Ecuador, esto se debe a que a diferencia de los acuerdos anticompetitivos y los casos de abuso de posición dominante, la Decisión 608 de la CAN no incluye regulación alguna respecto a las concentraciones, salvo que se interprete que las concentraciones en caso de atentar contra la competencia debían ser impedidas por la prohibiciones generales del Artículo 7, como una forma de acuerdo anticompetitivo, o del Artículo 8 como un tipo de abuso de posición dominante, aunque estas interpretaciones no carecen de fundamentos resultaban ciertamente insuficiente para establecer un control real de las concentraciones.

Las concentraciones económicas se encuentran reguladas a partir del artículo 14 de la Ley de Regulación, en donde se las define como el cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos. Según éste los actos a través de los cuales se generan las concentraciones son las siguientes:

- a) La fusión entre empresas u operadores económicos.
- b) La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante.

- c) La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho, a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control o la influencia sustancial sobre la misma.
- d) La vinculación mediante administración común.
- e) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica 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.

Al igual que las legislaciones anteriormente analizadas, en el Ecuador se ha establecido un sistema de control previo a través del cual las empresas involucradas deberán notificar a la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, para obtener su posterior aprobación, los actos señalados con anterioridad en los siguientes casos:

- a) Que el volumen de negocios total en el Ecuador, del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación.
- b) En el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica y que como consecuencia de la concentración se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

La Superintendencia de Control del Poder del Mercado está atribuida legalmente para revisar de oficio cualquier proceso de concentración y que la misma deberá negar, aprobar o establecer condiciones para su aprobación en un plazo máximo de 120 días calendario de la presentación de la solicitud, caso contrario operaría la figura del silencio administrativo que autoriza automáticamente la concentración.

Los criterios de aprobación señalados por el Artículo 22 de la Ley de Regulación son muy similares a los establecidos en la legislación argentina, siendo necesario analizar factores como la situación de las empresas involucradas y sus competidores, antes y después de la concentración, así como sus posibles efectos positivos entre los que se puede señalar la mejora de los sistemas de producción o comercialización y el fomento del avance tecnológico o económico del país.

Capítulo VI

Conclusiones

La Ley de Regulación contempla prácticas mercantiles nunca antes normadas por una ley en el Ecuador; sin embargo, las mismas no son nuevas. Como se puede observar a lo largo del presente trabajo, las prácticas mercantiles establecidas en la Ley de Regulación, ya han sido reconocidas con anterioridad dentro de los países estudiados y la Unión Europea. Aunque estas sociedades tienen marcadas diferencias con respecto a la forma en que se debe aplicar al Derecho de la Competencia, podemos encontrar dentro de cada una de ellas, soporte suficiente para facilitar la interpretación de la normativa ecuatoriana.

Al estudiar las prácticas mercantiles anticompetitivas en Estados Unidos, encontramos cómo este país se caracteriza no solo por ser el primero en regular al Derecho de la Competencia de manera formal, sino que también, es uno de los que más ha desarrollado la aplicación de prohibiciones y sanciones para las prácticas mercantiles anticompetitivas.

Por cuanto Estados Unidos basa su sistema jurídico en el Common Law, el Derecho de la Competencia ha sido objeto de un constante perfeccionamiento jurisprudencial a través de los años. Dentro de los principales casos utilizados en esta investigación y que deben ser tomados en cuenta para la aplicación del Derecho de la Competencia, cabe nombrar los siguientes: U.S. Supreme Court, *Pan American World Airways v. United States* (1963); U.S. Supreme Court, *Jefferson Parish Hosp. Dist. v. Hyde* (1984), y *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* (2007).

Si bien la utilización de la jurisprudencia estadounidense para dilucidar la correcta aplicación del Derecho de la Competencia, podría resultar confuso en países como el Ecuador, cuya normativa se basa en el sistema romano-germánico, debemos recordar que estos Estados mantienen un margen legislativo similar respecto a libertad económica con principios capitalistas muy marcados, hecho que se refleja en un comportamiento análogo por parte de sus empresas.

Dentro de la práctica jurídica estadounidense, también podremos apoyarnos en los documentos elaborados por el Departamento de Justicia (Department of Justice) y la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission). Entre ellos se destacan las ‘Directrices de Derecho de la Competencia para la Colaboración entre Competidores’ y las ‘Directrices de las Fusiones Horizontales’. A pesar de que los lineamientos planteados en estos documentos no son obligatorios para los jueces estadounidenses, constituyen un importante referente para la motivación de sus resoluciones.

Las ‘Directrices de Derecho de la Competencia para la Colaboración entre Competidores’ y las ‘Directrices de las Fusiones Horizontales’, aclaran varios puntos discutidos a lo largo de la historia casuística estadounidense, su contenido trata principalmente sobre qué prácticas deben ser juzgadas con mayor detenimiento por su potencialidad para afectar a la libre competencia, tema altamente discutido dentro del Derecho de la Competencia. Los lineamientos sentados en estos documentos podrán ser utilizados como guías referenciales, no solo en Estados Unidos, sino también en otras sociedades, especialmente en países como el Ecuador en donde no existe un gran avance doctrinario, mucho menos jurisprudencial.

Una vez analizada la perspectiva estadounidense sobre las prácticas mercantiles anticompetitivas, la investigación se centra en las prácticas mercantiles de la Unión Europea y sus regulaciones. Al examinar la normativa de la Unión Europea, específicamente al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo Tratado de Roma), encontramos claros vínculos con los lineamientos sentados en la ley de la competencia ecuatoriana. Esto se comprueba principalmente a través de la redacción de ambos cuerpos normativos en donde podremos encontrar extractos idénticos, como por ejemplo, la fórmula que fundamenta la prohibición de las prácticas mercantiles mediante la cual se vedan aquellas conductas que ‘tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia’.

La Unión Europea y la Ley de Regulación comparten regulaciones expresas propias de las legislaciones que tienen como base al sistema romano-germánico, entre ellas descubriremos las normas que tratan sobre la limitación de la producción y las disposiciones referentes al abuso de posición dominante. Estas prácticas mercantiles han sido catalogadas bajo figuras equivalentes dentro del derecho estadounidense, pero solo

se las encuentra como tal, en países que como el Ecuador, han seguido las directrices sentadas por la Unión Europea.

Debido a la estrecha relación que existe entre la Ley de Regulación y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, podemos concluir que, de presentarse en la práctica situaciones similares en el Ecuador, podrán utilizarse las directrices jurisprudenciales de la Unión Europea como un apoyo para el juzgamiento de las prácticas mercantiles utilizadas por el sector empresarial y frente a la inexistencia de lineamientos normativos propios del Ecuador, los reglamentos y razonamientos doctrinarios creados en base a la práctica jurídica de la Unión Europea, serán herramientas de gran ayuda para determinar la forma en que las prohibiciones y las exenciones de las prácticas mercantiles dentro de la Ley de Regulación deberán ser aplicadas. Sin embargo, debemos recordar que a pesar de que existen grandes similitudes entre el TFUE y la Ley de Regulación, la Unión Europea se encuentra conformada por varios países miembros que contemplan sus propias regulaciones para la aplicación del Derecho de la Competencia, por lo que, no siempre serán adaptables los mismos criterios para el juzgamiento de las prácticas mercantiles anticompetitivas.

La aplicación del Derecho de la Competencia en el Ecuador deberá reflejar su propia realidad y en varios casos será conveniente utilizar los criterios de países que contemplen una situación más próxima a la suya. A diferencia de los Estados Unidos y la Unión Europea, territorios analizados por constituir las bases formales del Derecho de la Competencia, la práctica jurídica argentina implica una realidad mucho más cercana a la práctica jurídica ecuatoriana. Sus legislaciones, además de compartir características propias de países latinoamericanos, tanto políticas como culturales y económicas, presentan adaptaciones de los lineamientos europeos respecto al Derecho de la Competencia para aplicarlo en su propio entorno.

Aunque la redacción de la Ley de Regulación y la Ley de la Competencia argentina es bastante diferente, en varios puntos regulan el Derecho de la Competencia de manera muy similar, especial importancia merece el desarrollo de la doctrina argentina respecto al interés económico general, cuya vulneración es requisito para aplicar las prohibiciones a las prácticas mercantiles anticompetitivas en este país.

La Ley de Regulación no insta específicamente a la figura del interés económico general para aplicar las prohibiciones a las prácticas mercantiles anticompetitivas, pero sí plantea, como requisito, el que las mismas afecten a la ‘competencia, la eficiencia económica o el bienestar general’. Siendo estos elementos, partes que la doctrina argentina ha considerado dentro del análisis del interés económico general, es posible realizar interpretaciones vinculantes entre ambas legislaciones, principalmente al señalar que la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general, no pueden ser considerados como opciones distintas para aplicar las prohibiciones, sino que estos elementos, deben ser considerados como requisitos taxativos que deben correlacionarse para aplicar las prohibiciones del Derecho de la Competencia.

Cabe la prohibición y eventualmente la sanción, en los casos en los que la práctica mercantil realmente implique una vulneración a la competencia que ocasione un daño real a la eficiencia económica, esto, sin perjuicio de las prácticas mercantiles permitidas oficialmente, por el bienestar general de la sociedad.

Respecto a la Ley de Regulación podemos señalar que hubiera sido conveniente que la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones se utilice como base para la creación de la Ley de Regulación, en vez de desarrollar un articulado que se fundamenta directamente en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Antiguo Tratado de Roma). Aunque la Decisión 608 de la CAN no contempla un control normativo para las concentraciones económicas, regula a la mayoría de las principales formas de acuerdos anticompetitivos y abusos de posición dominante dentro de los artículos 7 y 8 de su normativa, en tan solo 17 literales con una redacción bastante clara para su aplicación.

Aunque los artículos pertenecientes tanto a la Ley de Regulación como a la Decisión 608 tienen el mismo origen europeo, la Decisión 608 simplifica las prácticas mercantiles más importantes en pocos y cortos literales que facilitan su interpretación. Por su parte, la Ley de Regulación, conservando un estilo de redacción bastante similar al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, busca englobar la mayor cantidad de prácticas mercantiles anticompetitivas posibles, incurriendo en repeticiones innecesarias que podrían derivarse en interpretaciones que adjudiquen erróneamente

diferentes conductas anticompetitivas a una o varias empresas, cuando en realidad solo se ha transgredido la prohibición referente a una de ellas, este es el caso del numeral 1 del Artículo 9 sobre los abusos de posición dominante.

Desde una perspectiva positiva, varias de las conductas incluidas son las mismas que, según la práctica jurídica internacional, deben ser objeto de un control legislativo que contemple una sanción, por lo que la Ley de Regulación estaría evitando discusiones redundantes respecto a si estas conductas deben ser normadas o no, ya que, aunque algunas de ellas deben tratarse con mayor cuidado, todas ellas han sido catalogadas como potencialmente perjudiciales para la competencia.

Ante el riesgo de perjudicar empresas por interpretaciones equívocas de la norma, hubiera sido apropiado respecto a la regulación de las prácticas mercantiles anticompetitivas, que la Ley de Regulación conserve la redacción y estructura de la Decisión 608 de la CAN, subsanando sus omisiones y desarrollando los procedimientos necesarios para su aplicación.

A pesar de los avances que implica la Ley de Regulación frente a la Decisión 608 de la CAN, como son las normas relacionadas a: la discriminación de precios; el control del reparto de mercado; la licitación colusoria; los precios predatorios; y, la regulación de las concentraciones económicas. No existe motivo por el cual, de haberse basado la Ley de Regulación en la Decisión 608 de la CAN, estos avances no hayan podido ser incluidos en los mismos términos en que son normados en la actualidad.

Finalmente podemos señalar que al comparar la normativa ecuatoriana con el desarrollo de los países analizados y la Unión Europea, en materia del Derecho de la Competencia existe en el Ecuador una carencia de directrices propias que sustenten una correcta aplicación para sancionar a las prácticas mercantiles anticompetitivas, motivo por el cual, corresponderá a la Superintendencia de Control y Poder de Mercado suplir estas omisiones a través de resoluciones, las que, como se ha señalado con anterioridad, podrían tener como base al desarrollo de las practicas mercantiles dentro de las sociedades que han formado parte del presente estudio.

Al analizar las prácticas mercantiles reguladas en Estados Unidos, observamos cómo las mismas son juzgadas principalmente en base a la Ley Sherman, la Ley Clayton y la Ley Robinson Patman, a través de una aplicación sustentada en diversas sentencias expedidas primordialmente por su Corte Suprema.

En el caso de la Unión Europea, la aplicación del Tratado de la Función Europea se sustenta en diferentes reglamentos especializados según el tipo de práctica mercantil bajo juzgamiento, entre ellos se destacan, el Reglamento No.330/2010 sobre las prácticas mercantiles de carácter vertical y, los reglamentos de exenciones de las prácticas mercantiles de carácter horizontal, relativos a los acuerdos de investigación y desarrollo y, a los de especialización.

Por su parte y, pese a la carencia de un reglamento en la práctica jurídica argentina, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ha emitido diversos dictámenes y resoluciones capaces de orientar la interpretación de su ley. En el presente trabajo se ha mencionado al Dictamen No. 510 del 08 de julio del 2005 y al dictamen realizado en el Proceso Cámara de Expendedores de Combustibles contra Yacimientos Petrolíferos Fiscales en 1995.

Si bien la Ley de Regulación cuenta ya con un reglamento, el mismo no realiza ningún aporte para esclarecer en qué casos y de qué forma las prácticas mercantiles normadas por la Ley de Regulación deben ser sancionadas. En lo que respecta a las prácticas mercantiles anticompetitivas, el reglamento mencionado trata de manera muy sucinta la forma en que deberán ser interpretadas las normas relacionadas con las prácticas mercantiles y se limita a incrementar la descripción de las mismas, reenviando la interpretación de sus normas y forma de juzgamiento a la Superintendencia de Control y Poder de Mercado. Por lo que aún es necesaria la realización de una normativa complementaria o la expedición de directrices oficiales que centren las prohibiciones generales a los casos concretos. Es imperante que legislativamente se pueda contar con un margen de decisión para las autoridades, que les permita establecer los parámetros bajo los cuales, podrán conducirse las empresas.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes Documentales Físicas

Libros:

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario De La Lengua Española*, Madrid, Edición Vigésima Segunda, Editorial Espasa Calpe, 2001.
- WITKER Jorge, *Derecho de la Competencia en América*, Santiago de Chile, 1era edición, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2000.
- COLOMA Germán, *Defensa de la Competencia*, 2da Edición, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2009.
- CEVALLOS Víctor, *Derecho de la Competencia. Texto Guía*, 1era edición, Loja, Universidad Técnica Particular de Loja, 2005.
- CEVALLOS, Víctor, *Manual de Derecho Mercantil*, Cuarta Edición, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2009.
- MONTESQUIEU Charles, *El Espíritu de las Leyes*, Sexta Edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2007.
- MONTT Paulo y NEHME Nicole (Comp), *Libre Competencia y Retail Un Análisis Crítico*, Primera Edición, Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing Chile, 2010.
- CABANELLAS Guillermo, *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia Tomo I*, Segunda Edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2005.
- CABANELLAS Guillermo, *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia Tomo II*, Segunda Edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2005.
- ARCHILA María, *Los Precios Predatorios: Una Forma de Abuso de Posición Dominante*, Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2001.
- PACE Lorenzo, *Derecho Europeo de la Competencia*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2007.
- Martínez Gabriel, *Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia*, 1era Edición, Buenos Aires, Editorial Depalma, 2002.

Revistas:

- LONDOÑO Alfonso, *Fundamentos económicos de derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs los beneficios de la competencia*, Rev. Derecho Competencia, Bogotá (Colombia) vol. 2, n° 2: 269-400, enero-diciembre 2006, p.8.
- GRIJALVA Agustín y TROYA José, *Elementos para un derecho de la Competencia en el Ecuador*, Revista FORO, Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, Primer Semestre del 2003, pp.17 y 18.
- ANÓNIMO, *Ecuador tiene una Economía de cárteles*, Revista Vanguardia, Ecuador, 25 de julio del 2011, p. 24.
- ANÓNIMO, *Antimonopolio: La ley que no llega*, Revista Vanguardia, Ecuador, 3 de julio del 2011, p.16.

Normativa:

- Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado*, Suplemento, Registro Oficial No.555 del 13 de octubre del 2012.
- Ecuador, *Código Penal*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, p.201.
- Ecuador, *Comisión de la Comunidad Andina*, Decisión 608, Registro Oficial Suplemento Especial No.18 del 25 de febrero del 2008, p.363.
- Comisión de la Comunidad Andina, *Decisión 608*, Registro Oficial Suplemento Especial No.18 del 25 de febrero del 2008, p.363.

Fuentes Documentales Digitales (Internet)

Normativa y Disposiciones Oficiales:

- Argentina, *Ley 25.156 Ley de Defensa de la Competencia*,
<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60016/texact.htm>,
Acceso: 19 de septiembre del 2012.
- Estados Unidos, Departamento de Justicia, *Herfindahl-Hirschman Index*,
<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hhi.html>, Acceso: 09 de octubre del 2012.
- Estados Unidos, Washington State Office of the Attorney General, *Guía Introductoria Sobre Las Leyes Antimonopolísticas*, <http://www.atg.wa.gov/Default.aspx>, Acceso: 02 de octubre del 2012.
- Estados Unidos, Department of Justice, *Price Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look For*,
<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/211578.htm>, Acceso: 22 de septiembre del 2012.
- Estados Unidos, Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors*,
<http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>, Acceso: 05 de septiembre del 2012.
- Estados Unidos, *Sherman Act (1890) Art.1*,
<http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/statutes/sherman.html>, Acceso: 07 de noviembre del 2012.
- Estados Unidos, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>, Acceso: 05 de septiembre del 2012.
- España, Comisión Nacional de la Competencia, *Abuso de Posición Dominante*,
<http://www.cncompetencia.es/Inicio/FAQ/Glosario/tabid/101/Default.aspx?item=155>,
Acceso: 04 de octubre del 2012.

- Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, <http://www.un.org/es/documents/udhr/>, Acceso: 20 de Octubre del 2012.
- SICE, Sistema de Información Sobre Comercio Exterior, *Diccionario de Términos de Comercio*, http://www.sice.oas.org/dictionary/CP_s.asp, Acceso: 05 de septiembre del 2012.
- Unión Europea, Comisión de las Comunidades Europeas, *Recomendación del 06 de mayo de 2003*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:124:0036:0041:es:PDF>, Acceso: 3 de septiembre del 2012.
- Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, *Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:es:PDF>, Acceso: 19 de septiembre del 2012.
- Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, *REGLAMENTO (UE) N o 330/2010 DE LA COMISIÓN de 20 de abril de 2010*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:102:0001:0007:ES:PDF>, Acceso: 04 de octubre del 2012.
- Unión Europa, Comisión Europea, *Abuso de posición dominante*, http://ec.europa.eu/competition/consumers/abuse_es.html, Acceso: 08 de octubre del 2012.

Jurisprudencia:

- Argentina, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, *Dictamen No. 510 del 08 de julio del 2005*, <http://www.cndc.gov.ar/conductas/oxigeno.pdf>, Acceso: 25 de septiembre del 2012.
- Estados Unidos, U.S. Supreme Court, *Jefferson Parish Hosp. Dist. v. Hyde - 466 U.S. 2 (1984)*, <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/466/2/>, Acceso: 08 de octubre del 2012.

- Estados Unidos, U.S. Supreme Court, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. - 06-480 (2007)*, <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/06-480/>, Acceso: 03 de octubre del 2012.
- Estados Unidos, U.S. Supreme Court, *State Oil Co. v. Khan - 522 U.S. 3 (1997)*, <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/522/3/>, Acceso: 03 de octubre del 2012.
- Estados Unidos, U.S. Supreme Court, *Pan American World Airways v. United States, 371 U.S. 296 (1963)*, <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/296/case.html>, Acceso: 25 de septiembre del 2012.
- Estados Unidos, U.S. Suprema Corte, *United States v. Tras-Missouri Wright Assen, 166 U.S. 290 (1897)*, <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/166/290/case.html>, Acceso: 18 de septiembre del 2012.
- España, Comisión Nacional de la Competencia CNC, *Resolución Expte. 565/03 Materiales Radiactivos*, <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=3&PrPag=1&PagSel=1&Numero=VS%2f565%2f03&Ambito=Vigilancia>, Acceso 25 de septiembre del 2012.
- Unión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Sentencia dictada el día 23 de octubre de 1974 en el caso Transocean Marine Paint Association contra la Comisión*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61974CJ0017:ES:PDF>, Acceso: 20 de Octubre del 2013.
- Unión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Sentencia dictada el día 13 de julio de 1966 en el caso Comisión Europea contra Constan y Grundig*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964CJ0056:ES:PDF>, Acceso: 04 de octubre del 2012.
- Unión Europea, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Sentencia del caso United Brands vs. Commission*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976J0027:EN:HTML>, Acceso: 20 de septiembre del 2012.

Revista Digital:

- LAMBERT Ariel, *El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia*, Revista Argentina de Derecho Empresario, Fecha de publicación: 15 de junio del 2005, <http://ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=40361&print=1>, p.1, Acceso: 02 de octubre del 2012.
- MEDRANO Martínez, *Boicot empresarial y defensa de la competencia*, LA LEY (Argentina) 2004 - C - 1249 (2004), <http://works.bepress.com/martinezmedrano/32>, p.1, Acceso: 02 de octubre del 2012.
- NIELS Gunnar, *El Consejo Internacional Sobre el Análisis de Depredación de Precios*, Editorial Boletín Latinoamericano de Competencia, http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_2_es.pdf, p.34, Acceso: 08 de octubre del 2012.

Ensayos:

- SANTISTEBAN Sonia, *¿Qué es un trust?*, <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/trust/que-es-un-trust>, Acceso: 15 de Septiembre del 2012.
- GÓMEZ Omar, *Libertad Económica*, <http://pensardenuuevo.org/libertad-economica/>, Acceso: 31 de agosto de 2012.
- THOMPSON Iván, *Tipos de Mercado*, <http://www.promonegocios.net/mercado/tipos-de-mercado.html>, Acceso: 03 de septiembre del 2012.
- MORENO Daniel, *Nuevas Formas de Organización Corporativa Concentrada*, http://ciberconta.unizar.es/Leccion/der022/100.HTM#_ftnref7, Acceso: 03 de septiembre del 2012.
- KATE Adriaan, *El Concepto de Mercado Relevante y su Falta de Claridad en la Legislación Mexicana sobre la Competencia*

http://www.competenciaeconomica.com.mx/articulos/Mercado_relevante_Adriaan_Ten_Kate.pdf, Acceso: 05 de septiembre del 2012.

- OTAMENDI, Jorge, *El interés general y la eficiencia económica en la ley de defensa de la competencia*,
http://www.gbreuer.com.ar/admin/files/boletin_archivos/El%20interes%20economico.pdf, Acceso: 20 de septiembre de 2012.
- RUBIN Janice, *Report for Congress General Overview of United States Antitrust Law*, <http://www.policyalmanac.org/economic/archive/antitrust.pdf>, Acceso: 20 de septiembre del 2012.
- HORSLEY Allen C., *Per Se Illegality and Concerted Refusals to Deal*, *13 B.C.L. Rev. 484 (1972)*, <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol13/iss3/3> Allen C. Horsley, Acceso: 02 de octubre del 2012.
- COLOMA Germán, *Integración y contratos verticales entre empresas*, www.ucema.edu.ar/~gcoloma/vertical.pdf, Acceso: 03 de octubre del 2012.
- JENNINGS John, *Comparing the US and EU Microsoft Antitrust Prosecutions: How Level is the Playing Field?*, *Erasmus Law and Economics Review* 2, no. 1 (March 2006), <http://www.eler.org/viewarticle.php?id=16>, Acceso: 08 de octubre del 2012.
- SHULTZ Robert S. y DENNIS Michael C., *The Robinson Patman Act*, http://www.coveringcredit.com/business_credit_articles/Laws_and_Regulations/art608.shtml, Acceso: 08 de noviembre del 2012.

Tesis:

VÁSQUEZ Maturana, *Apuntes de Derecho de la Competencia*,
<http://www.profesores.ucv.cl/joseluisguerrero/documentos/materialdeapoyo/apuntes%20derecho%20competencia%20memoria%20pa%20maturana.pdf>, Acceso: 3 de septiembre del 2012.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, David Eduardo Acosta Vargas, con Cédula de Identidad No. 171653387-0, autor del trabajo de graduación intitulado: “Análisis Comparado de las Prácticas Mercantiles Anticompetitivas Estados Unidos - Unión Europea – Argentina – Ecuador”, previa a la obtención del grado académico de **LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA:**

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 21 de Junio del 2013

David Eduardo Acosta Vargas

C.I. 171653387-0