

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

***“Los Precios Predatorios como uno de los casos de
abuso de la Posición Dominante en el Mercado”***

**DIRECTOR:
EC. ALFREDO MANCERO SAMÁN**

LUIS FERNANDO GUERRA PADILLA

Quito, Febrero de 2012

DEDICATORIA

El presente trabajo, está dedicado a mi familia, que día a día me dieron el apoyo necesario para que este llegue a su culminación.

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer a Dios, quien con su infinita sabiduría me guía por el camino del bien. A mis padres, quienes con sus enseñanzas han sabido inculcar en mí los más sólidos principios morales. Al Economista Alfredo Mancero que despertó en mí el interés por las ciencias económicas, pilar fundamental en la elaboración de este trabajo, y quien me enseñó que el mercado no es autorregulado por una mano invisible, sino que este debe ser regularizado mediante una normativa que defienda la libertad de competencia y proteja a los usuarios y consumidores de bienes y servicios.

“ABSTRACT”

La presente Disertación previa a la Obtención del Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, se inserta en el área del Derecho de Defensa de la Competencia Económica para tratar un tema poco estudiado por la doctrina, los Precios Predatorios como caso de Abuso de la Posición Dominante en un Mercado Relevante.

Los diversos organismos encargados de proteger, controlar la libre competencia y juzgar las prácticas contrarias a esta, a menudo se ven en el problema de identificar y determinar la existencia de los Precios predatorios en un mercado relevante principalmente por la complejidad de concurrencia de sus elementos, objetivo y subjetivo. El resultado de esta circunstancia es la innumerable cantidad de fallos negando la presencia de esa conducta, tal es el caso de las Resoluciones 001-2010 y 002-2010 del Ministerio de Industrias y Productividad en el plano nacional y muchas otras en la jurisprudencia de otros países y organismos supranacionales como la Unión Europea.

Mediante explicación del concepto, elementos, formas de evaluación y la realización de un análisis de la legislación comparada y la jurisprudencia sobre Precios Predatorios, se ha obtenido como principales hallazgos, que esta práctica contra la libre competencia económica, alcanza su mayor éxito en mercados relevantes de bienes o servicios muy elásticos; y que el método de evaluación más seguro, práctico y eficaz es el denominado “Two Tier” (doble sentido en español) compuesto por dos fases, la primera en la que se analiza las estructuras de mercado relevante y la posición de dominio, y la segunda en la que se estudia los precios bajo costo aplicados por la empresa predatora conjuntamente con el elemento subjetivo.

Palabras clave: Libre Competencia, Derecho de la Competencia, Mercado Relevante, Posición Dominante, Índices de Dominancia, Abuso de la Posición Dominante, Elementos de los Precios Predatorios y Formas de Evaluación de los Precios Predatorios

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
“ABSTRACT”	iv
INTRODUCCIÓN	4
1. CAPÍTULO I: EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: Aspectos y Características	6
1.1 Concepto de Libre Competencia	6
1.2 La Competencia como Bien Jurídico Protegido	8
1.3 Acuerdos y Prácticas Restrictivas a la Competencia	12
1.4 Estructuras de Mercado	13
2. CAPÍTULO II: CONCEPTO Y FINALIDAD DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA	16
2.1 Antecedentes Históricos del Derecho de la Competencia Económica	16
2.1.1 Estados Unidos de Norteamérica.....	17
2.1.2 Comunidad Europea.....	20
2.1.3 Latinoamérica	21
2.2 Definición y Características del Derecho de Defensa de la Competencia.....	22
2.3 Disciplinas del Derecho de la Competencia Económica	24
2.4 El Derecho de la Competencia como mecanismo idóneo para el correcto funcionamiento de los mercados.....	25
2.5 El Derecho de la Competencia garantiza la obligación de competir con el fin de lograr el bienestar de usuarios y consumidores	29
2.6 Las Prácticas Anticompetitivas sancionadas y controladas por el Derecho de Defensa de la Competencia Económica	32

2.6.1 Acuerdos Horizontales	32
2.6.2 Acuerdos Verticales.....	36
2.6.3 Concentraciones.....	39
3. CAPÍTULO III: LA POSICIÓN DOMINANTE: ELEMENTOS Y ABUSO	43
3.1 Definición y Características de la Posición Dominante	43
3.2 Elementos de la Posición Dominante	45
3.2.1 Empresa o grupo de empresas en Posición Dominante	46
3.2.2 Mercado relevante a ser dominado.....	46
3.2.2.1 Mercado Relevante de Producto o Servicio.....	47
3.2.2.2 Mercado Relevante Geográfico.....	49
3.2.3 Dominio del Mercado.....	51
3.3 Análisis de la Resolución 347-13-CONATEL-2010	54
3.4 El Abuso de la Posición Dominante	65
3.4.1 Concepto y Características del Abuso de la Posición Dominante	65
3.4.2 Tipos de Abuso de la Posición Dominante	69
3.5 El Abuso de la Posición de Dominio en la Legislación Nacional y Comparada.....	71
4. CAPÍTULO IV: LOS PRECIOS PREDATORIOS	76
4.1 Definición y Características de los Precios Predatorios.....	76
4.2 Elementos de los Precios Predatorios	78
4.2.1 Elementos Objetivos.....	78
4.2.2 Elemento Subjetivo.....	82
4.3 Formas de Evaluación de los Precios Predatorios.....	84
4.3.1 Test Areeda Turner o Test de costos (1975).....	84

4.3.2 Tesis de Richard Posner (1974)	86
4.3.3 Reglas de control a la expansión de la producción (1977).....	86
4.3.4 Regla de cuasi-permanencia de reducción de precios.....	87
4.3.5 Reglas “Two-tier”	87
4.3.6 Test ingreso vs costo evitable (1996)	88
4.4 Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad MIPRO-COMP- Resolución-001-2010	89
5. CAPÍTULO V: LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA SOBRE PRECIOS PREDATORIOS	101
5.1 Legislación sobre Precios Predatorios.....	101
5.2 Jurisprudencia sobre Precios Predatorios	103
5.3 Caso negando la existencia de Precios Predatorios	104
5.4 Caso afirmando la existencia de Precios Predatorios	109
6. CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES	117
6.1 Hallazgos Principales	117
6.2 Conclusiones sobre Precios Predatorios	120
7. CAPÍTULO VII: BIBLIOGRAFÍA	125

INTRODUCCIÓN

El Derecho de Defensa de la competencia económica surge como un mecanismo idóneo para regular y ordenar los mercados asegurando la perduración de la libertad de competencia, además de ser la herramienta de protección de los usuarios o consumidores de bienes o servicios. El origen de este tipo de Derecho se conjuntamente con el Derecho Mercantil, sin embargo su forma tal como hoy lo conocemos se da en el año de 1890 a partir de la aparición de la Ley Sherman Act, que constituye el primer cuerpo normativo que sanciona las prácticas monopolistas y prácticas restrictivas del comercio.

A partir del apareamiento de la normativa norteamericana, varios han sido los países y comunidades de naciones que han considerado importante la creación de normativa protectora de la libre competencia. El Ecuador, aunque tardíamente, ha visto la necesidad de defender este bien jurídico, tal como se lo demuestra en la Constitución de la República, al indicar que el Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados evitando las prácticas de monopolio, oligopolio y abuso de la posición de dominio, y en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado publicada en el Registro Oficial a mediados de octubre del año 2011.

La doctrina y la legislación comparada en esta materia, han coincidido al decir que existen dos tipos de casos de abuso de la posición dominante, por una parte las prácticas abusivas de explotación y por otra las prácticas abusivas de exclusión. Dentro de las prácticas abusivas de exclusión se encuentran los denominados precios predatorios, cuya definición general es la venta de bienes y servicios a un precio bajo los costos de producción con el fin de eliminar la competencia creando un monopolio y obteniendo rentas monopolísticas a largo plazo.

El principal problema de los precios predatorios es la dificultad para identificar y determinar su existencia, esto debido principalmente a que puede confundirse con descuentos promocionales (o cualquier estrategia de marketing para arrebatar clientes), por los atributos que debe tener la empresa predatoria, las condiciones del mercado y la complejidad que implica realizar un test de costes. Esta afirmación se ha reflejado en la

jurisprudencia comparada, fruto de ello son los pocos casos en los que se ha declarado la existencia de esta práctica y sancionado a quien lo ejerza.

El presente trabajo tiene por objeto explicar el concepto de los precios predatorios como un caso de Abuso de la Posición de Dominio, exponer las diferentes formas diseñadas para la identificación de esta práctica, comparar las distintas normativas que sancionan esta conducta y analizar la jurisprudencia en esta materia que en casos en los que se ha negado y afirmado la existencia de los precios predatorios.

CAPÍTULO I

1. EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: Aspectos y Características

1.1 Concepto de Libre Competencia.-

El concepto de Libre Competencia, es una acepción aún no definida dentro de la doctrina. Sin embargo trataré de esbozar varios conceptos para llegar a una definición.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define la competencia como *“disputa o contienda entre dos o más personas sobre algo”*¹ u *“oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa.*

El mismo libro, define a la libertad como *“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”*².

De estos conceptos generales se puede extraer varios elementos; el primero una contención o rivalidad entre los competidores, el segundo las personas o individuos que se los puede denominar competidores; el tercero el fin que persiguen cada uno de ellos, y un cuarto elemento la autonomía de la voluntad de cada individuo dentro de esta contienda.

Por lo que de esta forma podemos plantear una definición de libre competencia que consiste en: la rivalidad entre dos competidores con el objetivo de alcanzar un fin, tomando sus propias decisiones dentro de tal contienda. Entiéndase como fin, el de captar la mayor cantidad de compradores, clientes, consumidores y en especial mayor margen de ganancias económicas.

¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, Vigésima Segunda Edición, ver HYPERLINK www.rae.es/rae.html, última visita 16 de junio de 2010

² Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, Vigésima Segunda Edición, ver HYPERLINK www.rae.es/rae.html, última visita 16 de junio de 2010

En un concepto más técnico, el INDECOPI (Instituto Nacional de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú) menciona que la libre competencia *“es el resultado de la concurrencia libre en el mercado de ofertantes que producen bienes o servicios similares y, a su vez, consumidores que toman decisiones libres sobre sus compras en el mercado con información suficiente y calidad de los productos, sin que en esas decisiones intervengan fuerzas distintas a las del mercado mismo”*.³

El concepto citado en el párrafo anterior por el INDECOPI en respuesta a la primera pregunta, es ampliado en la réplica a la segunda⁴ al mencionar a los fundamentos de la libre competencia que son la libertad de elección tanto para el consumidor en el momento de comprar determinado producto, como para el productor en función de velar por sus intereses empresariales.

En total acuerdo con lo expuesto por el Instituto Nacional de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual INDECOPI, puedo definir a la libre competencia económica como la concurrencia de ofertantes y consumidores en el mercado en ejercicio de sus libertades que implica, para el oferente, la toma de decisiones empresariales en pro de sus intereses a fin de obtener la mayor ganancia económica posible, ya sea mediante la reducción de costos o la superioridad técnica mientras para el consumidor esa libertad se traduce en el libre acceso a la variedad de bienes y servicios ofertados conforme a sus necesidades.

Para delimitar un poco más el alcance de éste término, Bercovitz nos menciona que en la libre competencia *“implica en primer lugar el libre acceso al mercado de quienes quieran operar en él, es decir, que no debe haber barreras, que impidan la aparición de nuevas empresas dedicadas a una determinada actividad. Y en segundo lugar... la libre competencia exige que todos*

³ INDECOPI, Preguntas sobre la libre competencia en el marco de una economía global, pregunta 1 ¿Qué entiende por libre competencia?, Lima: INDECOPI, 1997, pág. 7

⁴ INDECOPI, Preguntas sobre la libre competencia en el marco de una economía global, pregunta 2 ¿Cuáles son los fundamentos de la libre competencia?, Lima: INDECOPI, 1997, pág. 7

*ellos estén sujetos a las mismas reglas y actúen independientemente entre sí, tratando de esforzarse en captar la clientela por las ventajas inherentes a las prestaciones que ofrecen.*⁵

Como se puede apreciar la libre competencia se la puede divisar en sus tres funciones: en la estructura del mercado, el comportamiento de los agentes y los resultados de los mercados que deben ser protegidos y regulados por el Derecho de Defensa de la Competencia como se analizará posteriormente.

1.2 La Competencia como Bien Jurídico Protegido

Un bien jurídico protegido es un derecho cuidado por el Ordenamiento Jurídico de un determinado país, proveniente de un interés social que debe ser tutelado y que tiene una ubicación en la Constitución de cada país.

La libre competencia, forma parte de un derecho de mayor amplitud que es el de la Libertad de empresa que es la libertad para la creación, conservación, protección, ejercicio, transmisión y extinción de la empresa⁶. Dentro del ejercicio de esta libertad está la de competir con el fin de lograr el desarrollo y lucro económico empresarial.

En nuestra Constitución Política el derecho de la libertad de empresa se lo puede identificar en el artículo 66, número 15 que menciona como un derecho de libertad el desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

De lo mencionado se puede decir que producto del reconocimiento constitucional como derecho a la libertad de empresa, el Estado protege y tutela la libre competencia reconociendo como derecho. Antes de revisar la normativa protectora de este derecho es

⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO Alberto, "Apuntes de Derecho Mercantil", Editorial Aranzadi, Décima Edición, Madrid, Septiembre 2009

⁶ GRIJALVA JIMENEZ Agustín, TROYA JARAMILLO José Vicente, "Elementos para un derecho de la Competencia en el Ecuador", FORO revista de derecho No. 1, UASB / CEN Quito, 2003.

necesario preguntarnos las causas y motivos de los estados para su protección según la doctrina.

Según Pinkas Flint, *“el objetivo de proteger a la libre competencia económica, surge de la necesidad de controlar los excesos de los ofertantes en materia de producción, así como de castigar estas prácticas para lograr un buen funcionamiento de la competencia en el mercado”*⁷.

Explicando de mejor forma, la competencia debe ser regulada y no dejarla al arbitrio de los agentes económicos, por ello se debe establecer límites a la autonomía privada de los competidores con el fin de alcanzar el ideal económico, que es la competencia perfecta o a su vez una eficiencia en los mercados. Hay que recordar que la competencia perfecta es una situación en el mercado en la que *“ninguna empresa o consumidor es suficientemente grande para influir en el precio de mercado. Esta situación se da cuando: 1) el número de vendedores y de compradores es muy grande y 2) los productos ofrecidos por los vendedores son homogéneos (o no pueden distinguirse). En esas condiciones, cada empresa tiene una curva de demanda horizontal (o perfectamente elástica)”*⁸.

Para entender de mejor manera, el bien jurídico que pretende proteger es evitar que en función de la libertad de empresa, un concurrente perjudique a otro que participa en el mismo mercado, logrando desigualdades en la situación competitiva limitando la libertad anteriormente mencionada. Así cada competidor tiene la posibilidad de entrar y salir del mercado en igualdad de condiciones, tanto en fabricación, producción, distribución y comercialización de bienes y servicios

La protección de la libertad de competencia como bien jurídico protegido por el Estado, no solo consiste en garantizar la libre competencia al mercado y la garantía de una competencia efectiva en base a la limitación de la libertad de empresa, sino también en la igualdad jurídica de los competidores que implica la aplicación de condiciones diferentes causando desigualdades competitivas y el beneficio de los consumidores que pueden conseguir una mayor producción u oferta de bienes a menores precios

⁷ PINKAS Flint, “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, Estudio Exegético del Decreto Legislativo 701, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Lima 2002 pág. 23.

⁸ SAMUELSON Paul, NORDHAUS William, “Economía”, Décimo Séptima Edición, Mc Graw Inc, 2002 pág. 653.

En una economía de libre competencia los mercados pueden tener ciertas imperfecciones (altos costos de transacción, prácticas monopólicas o prácticas restrictivas a la competencia), que obliguen al Estado a intervenir sin distorsionar el libre mercado con el fin de obtener mejores resultados. El Estado regula estas imperfecciones y protege la competencia a través de la creación de normativa e instituciones de control para preservar la libre competencia, esto conocido en la doctrina como Derecho de la Competencia, tema que se lo abordará en el siguiente capítulo.

Por lo mencionado anteriormente se puede concluir que la importancia por parte del Estado de proteger a la libre competencia radica, a modo de síntesis, en que ésta es el derecho de los individuos a ejercer su libertad económica dentro de los límites establecidos por la ley buscando la eficiencia en los mercados beneficiando al consumidor.

Tal afirmación la podemos encontrar en distintas normativas de diferentes países e incluso en normativa comunitaria y resoluciones de máximos organismos internacionales. Así tenemos en primer plano dentro de la Organización de Naciones Unidas una resolución TD/RBP/CONF.5/16 emitida por la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD de noviembre de 2000 en la que se solicita a todos los Estados Miembros que apliquen las Disposiciones del Conjunto de Normas y Principios sobre la competencia económica de las Naciones Unidas; en el mismo sentido la UNCTAD se compromete a la promoción de actividades de defensa de la competencia por los organismos encargados en los países en desarrollo y con economías de transición. Al respecto el Convenio Constitutivo de la Comunidad Europea tiene un capítulo titulado Normas de la Competencia que en particular en su artículo 81 menciona que *“serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre Estados miembros que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”*

La Comunidad Andina de Naciones ha visto la necesidad de proteger a la libre competencia económica dentro de los países que la conforman mediante la Decisión 608 sobre Normas para la protección de la libre competencia en la Comunidad Andina, cuyo objetivo según su artículo 2 es *“la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito*

de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores”. Es importante señalar que esta Decisión es el único código legislativo vigente que tiene nuestro país sobre defensa de la competencia.

Nuestro país ha reconocido esta norma supranacional andina creando mediante Decreto Ejecutivo número 1614 de 14 de marzo de 2009 las “Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN” cuyos objetivos son el regular los comportamientos de los operadores económicos que pueden ser lesivos a la competencia y el desarrollo de normas para la aplicación de la normativa andina.

Nuestra actual Constitución de la República, aunque no lo hace expresamente, señala la protección a la libre competencia en el artículo 336 segundo inciso al señalar que: *“el Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la transparencia en igualdad de condiciones y oportunidades lo que se definirá por ley”*. Del acápite de la norma constitucional es importante resaltar como primer punto, y como lo mencioné anteriormente, que uno de los fines de la libre competencia como bien jurídico protegido es lograr la eficiencia en los mercados y; como segundo punto la confirmación de una Ley de Competencia, lo que es óptimo porque se pone énfasis en la necesidad de defender, proteger y regular a la libre competencia, de tal forma que no se deje al arbitrio de los agentes económicos este bien jurídico.

La importancia de tener dentro del ordenamiento jurídico interno Leyes de protección, defensa y regulación de la competencia económica, ha sido entendida por varias naciones, así todos los países norteamericanos (3); la mayoría de países de América Latina (8) incluidos países andinos como Venezuela, Colombia y Perú; gran parte de los países de Europa (39); las economías emergentes y otros países de Asia (10); dos naciones de Oceanía y tres africanas.

En nuestro país el 13 de Octubre de 2011 se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 la “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado” normativa enviada al la Asamblea Nacional con carácter de urgencia en materia económica, que a pesar que no será análisis en éste trabajo, se lo tomará como referencia en ciertas ocasiones. En el primer artículo (objeto) menciona:

“El objeto de la presente ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico, social y solidario sostenible”.

El artículo en mención es de mayor alcance y será analizado a profundidad en el siguiente capítulo que basa sobre el Derecho de la Competencia. Lo que se pretende al citar esta norma, es afirmar la importancia que tiene la competencia económica como bien jurídico protegido y destacar la intención de crear una normativa interna de competencia acorde a los demás ordenamientos jurídicos

1.3 Acuerdos y Prácticas Restrictivas a la competencia

El Estado tiene la obligación de proteger a la libre competencia como medio para lograr eficiencia en los mercados, proteger el proceso competitivo y beneficiar al consumidor. En el tópico anterior se hizo mención a los motivos por los que el Estado debe proteger este bien jurídico. Un motivo por el cual se protege a la libre competencia son las prácticas que las restringen consagradas en la normativa correspondiente.

En este punto voy a enunciar brevemente cuales son éstas prácticas, ya que el tema en mención será abordado a profundidad en el siguiente capítulo en el que se analizará la legislación en la cual se encuentra contemplada esta práctica.

A grosso modo, estas conductas son prácticas comerciales que tienen por finalidad restringir o eliminar la competencia por medio de la manipulación del mercado, limitando el acceso a este.

Este comportamiento la doctrina los ha clasificado en cuatro que son:

1. Abuso de posición dominante o monopolización.- situación en la cual una empresa, independientemente o conjuntamente controla el mercado y abusa de su posición de dominio en este.
2. Acuerdos Horizontales.- denominados también prácticas restrictivas absolutas, son acuerdos entre competidores reales o posibles que tienen por objetivo reducir, eliminar o limitan la competencia. Se distinguen dos tipos, los cárteles y manipulación de licitaciones.⁹
3. Acuerdos verticales.- denominados también prácticas restrictivas relativas, son aquellos que se pueden presentar en varias etapas dentro de un proceso productivo ya sea dentro de diferentes niveles en una misma empresa o relaciones verticales entre empresas diferentes.
4. Concentraciones.- actos jurídicos que tienen por fin apropiarse la mayor parte del mercado de un bien o servicio. Son también conocidas como fusiones o adquisiciones y son de tres tipos: verticales, horizontales y conglomeradas.

Estas prácticas serán analizadas a fondo haciendo relación a la legislación nacional y comunitaria en la parte indicada en el posterior capítulo.

1.4 Estructuras de Mercado

Estas estructuras, son los tipos de mercado distinguidos según su grado de competencia que en ellas se presenta. Lo que caracteriza a una estructura de mercado es el número de empresas, la intensidad de las barreras de entrada y cuan sustituibles son los productos para los consumidores.

Es importante indicar las características principales de los tipos de mercado, ya que serán necesarios en el desarrollo de esta obra, en el capítulo referente al Derecho de la

⁹ Comunicación de la OCDE, 29 de julio de 1997, párrafo 7.

Competencia para aclarar definiciones y objetivo de este derecho, y en especial el que trata sobre el Abuso de la Posición de Dominio.

Siguiendo con el contexto, las Estructuras de Mercado son:

- **Competencia Perfecta.-** Es una condición del mercado en el que alcanza el grado máximo de competencia, *“debe tener dos características (1) los bienes que se ofrecen en venta son todos iguales y (2) hay tantos compradores y vendedores que ninguno puede influir en el precio de mercado”*.¹⁰
- **Competencia imperfecta.-** es la circunstancia en la cual, un productor o empresa puede influir significativamente en el precio del mercado de su producto.¹¹ Es decir el precio del producto en el mercado, no será producto de la ley de oferta y demanda, sino de uno o varias empresas productoras que tienen la capacidad de controlarlo.

Los principales tipos de competencia imperfecta son el monopolio, el oligopolio y la competencia monopolística.

- **Monopolio.-** es el caso en el cual un único vendedor tiene control absoluto de una industria, y no existen bienes sustitutivos¹². Es decir no existe competencia debido a las fuertes barreras de entrada impuestas por el monopolista. En esta figura los niveles de producción y precios no son eficientes, ya que producto de las complicadas barreras y el poder de mercado da como resultado precios altos y niveles de producción bajos, ocasionando un grave perjuicio a los consumidores.

Adelantándome un poco al tema central de este trabajo, una de las acciones que puede tomar el monopolista debido a su poder de mercado es la fijación de precios predatorios disminuyendo la entrada de nuevos competidores.

¹⁰ MANKIW Gregory, “Principios de Economía”, Quinta Edición, Harvard University, Traducción a cargo de New World Spanish by Pros (San Antonio, Tx), pág. 48

¹¹ SAMUELSON Paul, NORDHAUS William, “Economía”, Décimo Séptima Edición, Mc Graw Inc, 2002 pág. 143.

¹² SAMUELSON Paul, NORDHAUS William, “Economía”, Décimo Séptima Edición, Mc Graw Inc, 2002 pág. 143.

- **Oligopolio.-** Es una estructura de mercado en la cual pocos productores, pueden influir en el precio de determinado tipo de producto, homogéneos o heterogéneos. El precio no solo depende del nivel de producción que tenga cada empresa, sino también de las acciones y conductas que tengan éstas. Así por ejemplo pueden darse acuerdos colusorios entre los productores que puede llevar a la fijación de precios.
- **Competencia Monopolística.-** ocurre cuando un gran número de vendedores ofrece bienes diferenciados. Los productos que se ofertan son productos cuyas características importantes varían, en función de varias características como localización, calidad entre otras.
- **Libertad de entrar y salir del mercado.-** libertad que tienen las empresas para *“entrar (o salir) del mercado sin restricción alguna. Por lo tanto, el número de empresas que hay en el mercado se ajusta hasta que los beneficios económicos son cero”*¹³, esta situación se da ya que no hay barreras de entrada técnicas e institucionales. Si las empresas están obteniendo ganancias en el mercado atraerá a más empresas este, caso contrario si las empresas del mercado tienen pérdidas traerá como consecuencia el abandono de ciertas empresas. Ejemplos de este tipo de mercado son los restaurantes, juguetes de plástico, zapatos etc. ejemplo de este tipo de mercado

Tomando en cuenta éstos conceptos, podré desarrollar de mejor manera los posteriores capítulos reservando la posibilidad de mayores aclaraciones conforme el análisis lo requiera.

¹³ MANKIW Gregory, “Principios de Economía”, Quinta Edición, Harvard University, Traducción a cargo de New World Spanish by Pros (San Antonio, Tx), pág. 255.

CAPÍTULO II

2. CONCEPTO Y FINALIDAD DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

2.1 Antecedentes Históricos del Derecho de la Competencia Económica

La protección a la libre competencia aparece conjuntamente con el Derecho Mercantil. Desde el siglo XII hasta principios del siglo XVIII (parte de la Edad Media y Moderna), se evidencia escasa normativa destinada a la defensa de este bien, ya que existía falta de libertad en el mercado y una fuerte organización monopolística producto de la Inscripción en la Matrícula de las Corporaciones o Gremios de Artes y Oficios, requisito indispensable para ejercer una profesión o industria. Estos abusos causaron reacción dentro del pueblo especialmente en el inglés y francés que se vio plasmado en el año 1623 en el Statute of Monopolies que apareció en el reinado de Jaime I y las Ordenanzas de Luis XIV sobre el comercio terrestre y marítimo.¹⁴

Posteriormente con la Revolución Francesa, producto de las ideas de los filósofos de ese entonces, se afirma el principio de la libertad económica y con ello la de industria y comercio. En este periodo se disuelven las corporaciones y gremios a través de la Ley “*Le Chapelier*” de 1791. En esta ley se resalta la iniciativa privada como principio de mercado, y se reconoce como mejor participante a quien ofrezca un mejor producto, servicio y precios al consumidor. Como menciona Pinkas Flint, en este periodo surge un cambio de paradigmas, “*ya no se compra lo que se produce. Se produce aquello que el mercado desea bajo riesgo que sea otro y no nosotros los que podamos vender. Ya no podremos imponer gustos y preferencias ni imponer cuotas*”¹⁵. Pese a la eliminación de entes colegiados, corporaciones y demás controles administrativos y producto de la concurrencia y libre competencia, permanecieron

¹⁴ WITKER Jorge, “Derecho de la Competencia en América, Canadá, Chile, Estados Unidos y México”, Primera Edición, Fondo de Cultura Económica Chile S.A., Chile 2000, pág. 22.

¹⁵ PINKAS Flint, “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, Estudio Exegético del Decreto Legislativo 701, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Lima 2002 pág. 42.

los monopolios y aparecieron ciertas prácticas restrictivas a la competencia como acuerdos entre ofertantes.

Así llegamos a la Revolución Industrial (1760 – 1830), fenómeno originado en Inglaterra expandido por toda Europa y Norteamérica que se caracterizaba principalmente por las innovaciones tecnológicas, la expansión del comercio, transformaciones socio económicas, especialización laboral y producción en masa; esto desembocó en abusos por parte de grupos empresariales cuyo fin era vender sus productos por todo tipo de medios eliminando competidores a través de actos de competencia desleal. En este periodo aparecen cuerpos normativos cuyo objetivo es la protección de la libertad de empresa y libre para el desarrollo del derecho y normativa de la competencia económica.

El estudio de los antecedentes normativos se los va a tratar acorde al marco geográfico donde aparecieron y se desarrollaron, estos son: Estados Unidos de Norteamérica, Europa y Latinoamérica.

2.1.1 Estados Unidos de Norteamérica.

- Sherman Act. (1890)

Considerada la Carta Magna de la economía de mercado en los Estados Unidos, esta ley castiga los pactos entre comerciantes que restrinjan la competencia y todo tipo de monopolio.

El contenido de la ley se la evidencia en los dos primeros artículos:

1. Todo contrato, combinación en forma de trust o de otra clase, o conspiración restrictiva del tráfico o del comercio entre los Estados Federados o con países extranjeros se declara ilegal.¹⁶
2. Toda persona que monopolice o trate de monopolizar cualquier parte de la actividad, o del comercio entre los diversos estados o con naciones

¹⁶ Every contract, combination, in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal

extranjeras, y toda persona que se coaligue o entre en combinación con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier parte de comercio entre Estados Federados o con otros países se considera reo o delito punible.¹⁷

Como se evidencia, el artículo 1 de la Sherman Act se relaciona con el castigo a los acuerdos que restrinjan el comercio, amenazando la competencia; mientras que el segundo versa sobre el monopolio o intento de monopolizar el mercado.

Como se puede apreciar, la intención de la ley Sherman Act en su artículo 1 fue por una parte restringir los acuerdos que limiten el comercio, y por otra prohibir la monopolización, los intentos de monopolizar o las conspiraciones para monopolizar la actividad comercial.

- Clayton Act. (1914)

Aparece como respuesta a la ambigüedad de la Sherman Act, ya que esta prohibía de manera general todos los actos que restrinjan el comercio, dejando vacíos e incertidumbre sobre las practicas consideradas contra el comercio.

Como menciona Jorge Witker en su obra "Derecho de la Competencia en América", el contenido puede ser resumido en tres apartados: ¹⁸

1. *Prohibición de ciertas prácticas restrictivas a la competencia, distintas de los acuerdos de trust*
2. *Expresión de los medios legales para impedir la realización de prácticas prohibidas y;*
3. *Disposiciones laborales*

¹⁷ Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony.

¹⁸ WITKER Jorge, "Derecho de la Competencia en América, Canadá, Chile, Estados Unidos y México", Primera Edición, Fondo de Cultura Económica Chile S.A., Chile 2000, pág. 88.

En la misma obra, el autor señala que esta ley declara ilegales a la discriminación de precios, los contratos de exclusivas, la adquisición de acciones entre corporaciones y las direcciones de enlace cuando tales prácticas disminuyan la competencia o tiendan a crear un monopolio.

Esta ley es el principal cuerpo normativo que prohíbe las concentraciones y fusiones anticompetitivas, que mediante la modificación estructural, pretendan ejercer una posición de dominio que resulte en la reducción de la competencia hasta la creación de un monopolio.

- Federal Trade Commission (1914)

Los principales aportes de esta ley fueron:

1. Creación de la Comisión Federal de Comercio como órgano administrativo con funciones de prevenir, impedir y reprimir la competencia desleal a través de un proceso administrativo.¹⁹
2. Que Prohíbe los “*deceptives*” que son formas injustas de comercio y prácticas fraudulentas.

Lo más importante de esta ley radica en la creación de una institución que haga efectivo el cumplimiento de las disposiciones contenidas tanto en la Sherman Act, como en la Clayton Act sirviendo como un órgano de consulta, control y sanción en territorio norteamericano

Por el sistema jurídico en el que se promulgaron estas normas (Common Law), en el cual la interpretación de los jueces es la principal fuente de derecho, trajo como consecuencia la aparición de dos principios o reglas de interpretación, la *Regla Per Se* (*castigo por el solo cumplimiento de la conducta contra la competencia*) y la *Rule of Reason* (*sanciona la práctica dependiendo del efecto en el mercado que produzca la práctica*) que serán explicadas a detalle como formas de juzgamiento y evaluación de los precios predatorios.

¹⁹ PINKAS Flint, “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, Estudio Exegético del Decreto Legislativo 701, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Lima 2002 pág. 25. pag 48

2.1.2 Comunidad Europea

El primer cuerpo normativo que defiende la competencia nace en la República Federal de Alemania a través de la Ley Contra las Restricciones de la Competencia (GWTB) que entró en vigencia en enero del año 1958, que se caracteriza por la sanción a los comportamientos restrictivos de la competencia, la generación de posiciones de dominio y el abuso del poder del mercado.

En la Comunidad Europea, el principal antecedente histórico sobre protección a la Competencia económica es el Tratado de Roma, suscrito el 25 de marzo de 1957 entre los países de Francia, Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Italia y la República Federal de Alemania que dio existencia a la Comunidad Económica Europea (CEE)

Este instrumento internacional contiene dos normas básicas sobre defensa de la competencia, el artículo 85 y 86, que posteriormente fueron incluidos en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea firmado en el año de 1999.

El primer artículo menciona que:

“Serán incompatibles con el mercado común 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 efecto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y en particular...” Acto siguiente se detallan una serie de actos contra la competencia.

El artículo 86 complementa al citado al mencionar que:

“Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de

*una o más empresas, de un posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo...*²⁰ posteriormente se enuncia los casos de prácticas abusivas.

En esta legislación se evidencia, debido al tiempo de aparición, un claro desarrollo de conceptos y definiciones respecto a la normativa norteamericana de principios de siglo XX, sin embargo su aplicación efectiva tuvo cierta demora hasta que se dicten los fallos del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, y el reglamento que detalló el procedimiento a llevarse a cabo en los casos de defensa de la competencia denominado Reglamento 17/1962; primero los casos debían pasar por la jurisdicción administrativa de la Comisión Europea y luego podían ser apelados entre los Tribunales de la misma comunidad.²¹

A finales del siglo XX, con la suscripción del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, se dictan una serie de reglamentos referentes a acuerdos verticales, acuerdos horizontales y de procedimiento de control previo de concentraciones económicas.

2.1.3 Latinoamérica

La legislación latinoamericana en materia de defensa de la competencia se ve claramente influenciada por la corriente estadounidense. El primer antecedente normativo, se lo encuentra en la República Argentina, en el año 1933 con la ley 11.210 que se caracterizaba por ser una ley de tipo penal en la que se ve se plasmada los dos primeros artículos de la ley Sherman Act. En 1946 esta ley fue reemplazada por la ley 12.906 en la que prohibía los actos que condujeran a monopolio y enumeraba una serie de conductas restrictivas a la competencia.

Otros antecedentes históricos en Latinoamérica sobre regulación y protección de la libre competencia en el mercado, se encuentra en Chile a través de la Ley 13.305 del año 1959, posteriormente reemplazada por el Decreto Ley No. 211. En Colombia la Ley 155 del

²⁰ Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec_es.htm, última visita 10 de noviembre de 2010.

²¹ COLOMA Germán, "Defensa de la Competencia. Análisis económico comparado", Primera Edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid 2003, pág. 22.

año 1959, en Brasil la Ley 4137 del año 1962, la Ley 4353 para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia en Venezuela en el año de 1991, el Decreto 701 del año 1991 en Perú, en México la Ley Federal de Competencia Económica promulgada en el año 1993.

Dentro de la legislación supranacional y comunitaria tenemos la Decisión 285 de la Comunidad Andina de Naciones CAN del año 1991, que tiene normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas a la misma. En el Mercosur a través de su Protocolo de Defensa de la Competencia en el año 1996, cuyo objetivo principal es la defensa de la competencia.

En el Ecuador hasta antes de la publicación de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, existían ciertos artículos en diferentes cuerpos normativos en materia protectora de defensa de la competencia, así por ejemplo en Ley de Propiedad Intelectual, publicada en mayo del año 1998. Este cuerpo normativo en su “Libro IV de la Competencia Desleal” define y sanciona los actos de competencia desleal en materia de propiedad intelectual sin aportar mucho en la defensa del bien jurídico.

2.2 Definición y Características del derecho de Defensa de la Competencia Económica

Para dar una definición de Derecho de Defensa de la Competencia, debemos primero ubicarlo dentro de las varias ramas del Derecho conforme al bien o bienes jurídicos protegidos. Como se trató en el primer capítulo el principal bien jurídico protegido es la libertad de competencia que se encuentra inmersa en otro derecho de mayor amplitud, la libertad de empresa.

Se parte entonces de la definición de empresa. Entiéndase a esta, como *“el ejercicio profesional de una actividad planificada, desarrollada con la intención de intermediar en el mercado de bienes y servicios. Organización de los factores de producción, capital y trabajo con ánimo de lucro”*²².

²² CULTURAL S.A., Diccionario de Contabilidad y Finanzas”, Inmaprag, Madrid, España, pág. 89.

Cuando hablamos de lucro, hacemos inmediata referencia a las prácticas comerciales de las personas y nos inmiscuimos en el campo del Derecho Mercantil que como dice Cabanellas *“son los Principios doctrinales, legislación y usos que reglan las relaciones jurídicas particulares que surgen de los actos y contratos de cambios, realizados con ánimo de lucro por las personas que del comercio hacen su profesión”*²³. Este derecho tiene su orientación en últimas décadas, así como lo dice el Dr. Víctor Cevallos Vásquez, *“hacia la tutela de los derechos del consumidor y el usuario, ante la abundancia y satisfacción crecientes de un mercado cada vez más globalizado, con diversificación de productos, con un rol preponderante de la publicidad y la reducción de la competencia por la concentración económica, en el que las operaciones mercantiles están de una u otra manera encaminadas a satisfacer necesidades”*²⁴, estas necesidades pueden ser de diversos tipos conforme a los requerimientos cambiantes de los demandantes.

Como segundo punto tenemos el de libertad económica y todo lo que ella comprende, agentes del mercado, rivalidad entre competidores y el bienestar para oferentes y compradores. Todos estos conceptos son tratados por el Derecho Económico que *“es la colección de reglas determinantes de las relaciones jurídicas originadas por la producción, circulación, distribución y consumo de la riqueza”*²⁵.

De lo dicho, se desprende que el Derecho de Defensa de la Competencia es una rama del Derecho Económico que ha cobrado importancia con el desarrollo y enfoque del derecho mercantil en las últimas décadas.

Para llegar a una definición acertada de este tipo de derecho, se debe tomar también en cuenta, y como punto más importante, el objeto que tiene. El Dr. Víctor Cevallos Vásquez señala que *“parafraseando lo mencionado en la Exposición de Motivos de la Ley de Defensa de la Competencia en España, se puede ratificar que esta disciplina jurídica tiene por objeto asegurar la vigencia de una competencia suficiente y una vez que esta existe procurar su perdurabilidad, eliminando de acuerdo con la ley interferencias o ataques a la misma, o sancionando actos*

²³ CABANELLAS DE TORRES Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”, Decimo Séptima Edición 2005, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, pág. 120.

²⁴ CEVALLOS VÁSQUEZ Víctor, “ Libre Competencia, Derecho de Consumo”, Primera Edición 2001, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito 2001, pág. 13

²⁵ CABANELLAS DE TORRES Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”, Decimo Séptima Edición 2005, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, pág. 119.

*anticompetencia que afecten el interés general, pues la competencia auténtica favorece dentro del mercado a los usuarios y consumidores*²⁶.

De lo descrito se afirma que los fines o características del Derecho de Defensa de la competencia son:

- Asegurar la perduración de la libre competencia y por ende libertad de empresa y concurrencia
- Eliminar o sancionar prácticas contra la competencia
- Favorecer y proteger al usuario y al consumidor

Después de éste análisis se puede dar un concepto de Derecho de Defensa de la Competencia que es la rama del Derecho Económico que mediante la sanción de prácticas contra la libre competencia económica, de empresa y concurrencia, regula y ordena los mercados protegiendo a los usuarios, consumidores e interés público. Disciplina que ha sido de gran preocupación por el derecho mercantil en las últimas décadas y que en la actualidad se encuentra en gran desarrollo.

Los tres fines de este derecho, se los puede sintetizar en dos que serán analizados con posterioridad pero que como lo veremos ambos se complementan y se ven plasmados en las legislaciones protectoras de la competencia en cada país.

1. El funcionamiento correcto de los mercados.
2. Bienestar de usuarios y consumidores.

2.3 Disciplinas del Derecho de la Competencia Económica

Es importante para el desarrollo de este trabajo mencionar las disciplinas del Derecho de Defensa de la Competencia que no son excluyentes entre sí.

Pinkas Flint en su obra Tratado de Defensa de la Libre Competencia cita a José Antonio Olaechea mencionando que *"el Derecho de la Libre Competencia se encuentra inmerso en el nuevo derecho de tráfico económico que incluye tres disciplinas a saber:*

²⁶ CEVALLOS VÁSQUEZ Víctor, " Libre Competencia, Derecho de Consumo", Primera Edición 2001, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito 2001, pág. 24.

- *Las normas sobre Competencia Desleal, que tratan acerca de las pautas que deben seguir los competidores entre sí.*
- *Las normas de Defensa del Consumidor que protegen los intereses de los consumidores, en oposición a aquellas que regulan a productores y comerciantes.*
- *El derecho de Libre Competencia que vela por el sistema de libre mercado en su conjunto*²⁷.

En otras palabras el Derecho de Competencia tiene, de manera sucinta normativa para:

- Establecer parámetros que deben tener entre sí los competidores (Normas de Competencia Desleal)
- Proteger al sistema de libre mercado (Normas de Libre Competencia)
- Proteger los intereses de los consumidores (Normas de Defensa del Consumidor)²⁸.

Pese a que las tres disciplinas son diferentes, debemos recordar que son parte de un Derecho de mayor amplitud descrito anteriormente que es el Derecho de la Competencia o de Defensa de la Competencia. Por ello en el desarrollo de este trabajo en el momento de mencionar a este último se entenderá que abarca a cualquiera de las disciplinas mencionadas.

2.4 El Derecho de la Competencia como mecanismo idóneo para el correcto funcionamiento de los mercados

Partamos de la definición de mercado que es el *“Mecanismo en el que los compradores y los vendedores determinan conjuntamente los precios y las cantidades de las mercaderías”*²⁹. Este concepto deja en claro la identificación de sus agentes los oferentes y demandantes o como

²⁷ PINKAS Flint, “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, Estudio Exegético del Decreto Legislativo 701, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Lima 2002 pág 23.

²⁸ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO Alberto, “Apuntes de Derecho Mercantil: Derecho Mercantil, Derecho de Competencia y Propiedad Intelectual”, Tercera Edición, Editorial Arazandí, 2002.

²⁹ SAMUELSON Paul, NORDHAUS William, “Economía”, Décimo Séptima Edición, Mc Graw Inc, 2002, pág. 772.

menciona el tratadista, los compradores y vendedores de productos, mercaderías, bienes y servicios.

La función del Derecho de la Competencia, es el mecanismo para el funcionamiento eficaz de los mercados, es decir velar por la protección e igualdad de los competidores ante el derecho, la libertad a la hora de elegir y decidir la actividad económica a dedicarse en el mercado, sin barreras de entrada al mercado (salvo los propios de la competencia como precio, calidad, canales de distribución, estrategia, mercadeo etc.), garantizando la libertad de empresa y competencia protegiendo al mercado de actos de competencia desleal; de igual forma el funcionamiento eficaz de los mercados implica el mantenimiento del proceso competitivo a través de la eliminación o prevención de todo tipo de restricciones garantizando la concurrencia de todos los competidores.

La primera función del Derecho de la Competencia, radica en ser el instrumento para el buen funcionamiento del mercado. Mediante su conjunto de normas, principios e instituciones, vela por la protección e igualdad de los competidores, garantiza su concurrencia, protege su libertad a la hora de elegir y decidir la actividad económica a dedicarse en el mercado, prohíbe las barreras de entrada al mercado (salvo los propios de la competencia como: precio, calidad, canales de distribución, estrategia de mercadeo etc), con el fin de mantener el proceso competitivo a través de la eliminación o prevención de todo tipo de restricciones a la competencia.

Parte de la dice que, el Derecho de la Competencia económica es el mecanismo para el funcionamiento eficaz de los mercados, así por ejemplo Pinkas Flint argumenta que *“En un mercado competitivo eficaz, el vendedor individual no puede controlar la oferta de los rivales, está obligado a regular su oferta a la escala de precios de mercado establecida para ofertas de diferente calidad. Se entiende que para llegar a estos resultados es necesario que los distintos competidores tengan realmente la libertad de competir y a la vez el sistema permita que ningún otro competidor tenga suficiente poder como para limitar la libertad de los demás competidores”*³⁰. Todo esto se logra mediante la regulación por medio de normativa de la libre competencia que tiene fin lograr la eficiencia y en los mercados.

³⁰ PINKAS Flint, “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, Estudio Exegético del Decreto Legislativo 701, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Lima 2002 pág. 24.

Lamentablemente al ser el funcionamiento eficaz de los mercados un tipo de competencia un ideal, caemos en la utópica idea de alcanzar una perfección irrealizable en la práctica. En respuesta a esta consecución del nivel máximo de competencia, en los años cuarenta y cincuenta del siglo anterior surge una corriente que persigue un concepto de competencia más operativo y de mayor y mejor aplicabilidad denominado “*workable competition*” que traducido al español significa Competencia Eficiente. El concepto fue acuñado por el economista norteamericano de la Universidad de Columbia, Maurice Clark (1884 – 1963)³¹ y quiere decir que “*la competencia tiene que ser concebida de forma dinámica y estar más referida a los resultados que de ella derivan que a específicas estructuras de mercado*”³². Ampliando esta definición, la “competencia eficiente” busca obtener lo máximo posible de una competencia perfecta, según las formas de mercado haciendo que, la aplicación del Derecho de la Competencia sea dinámica y flexible. Este tipo de competencia será tomado en cuenta posteriormente en el capítulo referente a los Precios Predatorios en la parte de evaluación.

Al respecto de lo tratado, la legislación de la Comunidad Andina de Naciones en la Decisión 608 referente a Normas para la protección y promoción de la libre competencia, en su artículo dos:

“Artículo 2.- La presente decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia de la Comunidad Andina,...”

La legislación uruguaya en su Ley No. 18.159 sobre Promoción y Defensa de la Competencia publicada en julio del año 2007 señala:

“Artículo 1.- La presente ley es de orden público y tiene por objeto fomentar..., el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso a empresas y productos a los mercados”

³¹ PELLISÉ CAPELL Jaume “La Explotación Abusiva de una Posición Dominante (Arts. 82 TCE y 6 LEDC)” Primera Edición 2002, Editorial Civitas, Madrid 2002, pág. 51

³² CLARK Maurice, “Toward a Concept of Workable Competition” , American Economic Review, Junio 1940.

La normativa venezolana en la Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

*“Artículo 1.- Esta ley tiene por objeto **promover y proteger el ejercicio de la libre competencia...**”*

La legislación en la que mayor se ve reflejado este fin es la colombiana en su ley No. 42.692 sobre normas de competencia desleal en su segundo artículo.

*“Artículo 2º. **AMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN.-** Los comportamientos previstos en esta ley tendrán consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el **mercado y con fines concurrenciales.**”*

La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.”

En los artículos de las legislaciones mencionadas no solo se evidencia el fin de proteger la competencia y lograr la eficiencia en los mercados sino también, la de garantizar la concurrencia de los competidores al mercado.

Viene al caso hacer referencia a la “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”, que en su artículo primero posicionado en el Capítulo I sobre el Objeto plantea:

“Artículo 1.- Objeto.- “El objeto de la presente ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico, social y solidario sostenible.”

Hay que resaltar de este proyecto de ley, el desarrollo en su objeto, a diferencia de las otras legislaciones analizadas anteriormente en las cuales es muy limitado y sin mencionar ciertos conceptos relacionados a la materia.

2.5 El Derecho de Competencia garantiza la obligación de competir con el fin de lograr el bienestar de usuarios y consumidores.

El segundo fin del Derecho de Defensa de la Competencia es el de proteger al consumidor, tiene su origen Escuela de Chicago (*Chicago School of Law*) que apareció en los años cincuenta pero logró su mayor desarrollo en los setenta. La Escuela de Chicago predicaba *“como fin de las normas antitrust el bienestar de los consumidores”*³³ maximizado a través de la eficiencia económica. *“La eficiencia económica asegura como ningún otro bienestar de los consumidores y, para ello, si es necesario deben sacrificarse otras funciones y objetivos, como la defensa de la libertad de empresa, la existencia de pequeñas empresas o la libertad efectiva de acceso al mercado”*³⁴. Tal como mencionan Samuelson y Nordhaus, la eficiencia *“es un proceso por el que la sociedad extrae de los recursos existentes la máxima cantidad de satisfacción para los consumidores”*³⁵, o también conocida como eficiencia en la asignación u Optimo de Pareto.³⁶

Así la competencia se entenderá como el mecanismo para la búsqueda del bienestar al consumidor. En el momento que se garantiza la obligación de competir, se promueve la investigación y el desarrollo ahorrando costos y disminuyendo precios. *“Se alienta la investigación y el desarrollo, todo en beneficio de los consumidores”*³⁷. Cuando los oferentes compiten buscan obtener el máximo de ganancias mediante la innovación de sus productos ajustada a las distintas necesidades de los consumidores y la aplicación de estrategias

³³ WITKER Jorge, “Derecho de la Competencia en América, Canadá, Chile, Estados Unidos y México”, Primera Edición, Fondo de Cultura Económica Chile S.A., Chile 2000, pág. 85.

³⁴ WITKER Jorge, “Derecho de la Competencia en América, Canadá, Chile, Estados Unidos y México”, Primera Edición, Fondo de Cultura Económica Chile S.A., Chile 2000, pág. 85.

³⁵ SAMUELSON Paul, NORDHAUS William, “Economía”, Décimo Séptima Edición, Mc Graw Inc, 2002 pág. 249

³⁶ Situación en la cual nos es posible reorganizar la producción o el consumo de tal manera que aumente la satisfacción de una persona sin reducir la otra.

³⁷ PINKAS Flint, “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, Estudio Exegético del Decreto Legislativo 701, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Lima 2002 pág. 26.

empresariales que atraigan mayor clientela. Los precios de los productos disminuirán beneficiando al consumidor y este tendrá mayores opciones de compra.

El doctor Victor Cevallos Vásquez menciona sobre este punto que el Derecho de la Competencia *“tiene que ver con la normatividad que está encaminada a proteger los intereses de los consumidores, esto es, logrando que los productores o los intermediarios hagan llegar al consumidor final, productos de gran calidad y a precios justos como resultante de la concurrencia a la competencia”*³⁸. Como se aprecia en esta cita, el beneficio del consumidor está ligado íntimamente a la obligación de competir y a la libertad de concurrencia y competencia que es el primer fin del Derecho en cuestión.

La normativa vigente en materia de Defensa de la Competencia en el Ecuador, la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, es muy explícita en este fin al mencionar:

“Artículo 2.- La presente Decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores”

En igual sentido la legislación venezolana tiene por objeto, *“promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores”*³⁹.

En la República Chile la normativa sobre competencia desleal es más directa y solo menciona que el objeto de la ley es proteger a los competidores, consumidores y a cualquier persona afectada por las practicas de competencia desleal.

Es importante analizar el caso de Perú que en su Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas en su artículo 1 referente a la finalidad de la ley, estipula:

³⁸ CEVALLOS VÁSQUEZ Víctor, “ Libre Competencia, Derecho de Consumo”, Primera Edición 2001, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito 2001, pág. 19

³⁹ Artículo 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, publicada en la Gaceta Oficial No. 34.880 del 13 de enero de 1992.

“Artículo 1.- Finalidad de la presente ley.- la presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores”.

La legislación peruana es sin duda, dentro de Sudamérica, la que más pone énfasis en el bienestar de los consumidores principal objetivo de la normativa de Protección a la Competencia por encima de la protección a la libre competencia y a la par de la eficiencia económica.

Así lo confirma su doctrina, tal como el Dr. Pinkas Flint que sostiene que *“el derecho de la libre competencia económica no lo es solamente de quienes concurren al mercado en calidad de productores de bienes y servicios, constituye también un derecho esencial de los consumidores en su totalidad ... de permitirse a las empresas anular la capacidad competitiva de otras empresas, lo harían provocando con ello perjuicios no solo a las empresas con las que compiten, sino también a los intereses de los consumidores. De allí las leyes de defensa de la competencia cuyo fin último es proteger los intereses de los consumidores”*⁴⁰.

El Derecho de Defensa de la Competencia, para la consecución sus dos fines, el correcto funcionamiento de los mercados y la obligación de competir para beneficio de los consumidores, sanciona y prohíbe las prácticas y acuerdos que restringen la competencia. Todas las legislaciones de los diferentes países que protegen el bien jurídico que se trata, centran su interés en la pena y oposición de estas acciones para cumplir con su objeto principal.

Así por ejemplo el artículo 4 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones menciona:

“Artículo 4.- Esta Decisión prohíbe y sanciona las conductas establecidas en los artículos 7 y 8 cuando hayan sido desarrolladas por agentes económicos.”

Los dos artículos mencionados en la norma citada, se encuentran dentro del Capítulo III sobre las Conductas Restrictivas de la Libre Competencia. El primero trata sobre las

⁴⁰ PINKAS Flint, “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, Estudio Exegético del Decreto Legislativo 701, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Lima 2002 pág. 35.

conductas y acuerdos restrictivos a la libre competencia y el segundo sobre conductas de abuso de posición de dominio en el mercado. Esto pone en claro el camino que tiene este tipo de derecho para lograr y alcanzar el cumplimiento de sus fines.

2.6 Las Prácticas Anticompetitivas sancionadas y controladas por el Derecho de Defensa de la Competencia Económica.

Las legislaciones y la doctrina en general, clasifican a las prácticas anticompetitivas en: Acuerdos Horizontales, Acuerdos Verticales, Concentraciones y Abuso de Posición de Dominio.

2.6.1 Acuerdos Horizontales

Los Acuerdos Horizontales son los celebrados entre empresas competidoras, reales o posibles, situadas en un mismo nivel productivo, distributivo y mercado relevante que pretende eliminar la competencia con el objetivo de controlar el mercado.

Los acuerdos entre las empresas en similar posición, en su mayoría, pueden resultar benéficos con resultados económicos favorables, por tal razón y mencionando a Cabanellas, *“solamente son prohibidas las que restringen la competencia”*⁴¹.

Dentro de los principales casos de Acuerdos Horizontales tenemos los siguientes:

- **Fijación concertada de precios.-** *“Son acuerdos entre competidores para aumentar, fijar o en general manipular precios de compra o venta de bienes y servicios en cualquier fase del proceso productivo”*.⁴² Estos acuerdos pueden consistir en forma específicas de cálculos de precios, concesión de descuentos o rebajas, elaboración de lista de precios. Este tipo de actos es sancionable solo por el mismo hecho que se la realice ya que produce una

⁴¹ CABANELLAS DE TORRES Guillermo, “Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia”, Segunda Edición 2005, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 271.

⁴² GRIJALVA JIMÉNEZ Agustín, TROYA JARAMILLO José Vicente, “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, en Foro Revista de Derecho No. 1, UASB-Ecuador/CEN, Quito 2003, pág. 23

ineficiente asignación de recursos al mercado en la economía, daños a los demás competidores y graves perjuicios a los consumidores.

Un caso especial en este tipo de abuso colusivo se puede dar con los acuerdos denominados cárteles, un cártel es “una organización *de empresas independientes, que producen bienes similares y que trabajan conjuntamente para elevar los precios y restringir la producción*”.⁴³ Para que un cártel sea exitoso, como lo menciona Pinkas Flint, debe tener un efecto similar al monopolio al igualar el costo marginal⁴⁴ con el ingreso marginal⁴⁵. Al lograr esto las empresas estarían actuando como una sola obteniendo el poder de mercado, control de precios y utilidades monopolísticas.

Los requisitos que un cártel debe tener según la mayoría de autores son:

- Número pequeño de firmas de similar capacidad.
- Homogeneidad del producto
- Barreras de Entrada.

Todas las legislaciones prohíben este tipo de acuerdos horizontales, solo por hacer referencia al artículo 7, letra “a” de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones que “presume como conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de: a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización.”

En el mismo sentido el artículo 81 letra “a” del Convenio para la Creación de la Comunidad Europea considera a “Fijar directa o indirectamente precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción”, práctica concertada

⁴³ SAMUELSON Paul, NORDHAUS William, “Economía”, Décimo Séptima Edición, Mc Graw Inc, 2002 pág. 159.

⁴⁴ Coste adicional (o aumento del coste total) necesario para producir una unidad adicional de producción (o sea, la reducción del coste total derivada de la producción de una unidad menos)

⁴⁵ Ingreso adicional que obtendría una empresa si vendiera una unidad adicional de producción. En condiciones de competencia perfecta, IM es igual al precio. En condiciones de competencia imperfecta, es menor que el precio debido a que para vender la unidad adicional, el precio debe disminuir en todas las unidades vendidas anteriormente.

que puede afectar el comercio entre Estados miembros y que tiene por objeto el restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

- **Reparto de mercado.-** se puede dar mediante la repartición de cuotas de mercado o clientelas, restringiendo la venta y producción de un producto afligiendo el proceso competitivo. O como menciona Cabanellas, “*esta asignación de territorios, clientes o productos a firmas específicas disminuye o elimina la competencia en el mercado respectivo generando así rentas monopólicas*”⁴⁶. La repartición, ya sea de la clientela o el mercado la realizan mediante la división del territorio en la cual las empresas ejercen su actividad productiva.

En la repartición territorial del mercado vale la pena citar el ejemplo mencionado por Agustín Grijalva y José Vicente Troya⁴⁷; el acuerdo entre dos empresas en el cual se reparten el mercado, la una operando solo en la Sierra y la otra haciéndolo solamente en la Costa obteniendo máximos beneficios en las regiones debido a la ausencia de competencia.

En repartición de la clientela, los acuerdos se encaminan a no competir en determinados tipos de productos o servicios entre las empresas.

La repartición puede aplicarse no solo en el interior de un país, sino también en mercados comunitarios y a escala mundial. Al respecto la legislación Andina en el artículo 7 letra “c” presume como conducta restrictiva a la competencia el “*Repartir el mercado de bienes y servicios*”. Entiendo que la norma deja amplia abierta la posibilidad de que sean tanto territoriales como de clientela al igual que lo hace la letra “c” del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en su artículo 81 que prohíbe a las empresas de sus países miembros en su acápite citado “*Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento*”.

⁴⁶ CABANELLAS DE TORRES Guillermo, “Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia”, Segunda Edición 2005, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 431.

⁴⁷ GRIJALVA JIMÉNEZ Agustín, TROYA JARAMILLO José Vicente, “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, en Foro Revista de Derecho No. 1, UASB-Ecuador/CEN, Quito 2003, pág. 25.

En la normativa comparada, vale mencionar la venezolana⁴⁸, que en su artículo 10 que prohíbe los acuerdos, letra “c” sobre “Repartir los mercados, áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento entre competidores”. Como se aprecia es más explícita sobre el tipo de reparto de mercado que se realiza.

- **Limitación de la producción.-** en esta práctica las empresas acuerdan disminuir su nivel de producción, incrementando la demanda del bien ofertado y en consecuencia el precio de éste. Así, se aumenta las ganancias con un volumen inferior de producción al de como si estuvieran en libre competencia. Esta práctica es sancionable cuando exista un limitado número de competidores que producen u ofrecen bienes o servicios en un determinado mercado.

La letra “b” del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en similar sentido de lo anteriormente citado, menciona “Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones”, ampliando el alcance de esta práctica contra la competencia no solo a la limitación de producción sino también a otros factores.

*Como menciona Cabanellas, "estas limitaciones y distorsiones además, pueden afectar no solo a los precios son la variedad y calidad de los productos y servicios, así como el ritmo de innovación y eficiencia general de la economía"⁴⁹. Los perjuicios de tal práctica son sumamente graves, por tal razón ésta práctica es *per se* sancionable.*

- **Discriminación colectiva o boicot.-** Es el tipo de acuerdo en el cual un grupo de empresas se niega a mantener todo tipo de relación comercial

⁴⁸ LEY PARA PROMOVER Y PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA, Gaceta Judicial No. 34.880, del 13 de enero de 1992.

⁴⁹ CABANELLAS DE TORRES Guillermo, “Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia”, Segunda Edición 2005, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, pág. 342.

con otra u otras de su mercado. La relación comercial puede consistir en la negativa a comprar, vender y negociar. Cabe recalcar que, por decisiones empresariales, una empresa puede negarse a contratar con otra empresa del mismo mercado; lo que se castiga es que las empresas utilizando su poder de mercado, mediante acuerdos, boicotean a una o unas terceras empresas competidoras.

Otro caso similar se puede dar cuando una asociación sin justificación alguna, excluye a otros competidores de tal organismo.

En la comunidad europea, estas prácticas son sancionables por medio del artículo 81, letra "d" al mencionar que *"Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva"*.

Licitaciones colusorias.- esta práctica contra la competencia puede manifestarse de diferentes formas: *"pactos para presentar ofertas idénticas, pactos para determinar quién presentará la oferta más baja, pactos para presentar ofertas ficticias (ofertas deliberadamente infladas), pactos para no pujar uno contra otro, pactos sobre normas comunes para calcular los precios o condiciones de las ofertas, pactos para dejar fuera a los licitantes independientes, pactos para designar de antemano al ganador del proceso mediante la rotación o arreglo a criterios geográficos o de clientela"*.⁵⁰

Esta práctica va contra todo principio de contratación ya sea pública o privada.

2.6.2 Acuerdos Verticales

Los acuerdos verticales son los celebrados entre agentes posicionados en diferentes peldaños de la cadena productiva. Por ejemplo entre una compañía que fabrica muebles y otra que se encarga de obtener la materia prima.

⁵⁰ CANSECO-DIEZ Luis "Función Regulatoria y Legislación Antimonopólica", Primera Edición, Madrid 2002 pág. 278.

Los principales acuerdos verticales identificados por la doctrina son:

- **Fijación de precios de reventa.-** mediante esta práctica contra la competencia el proveedor o mayorista exige a los distribuidores o minoristas un precio del producto para su venta, ya sea fijo, máximo o mínimo; con esto se consigue la dependencia del minorista o distribuidor hacia su mayorista limitando la libertad de competencia trayendo perjuicios a los consumidores y empresas dependientes de la compañía que realiza la práctica. Este tipo de práctica tiene cierta similitud con el acuerdo horizontal relacionado a la fijación de precios, por ello, tanto en la normativa de la Comunidad Andina de Naciones como en la Comunidad Europea son prohibidos y susceptibles de sanción. Así lo establece los artículos 7 y 81 respectivamente en la letra “a” en ambos casos cuando menciona la “fijación directa o indirecta de precios”. Los precios de reventa es una fijación indirecta que como mencioné restringe la competencia.

Sin embargo, la fijación de precios de reventa *“puede ser pro-competitivo por cuanto los distintos distribuidores de un mismo producto de la misma marca al tener el mismo precio se ven obligados, para atraer a clientes a ofrecer servicios adicionales al consumidor”*⁵¹ y garantizando la competencia en el mercado.

La gran parte de la doctrina cataloga a esta práctica como no sancionable y prohibida per se, razón por la que todo dependerá de la evaluación realizada por el organismo de control pertinente.

- **Acuerdos de exclusividad.-** estos acuerdos pueden ser de distribución, clientela o suministro de los productos fabricados por el proveedor. En los dos primeros casos (conocidos también como acuerdo de reparto de mercado), el proveedor acepta vender sus bienes a un distribuidor determinado para que esta lo revenda en un territorio y a una clientela

⁵¹ THOMAS SULLIVAN E. and HARRISON L., “Understanding Antitrust and its Economic Implications”, p. 150 citado por GRIJALVA JIMÉNEZ Agustín, TROYA JARAMILLO José Vicente, “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, en Foro Revista de Derecho No. 1, UASB-Ecuador/CEN, Quito 2003, pág. 29 .

determinada. En el tercer caso la venta solo se la realizará a un único distribuidor. La aplicación de los tres casos traen consigo el riesgo de la eliminación de la competencia pudiendo conllevar a actos de colusión y graves perjuicios a los consumidores finales.

Los acuerdos de exclusividad como mencionan Agustín Grijalva y José Vicente Troya *“tienen impacto sobre la competencia entre productos similares de distintas marcas”*⁵². Las prácticas son de igual forma sancionables por los anteriores cuerpos normativos citados, sin embargo todo dependerá de la evaluación tales actos.

- **Ventas condicionadas o vinculadas.-** este tipo de práctica ocurre cuando el proveedor de un bien o servicio condiciona la venta de otro a la compra del primero o viceversa. *“Consiste en imponer a los compradores de un producto o servicio la compra de otros productos o servicios del mismo proveedor. Es decir, este proveedor vende un primer producto o servicio solo bajo la condición de que le comprador adquiera de él un segundo producto o servicio.”*⁵³

La forma en que esta práctica puede darse es variada, así por ejemplo la venta puede ser condicionada a la compra de una línea de productos, o cuando dos proveedores vendan y compren sus productos recíprocamente condicionados. Sin embargo al ser una práctica no prohibida per se todo dependerá del análisis y la legislación aplicada.

La mayoría de acuerdos verticales no son *per se* prohibidos y sancionados por los organismos de control. Al respecto Pinkas Flint menciona que *“la mayoría de acuerdos verticales no son perjudiciales para la competencia. Son una forma usual y normal de hacer negocios. Son parte del proceso competitivo una amplia variedad de tipos de acuerdos verticales. Las firmas relacionadas*

⁵² GRIJALVA JIMÉNEZ Agustín, TROYA JARAMILLO José Vicente, “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, en Foro Revista de Derecho No. 1, UASB-Ecuador/CEN, Quito 2003, pág. 31.

⁵³ GRIJALVA JIMÉNEZ Agustín, TROYA JARAMILLO José Vicente, “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, en Foro Revista de Derecho No. 1, UASB-Ecuador/CEN, Quito 2003, pág. 33.

*verticalmente prosperarán con la eficacia recíproca uno del otro.*⁵⁴ Esto en virtud de obtener el menor costo posible para alcanzar precios competitivos. Cabe indicar que las relaciones entre matriz y subsidiarias no son acuerdos verticales, ya que la segunda es parte de la primera.

2.6.3 Concentraciones.-

Como lo menciona Cabanellas, *“económicamente hay concentración cuando un reducido número de empresas poseen o controlan una amplia proporción de la actividad económica, como por ejemplo ventas o capital de trabajo”*⁵⁵. El mismo tratadista señala que las operaciones de concentración más comunes son la fusión de compañías, la adquisición de empresas que puede ser total cuando adquiere menos del porcentaje mencionado, la compra de activos, las empresas conjuntas o joint ventures o las sociedades holding. La doctrina en general agrupa todos estos tipos de actos en tres:

- **Concentración horizontal.-** es la realizada entre personas o compañías participantes en la operación del mismo producto dentro de un mismo mercado geográfico y que pueden ser de diferentes tipos como la absorción que se da cuando una o más compañías adquiere la propiedad de otra u otras por otra que continúa subsistiendo; la fusión que se produce cuando dos o más compañías se unen para formar una nueva que les sucede en sus derechos y obligaciones; las empresas joint venture que es la unión temporal de dos o más compañías con un objetivo común y determinado, pero preservando paralelamente su autonomía e independencia en sus actividades.⁵⁶

Para el Derecho de la Competencia este tipo de prácticas es la que causa mayor preocupación ya que si hay pocos competidores en el mercado de

⁵⁴ PINKAS Flint, “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, Estudio Exegético del Decreto Legislativo 701, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Lima 2002 pág. 240.

⁵⁵ CABANELLAS DE TORRES Guillermo, “Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia”, Segunda Edición 2005, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, pág. 684.

⁵⁶ PINKAS Flint, “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, Estudio Exegético del Decreto Legislativo 701, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Lima 2002 pág. 247.

un mismo bien o servicio y se produce la concentración entre dos o más empresas competidoras, puede traer perjuicios graves en el mercado como falta de eficiencia o un posible abuso de dominio afectando a los consumidores.

- **Concentración vertical.-** es las realizadas entre dos o más empresas que se encuentran en un mismo sector de actividades pero en diferentes niveles de producción o como en la que una es proveedora de la otra. Un ejemplo de esta práctica mencionado por la UCTAD en sus comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas restrictivas⁵⁷ mencionado por Agustín Grijalva y José Vicente Troya en su obra Elementos para un Derecho de la Competencia en el Ecuador, *“es el de la concentración de una empresa productora o proveedora con una empresa distribuidora de esa producción. Al controlar no solo la fabricación sino la distribución la empresa aumenta su poder en el mercado e incurre eventualmente en actos anticompetitivos como dejar de suministrar sus productos a otros distribuidores.”*⁵⁸

Este tipo de práctica es una de las menos nocivas a la competencia, ya mediante esta las empresas pueden buscar la reducción de costos de transacción y la mejora de eficacia en el mercado, además que el número de empresas en cada sector no se modifica, razón por la cual la evaluación y juzgamiento dependerá de sus efectos (como la eliminación de un potencial cliente o extensión del poder de mercado), la afectación a los consumidores y los actos posteriores que realicen las empresas concertadas.

- **Concentración conglomerada.-** es la realizada entre empresas que no guardan ningún tipo de relación entre si dentro del mercado ya que venden productos distintos pero usan canales de distribución similares. Este tipo

⁵⁷ GRIJALVA JIMÉNEZ Agustín, TROYA JARAMILLO José Vicente, “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, en Foro Revista de Derecho No. 1, UASB-Ecuador/CEN, Quito 2003, pág. 42, referencia 113.

⁵⁸ GRIJALVA JIMÉNEZ Agustín, TROYA JARAMILLO José Vicente, “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, en Foro Revista de Derecho No. 1, UASB-Ecuador/CEN, Quito 2003, pág. 43.

de concentraciones son conocidas también como *consorcio* que es el “*formado por empresas que realizan actividades que no guardan ninguna relación entre sí*”⁵⁹. Este tipo de concentraciones, en un inicio, no representa mayor amenaza para los mercados, sin embargo todo dependerá de sus efectos producidos.

Hay dos tipos de concentraciones conglomeradas, las conglomeradas puras y las conglomeradas con extensión de mercado de producto o geográfico. En las conglomeradas puras, las empresas no guardan, aparentemente, ningún tipo de relación entre ellas, así por ejemplo una compañía de producción de vidrios con una empresa de distribución de gasolina; en las conglomeradas con extensión, existe relación entre las líneas comerciales o productivas de los intervinientes en virtud de los productos producidos que pueden ser complementarios o proporcionales y del mercado geográfico distintos que al fusionarse abarcan mayor cantidad de mercado.

Tanto la legislación comunitaria europea como la andina no sancionan específicamente las concentraciones, sin embargo se puede aplicar el artículo 81 y 7 respectivamente que de manera general sanciona las prácticas que pretendan restringir y falsear la competencia.

Las concentraciones pueden ofrecer varias ventajas, como lo es la reducción de costos de producción y transacción en diferentes negociaciones. Por esta razón, su juzgamiento y sanción dependerá del grado de afectación que se produzca al mercado.

Esta afirmación sobre el campo positivo que pueden tener las concentraciones ha sido recogido por el artículo 81 número 3 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea dice:

⁵⁹ GRIJALVA JIMÉNEZ Agustín, TROYA JARAMILLO José Vicente, “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, en Foro Revista de Derecho No. 1, UASB-Ecuador/CEN, Quito 2003, pág. 42, referencia 44.

“No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- *Cualquier acuerdo o categoría de acuerdo de empresas;*
- *Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;*
- *Cualquier práctica concertada o categoría concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, sin que:*
 - a. *Impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos.*
 - b. *Ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.”*

CAPÍTULO III

3. LA POSICIÓN DOMINANTE: ELEMENTOS Y ABUSO

3.1 Definición y Características de la Posición Dominante

El artículo 9 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones CAN sobre la Posición Dominante menciona:

“Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad”

De la norma indicada se desprende que un agente económico tiene posición de dominio, si tiene la capacidad de limitar la competencia, influyendo de forma tal en el mercado, pudiendo limitar o impedir el acceso al mismo de competidores. Analizando más a fondo éste artículo puedo deducir que la intención del legislador comunitario al mencionar la restricción, afectación o distorsión del mercado por parte del agente o grupo de agentes que tengan posición de dominio se puede sintetizar como en la capacidad de alterar el funcionamiento normal del mercado mediante toma de decisiones unilaterales.

En este sentido, el Dr. Víctor Cevallos señala que este fenómeno se produce *“ en el mercado cuando una empresa o agente económico es el único en el mercado (monopolio); o cuando sin ser la única empresa por cualquier circunstancia como la que deviene del duopolio no está expuesta al mercado dentro de la competencia o concurrencia; o cuando sus decisiones prevalecen sobre las de las demás empresas en el mercado, ya sea porque controla más del 50% del mismo o porque tiene la llave maestra de la tecnología”*⁶⁰.

⁶⁰ CEVALLOS VÁSQUEZ Víctor, “Libre Competencia, Derecho de Consumo”, Primera Edición 2001, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito 2001, pág. 40

Discrepo en cierta medida con la definición señalada en lo que respecta a la cuota de mercado del 50% como único requisito para que exista posición de dominio, ya que singularmente atiende a criterios estructurales y no de comportamiento del mercado tal como lo hacen los doctores Agustín Grijalva y José Vicente Troya que definen a esta práctica como *“un grado tal de poder económico en un mercado relevante que permite a una o varias empresas actuar en una medida apreciable independientemente de sus competidores, clientes y consumidores, lo cual hace posible entorpecer o impedir la competencia efectiva en ese mercado”*⁶¹.

En un concepto más ampliado Alfredo Bullard indica que *“la posición de dominio en el mercado se da cuando no existen suficientes ofertantes y/o demandantes en un mercado como para evitar que alguno o algunos puedan determinar o influir de manera sustantiva en el precio y las condiciones ofrecidas en el mercado”*.⁶²

La legislación de la Comunidad Europea, a diferencia de la legislación Comunitaria Andina, no define expresamente la posición de dominio, simplemente se limita a castigar de forma directa el abuso de la misma enumerando una serie de prácticas consideradas abusivas. La tarea de definir a la posición de dominio fue encargada al Tribunal de Justicia Europeo que se ha pronunciado al respecto en diversas jurisprudencias sobre la materia, tal es en el caso Hoffmann-La Roche & Co. Ag vs. Commission of the European Communities caso 85/76 menciona que la posición de dominante ha sido definida como *“una posición de fortaleza económica que disfruta un empresario, la cual lo habilita para evitar la competencia efectiva, hecho que lo mantiene en el mercado relevante proporcionándole el poder para comportarse en un grado independiente de sus competidores, sus clientes y por último sus consumidores”*.

La jurisprudencia peruana, señala a la posición de dominio como *“la capacidad de un agente para influir de manera unilateral en las condiciones de oferta o demanda del mercado, por razones tales como su cuota de participación, el nivel de concentración, la presencia de barreras de entrada y la inexistencia de competencia potencial, entre otros. Para determinar la existencia de la*

⁶¹ GRIJALVA JIMÉNEZ Agustín, TROYA JARAMILLO José Vicente, “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, en Foro Revista de Derecho No. 1, UASB-Ecuador/CEN, Quito 2003, pág. 34

⁶² Bullard Alfredo ¿Dejar de competir o no dejar de competir?. He ahí el dilema. Las Prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio. En: Seminario aplicación de la política de competencia a nivel internacional y su desarrollo en el ámbito nacional (24 al 25 de marzo de 1998) Cartagena, pág. 4

*posición de dominio, es necesario definir previamente el mercado relevante en el que el presunto infractor ostentaría dicha posición*⁶³

Las definiciones de posición dominante pueden ser tan diversas como legislaciones que tratan el tema, lo importante es identificar los aspectos esenciales que esta debe tener. Así pues esta práctica desde mi perspectiva es una posición de fuerza económica que una o varias empresas tienen en un determinado mercado relevante que permite actuar con independencia de comportamiento en relación a sus competidores, obstaculizando la competencia efectiva.

Pese al carácter de esta práctica de obstaculizar y no permitir el correcto funcionamiento del mercado existen razones que justifican su existencia, ya que como se abordará posteriormente lo que se castiga no es la posición en dominio en sí, sino el abuso de ésta.

Existen varias razones que justifican la existencia de ésta práctica, la primera de ellas es la libertad económica en la cual se ve incluida la libertad de empresa, libertades reconocidas en todas las constituciones y leyes especiales de los diferentes países con el sistema capitalista.⁶⁴ La segunda razón tiene que ver con la lógica económica de no atacar las bases de poder, así por ejemplo una posición dominante puede estar dada por un monopolio natural o una empresa de la dimensión imprescindible para hacer frente a la competencia internacional u óptima en el mercado común.⁶⁵

3.2 Elementos de la Posición Dominante

Todas las definiciones anteriormente señaladas permiten inferir que para que se constituya una posición dominante es necesaria la presencia de tres elementos:

1. Empresa o grupo de empresas capaz de ocupar esa posición.

⁶³ INDECOPI, Resolución 054-2010/CLC, 13 de agosto de 2010, pág. 11.

⁶⁴ Generalizo a los países de sistema capitalista en contraposición de los que son en su totalidad socialistas o comunistas.

⁶⁵ PELLISÉ CAPELL Jaume "La Explotación Abusiva de una Posición Dominante (Arts. 82 TCE y 6 LEDC)" Primera Edición 2002, Editorial Civitas, Madrid 2002, pág. 129.

2. Existencia de un mercado relevante a ser dominado.
3. Dominio del mercado

3.2.1 Empresa o grupo de empresas en Posición Dominante

En ejercicio de la libertad económica, una empresa puede emplear la mejor estrategia para atraer a más consumidores y sacar del mercado a otros competidores, logrando una concentración mayor de mercado. *“Esta concentración de riqueza y el inmenso poder que por lo general esta concentración trae consigo conduce a las empresas a una posición dominante en el mercado”*⁶⁶

La práctica de la posición de dominio tal como lo indica el artículo 9 de la decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones lo pueden hacer una o varias empresas. Las empresas pueden no necesariamente deben ser asociadas acorde o no a la figuras societarias establecidas en la legislación de cada país, basta solo de un acuerdo expreso o tácito que pruebe la interdependencia entre las empresas y la existencia de un interés económico de por medio, no tanto en la producción, sino en la comercialización.

3.2.2 Mercado relevante a ser dominado

Para determinar si un agente económico está en posición de dominio es imprescindible determinar el mercado específico de un producto o servicio, área geográfica y diversidad de clientela donde ejercen esta posición.

Definir el mercado relevante es imprescindible en cualquier análisis de competencia, pues las restricciones a ella no se producen en abstracto sino con relación a bienes, servicios y áreas geográficas determinadas.

Hay que resaltar lo que menciona la Ley No. 18.159 de promoción y Defensa de la Competencia de la República de Uruguay que en su artículo 5 menciona.

⁶⁶ PINKAS Flint, “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, Estudio Exegético del Decreto Legislativo 701, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Lima 2002 pág. 462.

Artículo 5 (Mercado Relevante).- A efectos de evaluar si una práctica afecta las condiciones de competencia, deberá determinarse cuál es el mercado relevante en el que la misma se desarrolla. Esto implica analizar, entre otros factores, la existencia de productos o servicios sustitutos, así como el ámbito geográfico comprendido por el mercado, definiendo el espacio de competencia efectiva que corresponda. El órgano de aplicación establecerá los criterios generales para la determinación del mercado relevante.

En el citado artículo, se evidencia claramente, en primer plano, que la delimitación del mercado relevante es de crucial importancia, ya que la posición de dominio de una empresa depende de que el mercado se defina más o menos estrecho. En segundo plano que los tipos de mercado relevante a considerar en el momento de analizar si una empresa o un grupo de empresas tienen posición de dominio son: en término del producto o servicio ofrecido y del área geográfica. Finalmente en tercer plano, del artículo descrito, se desprende que será un organismo administrativo encargado del control y regulación de la competencia, quien determinará el mercado relevante razón por la que el análisis debe ser desarrollado de la mejor forma tomando en cuenta las circunstancias y características del mercado.

3.2.2.1 Mercado Relevante de Producto o Servicio.

Este tipo de mercado relevante, “*comprende todos los productos o servicios que el consumidor considera como intercambiables o sustituibles*”⁶⁷. La delimitación del mercado relevante se compone de dos análisis, el interior y el exterior. En el primero se hace referencia a las características físicas del producto, su uso y precio; el segundo a condiciones de la competencia tanto en oferta como en demanda. Ambos son de gran importancia y no son excluyentes entre sí el momento de realizar el análisis.

Criterios Internos:

- Características físicas y uso del producto.- es el criterio más usual de todos en el que se complementa tanto las características con el uso del bien. Un ejemplo de esto es el mercado de los fármacos la diferencia entre

⁶⁷ SALDARRIAGA LOPERA Gustavo, “Instrumentos de Análisis Económico para el Estudio de la Competencia”, en “Derecho de la Competencia”, Primera Edición, El Navegante Editores, Colombia, Santafé de Bogotá, pág. 86

los productos se diferencia en sus características terapéuticas más no en su composición química.⁶⁸

- Precios y costos.- Este criterio es aplicable cuando dos bienes sustituibles a primera vista por sus características físicas, son diferenciables por sus precios y costos de producción perteneciendo a diferentes mercados. Así por ejemplo en el mercado de licores, un whisky A de una casa nacional cuyo precio promedio por botella es USD \$ 17.00 no pertenece al mismo mercado del whisky B proveniente de una de una casa escocesa cuyo precio promedio es de USD \$ 65.00. En el ejemplo, se podría creer que por sus características físicas como el color, estado, el volumen por botella, el whisky A y el whisky B son sustituibles sin embargo por sus diferencias en coste de producción, calidad y precio pertenecen a mercados diferentes.
- Elasticidad cruzada de la demanda.- es otro criterio que permite establecer si un producto pertenece a un mismo mercado, es decir, como se incrementaría la demanda del bien A ante variaciones del precio del bien B⁶⁹. La Elasticidad cruzada de la demanda permite saber si los bienes pertenecen a un mismo mercado, permitiéndolos clasificar en bienes sustitutivos o complementarios, y relaciona los cambios en el precio de un bien y la influencia en el consumo de otro.

A mayor elasticidad de la demanda el bien o servicio tendrá mayores bienes sustitutos. En cambio si la demanda es menos elástica (inelástica), el bien o servicio tendrá menor cantidad bienes sustitutos lo que indica que la empresa tiene un alto poder de mercado ya que los consumidores tendrán que pagar un alto precio por el producto al no tener bienes o servicios sustitutos.

⁶⁸ SALDARRIAGA LOPERA Gustavo, "Instrumentos de Análisis Económico para el Estudio de la Competencia", en "Derecho de la Competencia", Primera Edición, El Navegante Editores, Colombia, Santafé de Bogotá, pág. 87

⁶⁹ SALDARRIAGA LOPERA Gustavo, "Instrumentos de Análisis Económico para el Estudio de la Competencia", en "Derecho de la Competencia", Primera Edición, El Navegante Editores, Colombia, Santafé de Bogotá, pág. 87

Características externas del producto

- Substituibilidad en la demanda.- El análisis de la sustituibilidad en la demanda permite determinar la posibilidad que tienen los consumidores de desplazarse entre los distintos tipos de productos o servicios, en caso que ocurra un aumento significativo y no transitorio.⁷⁰
- Substituibilidad de la oferta.- El análisis de sustituibilidad en la oferta tiene como fin determinar las posibilidades de competencia potencial para una empresa. Se analiza si existen fabricantes de otros productos que no se consideran sustitutos del producto de la empresa que se investiga, y que pueden empezar a producir y vender el producto de la empresa investigada o uno sustituto. *“Se trata entonces de considerar las posibles respuestas de los vendedores a un incremento en el precio de un producto. Si los vendedores de otros productos pueden empezar a producir el producto que subió de precio, o uno sustituto de éste a un precio más bajo, habrá sustituibilidad de la oferta”*⁷¹.

3.2.2.2 Mercado Relevante Geográfico

El mercado geográfico relevante es la zona en la cual se desarrolla la competencia entre empresas que operan en un mismo mercado de productos.⁷² El mercado geográfico puede definirse *“por la homogeneidad de las condiciones de competencia que en él prevalecen y por los obstáculos de diferente naturaleza que lo separa de los mercados vecinos”*⁷³

⁷⁰ VENEZUELA, SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución No. SPPLC/010-97

⁷¹ ARCHILA Virginia, “Los Precios Predatorios: una forma de Abuso de la Posición Dominante, Tesis de grado para optar el título de abogada, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colombia, Bogotá 2001, pág. 161 en www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis13.pdf última visita lunes 17 de enero.

⁷² SALDARRIAGA LOPERA Gustavo, “Instrumentos de Análisis Económico para el Estudio de la Competencia”, en “Derecho de la Competencia”, Primera Edición, El Navegante Editores, Colombia, Santafé de Bogotá, pág. 89.

⁷³ SALDARRIAGA LOPERA Gustavo, “Instrumentos de Análisis Económico para el Estudio de la Competencia”, en “Derecho de la Competencia”, Primera Edición, El Navegante Editores, Colombia, Santafé de Bogotá, pág. 90.

“El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras de comercio existentes.”⁷⁴

La determinación de este mercado relevante radica en que dos empresas pueden pertenecer al mismo mercado en razón del producto o bien ofrecido, pero no afectan sus intereses ya que operan en territorios diferentes, ya sea por diversos obstáculos como económicos, jurídicos, diferencias de precios, diversidad de clientela y características del producto.

- Barreras jurídicas.- pueden originarse en la presencia de monopolios nacionales o en la ausencia o carencia de homologación de normas técnicas en uno de los mercados, así también como políticas o normativa comercial como subsidios y tarifas, tributaria como fijación de aranceles.
- Barreras económicas.- este tipo de barreras puede ser muy diversas. Entre estas puede estar los costos de transporte, alto número de competidores del producto, economías de escala, discriminación de precios, riesgo en recuperación de inversiones, comercialización, fuente de financiamiento, desarrollo tecnológico e investigación y desarrollo.
- Diferencia de precios.- productos similares pueden tener una gran diferencia de precios en distintas zonas dando lugar a mercados diferentes mercados.
- Diversidad de clientela.- Para bienes y servicios idénticos pueden existir diferentes tipos de clientela acorde a sus necesidades, poder adquisitivo nivel profesional entre otras.
- Características del producto.- el producto y el servicio puede tener diferentes características conforme a los requerimientos de determinada zona geográfica.

⁷⁴ Decreto Legislativo que aprueba la ley de represión de conductas anticompetitivas. Decreto No. 1034, Perú.

Así por ejemplo para que una empresa tenga poder de dominio respecto a otras el producto o servicio tiene que estar bajo la misma normativa de calidad.

3.2.3 Dominio del Mercado

El Dr. Velilla en su artículo “Una aproximación al concepto de Abuso de Posición Dominante” señala que el dominio del mercado puede ser por tres aspectos: por monopolio, por la concentración manifiesta de poder económico y por la importancia de la parte del mercado controlado como criterio principal de dominación.

En el primer caso la empresa tiene la concentración absoluta del mercado, en consecuencia no cabría análisis alguno ya que la posición de dominio está a la vista.

Respecto al segundo caso, conocido como consideraciones de comportamiento, una empresa se encuentra en posición de dominante *“cuando puede jugar sobre el mercado en papel director hasta tal punto que sus competidores se vean obligados a adecuarse a su comportamiento”*⁷⁵. Esto quiere decir que puede controlar el funcionamiento del mercado y el acceso a este, la sola presencia de la empresa en el mercado significa una barrera de entrada para potenciales competidores y un gran obstáculo para los ya presentes.

Esta afirmación se la evidencia claramente en la definición del artículo 9 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones que en la parte pertinente indica *“cuando tengan posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad”*. El legislador comunitario ha considerado como requisito el contrarrestar las prácticas ejercidas por la empresa que se cree que está en posición de dominio, lo que abre la posibilidad a que en una eventual denuncia la declaración de un competidor, posibles competidores y consumidores de la imposibilidad de competir en esas circunstancias sea de gran valor probatorio.

⁷⁵ SALDARRIAGA LOPERA Gustavo, “Instrumentos de Análisis Económico para el Estudio de la Competencia”, en “Derecho de la Competencia”, Primera Edición, El Navegante Editores, Colombia, Santafé de Bogotá, pág. 191

El último caso, consideraciones de estructura, tiene que ver con la cuota de mercado que el agente económico posee, que es un parámetro fundamental, pero no determinante, para determinar la existencia de posición de dominio. En principio, parecería que el competidor que ostente posición de dominio sería el que tenga más del 50% del mercado, sin embargo la doctrina ha mencionado en reiteradas ocasiones *“la necesidad de relativizar la importancia de la cuota de mercado como factor de valoración del poder de mercado de una empresa, en atención a las características del producto y el mercado relevante”*⁷⁶, ya que cada mercado tiene sus particularidades. Las cuotas situadas por encima del 50% son consideradas como un indicio significativo de posición de dominio pero este indicio deberá estar acompañado de un análisis del grado de diferenciación del producto y existencia de barreras de entrada.

Las definiciones de posición dominante en la legislación comparada son muy diversas, así por ejemplo existen países que han adoptado únicamente las consideraciones de comportamiento por ejemplo *“En Eslovaquia, una posición dominante en el mercado pertinente es la detentada por una o varias empresas que no están sujetas a una competencia sustancial o que pueden actuar independientemente gracias a su poder económico”*⁷⁷. En el mismo caso se puede citar a la peruana que en su artículo 7 menciona:

Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.-

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

(a) Una participación significativa en el mercado relevante

(b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.

(c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.

(d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.

⁷⁶ RODRÍGUEZ ENCINAS Ana, MARTÍNEZ CORRAL Borja, “El abuso de posición de dominio: situación actual y evolución previsible”, en Revista Empresa, Ejemplar No. 16, Junio del 2006, España, pág. 58.

⁷⁷ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, “Abuso de la Posición Dominante, Informe de la Secretaría de la UNCTAD”, Ginebra, 18 de julio de 2008, pág. 7, parágrafo 16.

(e) *La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.*

(f) *La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.*

7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.

Por otro lado, algunos países definen a la posición de dominio “*ateniéndose únicamente a indicios estructurales. En Indonesia por ejemplo, se considera que una empresa está en posición dominante cuando su cuota de mercado supera el 50%.*”⁷⁸

Finalmente, existen varias leyes que combinan tanto la consideración estructural como la de comportamiento como por ejemplo “*En Egipto, la posición dominante en el mercado pertinente es la que permite a una persona que posee una cuota superior al 25% de dicho mercado ejercer una influencia efectiva en los precios o el volumen de la oferta, sin que sus competidores puedan limitarla*”⁷⁹

En nuestro país la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado publicada el 13 de octubre de 2011 en su artículo 7 menciona:

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

Para medir el dominio del mercado, se utiliza los denominados índices de dominancia y de poder de mercado. Los primeros que indican que tan dominante es uno o varios competidores en determinado mercado (Ejemplo el Índice de Dominancia ID), mientras que los segundos miden el poder de mercado de uno o varias empresas (Ejemplo Índice de Lerner IL e Índice Herfindahl-Hirschman IHH).

⁷⁸ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, “Abuso de la Posición Dominante, Informe de la Secretaría de la UNCTAD”, Ginebra, 18 de julio de 2008, pág. 8, parágrafo 17

⁷⁹ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, “Abuso de la Posición Dominante, Informe de la Secretaría de la UNCTAD”, Ginebra, 18 de julio de 2008, pág. 8, parágrafo 18.

Solo para mencionar, una característica particular que se encuentra en esta ley, es la similitud que hace el legislador, entre el poder de mercado y la posición de dominio, semejanza que no está bien aplicada, ya que la posición de dominio es *“la capacidad para actuar con independencia de sus competidores, clientes, proveedores y, en definitiva, del consumidor final”*⁸⁰, una empresa en poder dominante, *“podrá fijar los precios por encima del nivel competitivo, vender productos de calidad inferior o reducir su grado de innovación por debajo del nivel que existiría en un mercado competitivo”*⁸¹ mientras que el Poder de Mercado es según el mismo texto, *“la capacidad de las empresas para fijar los precios por encima del coste marginal de un modo que resulte rentable”*⁸². De lo mencionado se desprende que el Poder de Mercado es un concepto muy amplio en relación a la de Posición de Dominio ya que este se refiere principalmente a la capacidad de fijar precios por encima del coste marginal y su determinación será principalmente con un análisis de estructura de mercado; mientras que la posición de dominio es un concepto el que una de sus condiciones es el poder de mercado, pero que se requiere abarca otras condiciones como el daño, restricción a la competencia, en ocasiones perjuicio a los consumidores y el actuar con independencia a los agentes de mercado.

La confusión del legislador nacional sobre Posición de Dominio y Poder de Mercado, también queda evidenciado en ciertos tratadistas que confunden estos dos conceptos y los tratan como sinónimos.

3.3 Análisis de la Resolución 347-13-CONATEL-2010

Como es de nuestro conocimiento, el Ecuador no cuenta con una normativa interna vigente que proteja la libre competencia de las prácticas de abuso de la posición de dominio. Sin embargo, existe el antecedente de una resolución del Consejo Nacional de

⁸⁰ COMISIÓN EUROPEA-DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA, “Glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea // Normas de Defensa de la competencia y control de las concentraciones, Bruselas, Julio 2002.

⁸¹ COMISIÓN EUROPEA-DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA, “Glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea // Normas de Defensa de la competencia y control de las concentraciones, Bruselas, Julio 2002.

⁸² COMISIÓN EUROPEA-DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA, “Glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea // Normas de Defensa de la competencia y control de las concentraciones, Bruselas, Julio 2002.

Telecomunicaciones CONATEL signada como “RESOLUCIÓN-347-13-CONATEL-2010 con fecha 30 de julio del 2010, en la que se califica y declara a la compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL (cuyo nombre comercial es CLARO), como operador dominante en el mercado móvil- móvil para el servicio de voz, en todo el territorio ecuatoriano.

Se procederá entonces a realizar un breve análisis de esta resolución que es considerada como el primer documento que trata sobre posición de dominio en el Ecuador.

Síntesis de los Hechos

- El Estado ecuatoriano, representado por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, otorgó a favor de la compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, la instalación, operación y mantenimiento de un sistema de telefonía móvil celular (STMC), en distintas áreas geográficas del país.
- Mediante escritura pública otorgada el 2 de mayo de 1997, el Estado ecuatoriano, representado por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, previa autorización del Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL, celebró el “Contrato Ratificatorio, Modificatorio y Codificadorio del Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio de Telefonía móvil Celular (STMC) y de Autorización para uso de Frecuencias Esenciales hasta el 26 de Agosto del 2008, con su posterior ampliación el 7 de marzo del 2005.
- El 26 de agosto del 2008 se otorgó a favor de la compañía CONECEL S.A., el “*CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MOVIL AVANZADO, DEL TELEFÓNICO DE LARGA DISTANCIA INTERNACIONAL, LOS QUE PODRÁN PRESTARSE A TRAVÉS DE TERMINALES DE TELECOMUNICACIONES DE USO PÚBLICO Y CONCESIÓN DE LAS BANDAS DE FRECUENCIAS ESENCIALES*”.
- El 11 de noviembre de 2009 OTECEL S.A., solicita al presidente del CONATEL que declare a CONECEL S.A. operador dominante
- El 28 de noviembre del 2008 TELECSA S.A. solicita al CONATEL que declare como operador dominante a la empresa CONECEL S.A.

- El 15 de Enero del 2009 se resuelve “Conformar una Comisión Interinstitucional integrada por los delegados de la Superintendencia de Telecomunicaciones y la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones para que realice un estudio sobre la solicitud de TELECSA S.A.
- El 19 de febrero por recomendación de la SENATEL, el CONATEL mediante resolución avoca conocimiento del proceso, dispone que se notifique el contenido de los documentos a las tres operadoras de telefonía móvil y dispone a la secretaría presente el informe técnico legal correspondiente.
- Posteriormente la SENATEL informa al CONATEL que para la elaboración del informe técnico legal se requiere la contratación de la “CONSULTORIA PARA ANALIZAR EL MERCADO DEL SERVICIO MÓVIL AVANZADO, DETERMINACIÓN DE MERCADOS RELEVANTES Y OPERADOR DOMINANTE”, y Asesoría Jurídica Especializada para el “ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS REGULATORIOS PARA LA DECLARATORIA DE OPERADOR DOMINANTE EN EL MERCADO DE LA TELEFONÍA MÓVIL EN EL ECUADOR”.
- El 22 de marzo del 2010, la empresa CONECEL, remitió un oficio al CONATEL señalando que en el año 2009 el mercado de la Telefonía Móvil en el país creció hasta un total de 12´611.349 líneas activas de voz, las tarifas se han reducido y existe una sana competencia en beneficio del usuario. En el mismo comunicado la empresa indica que cuenta con el 69.56% de la participación del mercado mientras que OTECEL tiene un 28.02%.
- En el mes de junio del año 2010, el informe producto de los informes resultantes tanto de la consultoría como de la “Consultoría para analizar el mercado del servicio móvil avanzado, determinación de mercados relevantes y operador dominante”, y de la Asesoría jurídica especializada para el “análisis de los aspectos regulatorios para la declaratoria de operador dominante en el mercado de la telefonía móvil en el Ecuador”.
- El 12 de julio de 2010 CONECEL S.A., presenta observaciones a los dos informes
- El 30 de julio de 2010 el Consejo Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONATEL, expide la Resolución-347-13-CONATEL-2010

Fundamentos de Derecho de la Resolución

Para la calificación y declaración de la compañía CONECEL S.A., el organismo administrativo se fundamenta en la Constitución de la República del Ecuador artículo 335⁸³, en la Ley Especial de Telecomunicaciones artículo 38⁸⁴. Las disposiciones que contienen la materia específica de análisis está contenida en el Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones en el Título III sobre el Régimen de la Competencia, artículos 18 y 19⁸⁵, y en el título IV sobre el Régimen de Operador Dominante artículos 27, 28, 29, 31 y 32⁸⁶.

⁸³ Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.

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

⁸⁴ Art. 38.- Régimen de libre competencia.- Todos los servicios de telecomunicaciones se brindarán en régimen de libre competencia, evitando los monopolios prácticas restrictivas o de abuso de posición dominante, y la competencia desleal, garantizando la seguridad nacional, y promoviendo la eficiencia, universalidad, accesibilidad, continuidad y la calidad del servicio. El Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL, en uso de sus facultades, expedirá en un plazo no mayor de 180 días, contados a partir de la publicación de la presente Ley en el Registro Oficial, el reglamento que se aplicará para otorgar las concesiones de los servicios de telecomunicaciones que se brindarán en régimen de libre competencia, como consecuencia de la aplicación de la presente Ley. Dicho reglamento deberá contener las disposiciones necesarias para la creación de un Fondo para el desarrollo de las telecomunicaciones en las áreas rurales y urbano - marginales, el cual será financiado por las empresas operadoras de telecomunicaciones, con aportes que se determinen en función de sus ingresos.

⁸⁵ Art. 18.- Para preservar la libre competencia, el CONATEL intervendrá para:

- a) Evitar la competencia desleal;
- b) Estimular el acceso de nuevos prestadores de servicios;
- c) Prevenir o corregir tratos discriminatorios; y,
- d) Evitar actos y prácticas restrictivas a la libre competencia.

Art. 19.- El CONATEL, en uso, de sus atribuciones legales, dictará regulaciones para proteger y promover la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones; para evitar o poner fin a actos contrarios a la misma; y, para prevenir los subsidios cruzados entre los servicios prestados por la misma operadora. Igualmente, el CONATEL, podrá establecer reglas especiales para los prestadores de servicios que ejerzan dominio de mercado.

⁸⁶ Art. 27.- Se considerará como operador dominante al proveedor de servicios de telecomunicaciones que haya tenido, al menos, el treinta por ciento (30%) de los ingresos brutos de un servicio determinado en el ejercicio económico inmediatamente anterior, o que, en forma efectiva, controle, directa o indirectamente, los precios en un mercado o en un segmento de mercado o en una circunscripción geográfica determinados; o, la conexión o interconexión a su red.

El CONATEL, ejercerá facultades regladas y asignará en forma motivada, la calidad de operador dominante a proveedores de servicios de telecomunicaciones en áreas determinadas y por cada servicio prestado, en función de los criterios mencionados en el inciso anterior, que serán considerados y evaluados en forma objetiva.

Art. 28.- Todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán presentar en la Secretaría, dentro de los primeros ciento veinte (120) días de cada año, sus estados financieros.

Art. 29.- El CONATEL en los primeros ciento cincuenta (150) días de cada año calificará a los operadores dominantes para cada uno de los servicios de telecomunicaciones.

Cuando por causas supervenientes un prestador de servicios de telecomunicaciones considere que ha dejado de tener la condición de operador dominante en el mercado, solicitará al CONATEL que revise su calificación, y éste deberá pronunciarse en el término de treinta (30) días y su resolución deberá ser motivada.

De la resolución del CONATEL se podrá recurrir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Art. 30.- Son obligaciones del operador dominante las siguientes:
a) Prestar sus servicios a precios que reflejen al menos sus costos a fin de no eliminar a posibles competidores. La Superintendencia de Telecomunicaciones realizará auditorías de precios con el objeto de evitar la competencia desleal;

Fundamentos de Hecho

Los fundamentos de hecho para la determinación de la empresa de telefonía móvil CONECEL S.A., como operador dominante no lo realiza directamente el organismo administrativo, sino lo realiza a través de una Consultoría y Asesoría Jurídica sobre estos temas. Los resultados de la consultoría indican al CONATEL que la empresa mencionada tiene posición de dominio dentro del mercado relevante.

Dentro de las principales aseveraciones realizadas por los consultores se puede indicar respecto al mercado relevante lo siguiente:

- El mercado geográfico comprende la región del país relevante para el mercado del producto. En el caso de los operadores de telefonía móvil, es razonable asumir que el mercado geográfico relevante es todo el territorio ecuatoriano, ya que las licencias para explotar el servicio es en todo el territorio ecuatoriano y los productos y precios son ofrecidos de manera similar en todo el país.

-
- b) Otorgar trato igualitario y no discriminatorio a todos los usuarios de sus servicios bajo las mismas condiciones;
 - c) Aplicar condiciones análogas para operaciones similares o equivalentes;
 - d) Suministrar las facilidades de conexión e interconexión entre redes de telecomunicaciones de manera eficiente, de acuerdo con los principios de igualdad y trato no discriminatorio;
 - e) Facilitar el acceso a la información técnica necesaria que permita la conexión o interconexión con sus redes; y,
 - f) Proporcionar la información pertinente que requieran los entes de regulación y control conforme lo señale la ley, los reglamentos y los títulos habilitantes.

Art. 31.- El operador dominante no podrá:

- a) Mantener participación accionaria o detentar una posición que pudiera dar lugar a que influya en la administración de competidores en el mismo mercado;
- b) Mantener subsidios cruzados con el objeto de eliminar competidores;
- c) Condicionar la prestación de un servicio a la aceptación de obligaciones adicionales que formen parte del objeto del contrato;
- d) Obstruir ilícitamente el funcionamiento de la interconexión o la conexión; y,
- e) Las demás que señale la ley, los reglamentos y los títulos habilitantes.

Art. 32.- El operador dominante tendrá los siguientes derechos:

- a) A una justa retribución por los servicios prestados incluyendo los servicios de carácter social;
- b) A recibir y exigir de los demás operadores trato igualitario y recíproco;
- c) A solicitar que se revise su condición de operador dominante por parte de la autoridad competente; y,
- d) Los demás que señale la ley, los reglamentos y los títulos habilitantes.

- El principal criterio económico para determinar el mercado relevante para el producto es el de existencia de productos sustitutos. En este orden el eje del negocio está dado en un 80% por el servicio on-net. En este sentido, el servicio se presenta a la telefonía fija como un sustituto suficiente cercano al servicio de telefonía móvil como para ambos sean incluidos en un mercado relevante, sin embargo se descarta debido a las características del producto ofrecido por la telefonía fija que es off-net.

En lo pertinente al análisis de dominio del mercado y grupo de empresas en este se menciona lo siguiente:

- La evolución de las participación en los mercados SMA en el 2009 son: CONECEL 70%, OTECEL 28% Y TELECSA 3%.
- Los márgenes operativos para el mismo año son: CONECEL 49%, OTECEL 28% Y TELECSA 0%.
- Si bien el mercado SMA ecuatoriano está compuesto por 3 operadores, en términos prácticos es un duopolio bastante inequitativo en el que OTECEL S.A., no ha podido consolidarse como una empresa que ofrezca una suficiente presión competitiva a CONECEL S.A.

La asesoría jurídica al respecto menciona:

- Siendo que la legislación andina y ecuatoriana relativamente nueva en materia de competencia, si confiere parámetros a ser aplicados tanto a los agentes económicos como a los agentes regulatorios.
- Que es el CONATEL el ente encargado de determinar la existencia de un operador dominante a través de la calificación correspondiente, existiendo herramientas de juicio suficientes para dicha calificación como: normas constitucionales, legales y reglamentarias que le confieren dicha facultad al CONATEL, partiendo del principio de aplicación directa de los derechos y garantías constitucionales.
- Que se ha analizado en forma previa el informe económico, en donde se determina como mercado relevante al servicio de voz móvil en el territorio del

Ecuador; lo cual concuerda con el ámbito de concesión; estableciéndose así, que dicho mercado es altamente concentrado, puesto que CONECEL S.A., cuenta con el 70% de participación en el mismo; lo que, sumado a un importante margen de ganancias y barreras de entrada, permiten concluir que dicho operador posee dominancia en el mercado.

- Partiendo del principio jurídico que la Constitución es la norma suprema del Estado, se puede concluir que aún cuando las leyes, reglamentos, ordenanzas o decretos no regulasen el derecho de la competencia o la importancia de las telecomunicaciones para nuestra sociedad, bastaría el mandato contenido en la Constitución para que los entes estatales actúen y hagan cumplir los derechos y garantías en ella contenidas.

Las observaciones principales presentadas por la compañía CONECEL S.A., con su posterior respuesta por parte del organismo estatal, trataron sobre los siguientes temas:

- Determinación de Posición dominante.- la empresa de telefonía asevera que la determinación de dominancia en un mercado no se puede determinar por la participación de clientes y/o ingresos sin antes realizar un análisis jurídico y económico de la necesidad de tener una determinación de la totalidad del mercado de telecomunicaciones.
- Informes jurídicos y económicos contratados por la SENATEL.- CONECEL afirma que estos informes no constituyen fundamento legal que supla carencia de ley, además que adolecen de solidez y profundidad de análisis si seguir las buenas prácticas internacionales de los análisis de competencia requeridos para determinar la dominancia.
- Variables omitidas en el informe.- CONECEL afirma que existen variables omitidas que constituyen un grave problema para el estudio econométrico, y esta omisión podrían sesgar el coeficiente de precio. La SENATEL al respecto responde que la presencia de una variable omitida no es condición suficiente para la existencia de un sesgo. La condición para la existencia de un sesgo es

la violación de un supuesto de ortogonalidad entre el error econométrico y la variable de interés, por tal motivo no se realizó ninguna violación.

- Índice de Lerner.- el organismo estatal afirma que técnica y académicamente, no existe una crítica aceptada que refute este índice como una medida para inferir el costo; la razón de esto es porque el Índice de Lerner está fundamentado en una relación de equilibrio parcial de la competencia.

El Índice de Lerner, describe la capacidad de control de un mercado (o poder de mercado) de una empresa. El índice asume que a lo más control sobre el mercado que una empresa tenga, lo más que el precio de su productos serán superiores a los precios en u mercado en competencia perfecta.⁸⁷ En otras palabras el Índice de Lerner mide el grado de poder de monopolio de una empresa. Se determina mediante la razón de la diferencia entre el precio P y el costo marginal CM respecto al precio, o mediante el inverso multiplicativo del valor absoluto de la elasticidad precio de la demanda. El valor del Índice de Lerner puede oscilar desde cero, para una empresa de competencia perfecta, hasta uno, para una empresa de monopolio puro.⁸⁸

Es importante señalar las afirmaciones de CONECEL que menciona al trabajo de Pindyck (1985) como argumento para refutar el uso del Índice de Lerner. En respuesta la secretaría menciona que la crítica al índice no lo es per se, sino solamente en su carácter estático, ya que en la introducción de tal trabajo Pindyck usa el índice para ilustrar como el poder de mercado cambia en el tiempo, aceptando como medida apropiada para medir el poder de mercado considerando que el Índice de Lerner puede cambiar en el tiempo dada las condiciones de demanda y oferta.

⁸⁷ http://es.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dndice_de_Lerner, última visita 2 de agosto de 2011.

⁸⁸ <http://www.aulafacil.com/cursosenviados/cursomicroeconomia/Lecc-17.htm>, última visita 2 de agosto de 2011.

- Posible Sesgo por Omisión de Elementos Dinámicos.- la institución estatal plantea que debido a la poca disponibilidad de datos y dificultad computacional para llevar a cabo un informe econométrico dinámico de mercado la consultoría se vio limitada a analizarlo desde un punto de vista estático. Utiliza el mismo texto del tratadista citado en el acápite anterior para argumentar que lo más probable es que el sesgo de la elasticidad (causado por la omisión de un elemento dinámico) es negativo, es decir que el poder de mercado de (o de la elasticidad de la demanda) CONECEL S.A. podría ser mayor (menor en términos absolutos) en largo plazo. La SENATEL termina el párrafo afirmando que un modelo dinámico que capture la evolución del tamaño de las redes arrojaría un Índice de Lerner estático aún más pronunciado para CONECEL S.A., lo cual sugiere que este índice estático es una medida conservadora.
- Análisis de otros aspectos.- la empresa de telefonía móvil menciona a que antes de definir la posición de dominio se debe analizar a profundidad las fortalezas competitivas de OTECEL y la evolución de sus inversiones en los dos últimos años. Ante esto la SENATEL es muy categórica al afirmar que la técnica económica lo que permite es identificar la existencia de poder de mercado, mientras que el análisis relativo de dicho poder de mercado, es el que permitiría determinar la posición de dominio; el estudio adopta la metodología usada para definición de mercados relevantes, estimación de demanda y determinación de poder de mercado sin utilizar una metodología que considere las fortalezas competitivas.

Una vez revisada los principales puntos de esta resolución me atrevo a señalar los siguientes comentarios:

- Declaración a petición de parte.- el artículo 18 del reglamento a la Ley Especial de Telecomunicaciones hace mención a la intervención del CONATEL para la preservación de la libre competencia, lo cual nos hace pensar que este organismo estatal debe tener injerencia de oficio en cualquiera de los cuatro casos citados en tal norma. En el documento

analizado, se hace referencia a la resolución 047-03-CONATEL-2010, en la que visto las peticiones de los otros competidores OTECEL Y TELECSA el Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL, avoca conocimiento del procedimiento para calificar al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL como operador dominante.

En la avocación de conocimiento de la causa, se evidencia por una parte un vacío jurídico, y por otra la falta de acción efectiva del órgano estatal para el control de la libre competencia. Esto debido a que si no fuera por la petición de los otros operadores de telefonía móvil de declarar operador dominante a CONECEL, tal análisis no se hubiera llevado a cabo. No puedo calificar de injusto la avocación de conocimiento por parte del CONATEL, ya que en la mayoría de legislaciones de libre competencia, incluido la Andina, los procedimientos para sancionar las prácticas contra la competencia, pueden iniciar mediante una queja al organismo pertinente por parte de uno o varios competidores, sin embargo esto no se contempla en nuestra legislación reglamentaria ocasionando un vacío legal que debe eliminarse.

- Contratación de consultoría para calificación.- (la ausencia de normas legales, y doctrina al respecto). Se resalta el uso de métodos técnicos para la calificación, y con seguridad fueron similares a los de otra normativa o jurisprudencia al respecto. Resaltar el trabajo de determinación y labor de estos, al ser la primera resolución en materia de posición de dominio. Lamentablemente CONATEL no es organismo especializado
- Falta de ley especial de protección a la competencia.- el artículo 336 de nuestra constitución menciona que para el aseguramiento de la transparencia, eficiencia e igualdad en condiciones en el mercado se lo realizará mediante ley. En la actualidad el poder legislativo no ha aprobado ningún cuerpo normativo en materia de defensa de la competencia, lo que ha traído como consecuencia la falta de un procedimiento para este tipo de casos y le necesidad de la contratación de una consultoría técnica y jurídica. En este sentido, se ve la necesidad de la existencia de una normativa en esta materia

que en encargará a una agencia especial el control, regulación y protección de la competencia.

- Repercusiones de esta calificación.- el reglamento a la Ley Especial de Telecomunicaciones en materia defensa de la competencia y en especial en lo que referente a operador dominante tiene cuatro aspectos:
 1. Calificación.- conforme al artículo 28, el operador que haya cumplido las condiciones establecidas se lo calificará como dominante; con la particularidad que podrá ser revisada a petición del operador cuando hayan suscitado causas supervinientes que justifiquen su descalificación.
 2. Obligaciones.- conforme al artículo 30 del cuerpo normativo, el operador dominante está sujeto a varias obligaciones con los que se pretende garantizar la competencia efectiva, la participación activa de todos los competidores en el mercado y el acceso y proporción de información pertinente que sea requerida por los organismos de regulación.
 3. Prohibiciones.- según el artículo 31 el operador no podrá obstruir el funcionamiento de la interconexión o conexión, condicionar prestación de servicios, mantener subsidios cruzados y mantener una participación accionaria que influya en la administración de los otros competidores.
 4. Reconocimiento de derechos.- el artículo 32 está reservado para el reconocimiento de derechos, entre los cuales constan la justa retribución por los servicios prestados, exigir trato igualitario frente a los demás operadores y a solicitar su revisión de calificación de operador por parte de las autoridades competentes.

En conclusión, el reconocimiento de operador dominante no trae consigo ningún tipo de sanciones implícitas, lo que hace es incrementar el control al operador dominante con el fin de evitar un posterior abuso de esta posición que si es merecedora de castigo por parte de las autoridades competentes.

3.4 El Abuso de la Posición Dominante

El mercado en el cual nos encontramos no es de competencia perfecta, por ello es muy posible que exista imperfecciones, una de estas imperfecciones es la posición de dominio que un competidor o agente económico puede tener. Sin embargo esta práctica no es castigada per se, ya que se puede llegar a tal posición, ya sea, mediante formas y medios lícitos o por resultado de medidas del Gobierno por esta razón lo que hacen todas las legislaciones de protección de defensa de la competencia es prohibir y castigar el abuso de la estructura.

3.4.1 Concepto y Características del Abuso de la Posición Dominante

Es importante señalar en primer punto lo que significa abuso.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁸⁹ abuso significa:

Abuso: Acción y efecto de abusar.

Abusar: Usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente algo o de alguien. Hacer objeto de trato deshonesto a una persona de menor experiencia, fuerza o poder

El diccionario jurídico elemental de Cabanellas define a abuso como:

“Abuso: del latín abusus; de ab, en sentido de perversión, y usus, uso. En Derecho, por abuso se entiende el mal uso o empleo arbitrario de la autoridad, la acción despótica de un poder, la consecuencia exagerada de un principio, el goce inmoderado de la propiedad o posesión; en definitiva, todo acto que, saliendo fuera de los límites impuestos por la razón, la justicia, ataque en forma directa o indirecta de leyes o interés general”⁹⁰.

⁸⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, Vigésima Segunda Edición, ver HYPERLINK www.rae.es/rae.html, última visita 1 de febrero de 2011.

⁹⁰ CABANELLAS DE TORRES Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”, Decimo Séptima Edición 2005, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina.

Hay que destacar el desarrollo del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española al ir un más allá al darnos una definición de abuso de posición dominante que es:

“En el derecho de la competencia, actuación comercial prohibida, realizada en perjuicio de otras empresas o de los consumidores, que se prevale de una situación de ventaja”⁹¹.

Esta definición es bastante general pero acertada, ya que está encaminada a las tendencias proteccionistas de están en auge tanto de los competidores y en especial de los consumidores. Sin embargo solo sirve como referencia ya que este fenómeno tiene diversos elementos y peculiaridades que se desglosarán conforme se indague en las diversas definiciones.

José Vicente Troya y Agustín Grijalva en su obra Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador, cita la definición de Manuel Abanto Vásquez en su obra El derecho de la libre competencia menciona, *“que hay abuso de la posición de dominante no solo cuando la conducta de la empresa es abusiva o cuando sus resultados le benefician sino fundamentalmente cuando tal conducta modifica la estructura competitiva del mercado”⁹².*

Para Bercovitz Rodríguez-Cano, *“el abuso se refiere tradicionalmente al perjuicio injustificado a los otros participantes en el mercado –proveedores, clientes o competidores- mediante actuaciones que no se habrían podido llevar a cabo si existiera una competencia efectiva”⁹³*

Una definición de mayor amplitud es la dada por Mónica Salamanca Maralla al definir al abuso de posición dominante como la *“situación en que una empresa está en condiciones de controlar el mercado pertinente de un bien o servicio de un determinado grupo de bienes o servicios. Bajo esta denominación se engloban prácticas comerciales restrictivas a la competencia, en la que una empresa que tiene poder de mercado desarrolla acciones destinadas a impedir o restringir la*

⁹¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, Vigésima Segunda Edición, ver HYPERLINK www.rae.es/rae.html, última visita 1 de febrero de 2011.

⁹² GRIJALVA JIMÉNEZ Agustín, TROYA JARAMILLO José Vicente, “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, en Foro Revista de Derecho No. 1, UASB-Ecuador/CEN, Quito 2003, pág. 35.

⁹³ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO Alberto, “Apuntes de Derecho Mercantil: Derecho Mercantil, Derecho de Competencia y Propiedad Intelectual”, Tercera Edición, Editorial Arazandi, 2002, pág. 321.

competencia⁹⁴. La tratadista española, a diferencia de las otras definiciones, hace mención a las prácticas restrictivas a la competencia como parte del ejercicio del abuso de la posición de dominio, una aseveración acertada ya que existen diversos casos y tipos de abuso de esta posición.

La jurisprudencia comunitaria europea, visto la carencia de definición precisa en los textos legales de ésta práctica ha perfilado un concepto y podría definirse como:

“una posición de poder económico gracias a la cual una empresa puede impedir la competencia efectiva en el mercado pertinente, pues le otorga la capacidad de actuar con considerable independencia de sus competidores, de sus clientes y, en última instancia, de los consumidores”⁹⁵

El mismo tribunal en otra de sus sentencias ha mencionado que:

“una responsabilidad por acción u omisión en la medida en que los tribunales comunitarios han concluido que incumbe a la empresa en posición dominante una responsabilidad particular de no perjudicar una competencia efectiva no distorsionada en el mercado común.”⁹⁶

Hay que añadir también lo mencionado por el mismo organismo en el caso Hoffmann-La Roche.

“el concepto de abuso es un concepto objetivo relacionado con el comportamiento de un agente económico en posición dominante, de naturaleza tal que influye en la estructura de un mercado determinado, en el cual – como resultado de la sola presencia de dicho agente económico – el grado de competencia se encuentra debilitado, a través de la utilización de métodos distintos a aquellos propios de una situación normal de competencia en las transacciones comerciales de productos o servicios. Dicho comportamiento tiene el efecto de

⁹⁴ SALAMANCA MARALLA Mónica, “Restricciones Verticales y Abuso de la Posición de Dominio: Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolio”, Fiscalía Nacional Económica, Chile, pág. 3. En <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/gvaJuly/docs/es3.pdf>, última visita 13 de febrero de 2011.

⁹⁵ Asunto 27/76, United Brands, párrafo 65.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 9 de noviembre de 1983, as 322/81, *Michelin contra Comisión*, Rec, pág. 3461, apartado 57.

*limitar el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o el incremento de dicho nivel de competencia*⁹⁷

En Perú, la jurisprudencia ha dicho que *“un abuso de posición de dominio se da cuando una empresa que ostenta posición de dominio, realiza prácticas comerciales restrictivas con el fin de desplazar a sus competidores del mercado o impedir de modo alguno la entrada de nuevos competidores.*”⁹⁸

Todas las definiciones, ya sean doctrinarias o jurisprudenciales, engloban cuatro elementos:

- Práctica o actuación comercial prohibida.
- Existencia de posición de dominio, situación de ventaja o condición de control del mercado que incluye fuertes barreras de entrada.
- Impedimento de competencia efectiva, que perjudica a los agentes del mercado, competidores y consumidores.
- Realización de Prácticas comerciales restrictivas.

En este sentido me atrevo a decir que el abuso de posición de dominio es una práctica comercial prohibida, en la que una o varias empresas en posición dominante impiden, restringen, falsean, alteren o distorsionen la competencia efectiva mediante la aplicación de conductas anticompetitivas o prácticas restrictivas a la competencia, encaminadas a mantener o incrementar esa posición de dominio, perjudicando a los demás competidores y consumidores de los bienes o servicios dentro del mercado relevante.

Con respecto a la determinación de ésta práctica, es claro lo que menciona el Informe de la Secretaría de la UNCTAD sobre Abuso de la Posición Dominante que establece tres partes⁹⁹:

1. Delimitación de uno o más mercados pertinentes.- mercado relevante en el cual operan los competidores.

⁹⁷ Corte de Justicia Europea, 1979, Hoffmann - La Roche, case 85/76.

⁹⁸ INDECOPI, Resolución 010-2004/CLC, 10 de marzo de 2004, pág. 20.

⁹⁹ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, “Abuso de la Posición Dominante, Informe de la Secretaría de la UNCTAD”, Ginebra, 18 de julio de 2008, pág. 6, parágrafo 12.

2. Determinación de si la empresa domina un mercado pertinente.- posición de dominio la empresa investigada.
3. Determinación de si la conducta constituye un abuso de posición.- análisis de las prácticas que la empresa realiza como forma de abuso de su posición de dominio.

En el mismo sentido, el organismo manifiesta que pese a que las tres partes en análisis son distintas, pueden efectuarse simultáneamente y las pruebas obtenidas en una de ellas pueden servir para otras. Sin embargo se señala que las dos primeras pueden efectuarse simultáneamente, no así la tercera que debe llevarse a cabo por separado.

Respecto a los dos primeros puntos para la determinación de existencia de un abuso de posición de dominio, ya fueron explicados anteriormente, queda el faltante de el tercer punto referente a los tipos o formas en que las empresas ejercen esta práctica.

3.4.2 Tipos de Abuso de la Posición Dominante

La doctrina y legislación europea han dividido a las prácticas abusivas de posición de dominio en abusivas de explotación y abusivas de exclusión.

Los abusos de explotación *“son aquellos en que la empresa dominante sube los precios o reduce la calidad o la variedad, o toma otras medidas que le permiten enriquecerse de una manera que habría resultado imposible en un mercado competitivo”*.¹⁰⁰ De igual forma se las conoce como prácticas abusivas de explotación, ya que su objeto es la explotación de los clientes o consumidores más no, a simple vista, sobre los competidores de la empresa que se encuentra en posición de dominio.

La principal conducta en este tipo de práctica abusiva es la fijación abusiva de precios que consiste *“en la fijación por una parte de la empresa o empresas con posición de dominio de precios de venta o de compra significativamente por encima de aquellos que resultarían de un mercado razonablemente competitivo”*¹⁰¹. El inconveniente es la determinación de cuando un precio es abusivo o no ya que la diferencia entre los costos de producción y el margen de utilidad puede resultar muy relativo. Sin embargo el control de éste tipo de abuso puede

¹⁰⁰ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, “Abuso de la Posición Dominante, Informe de la Secretaría de la UNCTAD”, Ginebra, 18 de julio de 2008, pág. 11 párrafo 30.

¹⁰¹ CABANELLAS DE TORRES Guillermo, “Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia”, Segunda Edición 2005, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, pág. 676.

presentar varios riesgos ya que la fijación de una política y control de precios por parte del Estado afecta a la competencia. Sin embargo concuerdo con lo que me mencionan A. Grijalva y J. Troya que *“por otra parte la fijación de precios excesivos abusando de una posición de dominante constituye también una forma de renta monopolística mediante la cual se expropia o transfiere de forma inaceptable ingresos de los consumidores al monopolista y se afecta significativamente el interés económico general”*.¹⁰²

Los abusos de exclusión, por otra parte *“son aquellos en que la empresa dominante sube los precios o reduce la calidad o variedad, o toma otras medidas que le permiten enriquecerse de una manera que habría resultado imposible en un mercado competitivo”*.¹⁰³ En este sentido se dice que son prácticas abusivas de exclusión ya que están dirigidas a la expulsión, eliminación o impedimento de entrada de competidores existentes o potenciales dentro del mercado dominado.

Las principales prácticas de abuso de exclusión, reconocidas por la doctrina son los descuentos y rebajas de fidelidad, negativa a contratar, ventas vinculadas y precios predatorios

Los descuentos y rebajas de fidelidad son la concesión otorgada por una empresa dominante de descuentos a sus clientes, cuyo efecto sea la fidelidad que excluya a los demás competidores de la empresa.

Con respecto a la segunda práctica, es la negación de suministro de un producto o servicio al comprador por parte de una empresa en posición dominante sin que exista causas objetivas o razonables para ello. Esta práctica no solo queda limitada a los productos o servicios, sino también a la negativa de suministrar información, licencia sobre un derecho de propiedad intelectual o la ruptura injustificada de una relación contractual existente.

Por último, las Ventas Vinculadas es la subordinación del suministro de un producto a la prestación de un servicio a la aceptación de prestaciones suplementarias de distinta naturaleza realizadas por una empresa en posición de dominio.

¹⁰² GRIJALVA JIMÉNEZ Agustín, TROYA JARAMILLO José Vicente, “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, en Foro Revista de Derecho No. 1, UASB-Ecuador/CEN, Quito 2003, pág. 36

¹⁰³ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, “Abuso de la Posición Dominante, Informe de la Secretaría de la UNCTAD”, Ginebra, 18 de julio de 2008, pág. 11 párrafo 31

3.5 El Abuso de posición de Dominio en la Legislación Nacional y Comparada

Entre las legislaciones protectoras de la competencia, existen muchas diferencias en cuanto a los objetivos, definiciones y métodos, formas o tipos de evaluación del abuso de la posición de dominio. Por esta razón, es pertinente analizar ciertas legislaciones a nivel comunitario, continental y mundial extrayendo los elementos comunes que servirán de ayuda para el desarrollo de los siguientes temas.

El primer elemento común que poseen las legislaciones es el castigo, sanción y prohibición del abuso de posición de dominio consta en el artículo 335 inciso segundo de la Constitución del Ecuador que menciona:

“Art. 335.-...

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

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en su artículo 9 en concordancia con el artículo de la constitución primer inciso menciona:

“Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado¹⁰⁴. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general”

La legislación comunitaria andina en su artículo 8 señala a esta práctica como una conducta restrictiva de la competencia y enumera una lista de casos que constituyen abuso de posición de dominio. En similar sentido el artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea realiza una libre numeración de las prácticas abusivas.

¹⁰⁴ El término abuso de poder de mercado es considerado como sinónimo según el artículo 7 del mismo proyecto de ley.

Respecto a la definición del abuso de la posición de dominio dentro de las legislaciones regionales cabe destacar la uruguaya y peruana; la primera en su artículo 6 de la Ley No. 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia ¹⁰⁵ inciso segundo manifiesta:

“Art. 6 (abuso de posición dominante)...

Se considera que existe abuso de posición dominante cuando el o los agentes que se encuentran en tal situación actúan de manera indebida, con el fin de obtener ventajas o causar perjuicios a otros, lo que no hubiera sido posibles de no existir tal posición de dominio”

La ley peruana, dado su carácter reglamentario, define con mayor amplitud esta conducta al estipular:

“Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición”.¹⁰⁶

No existe diferencia sustancial en las definiciones de las distintas legislaciones sobre el abuso de la posición de dominio. La diferencia más evidente está en el listado de las conductas en las que consiste este abuso, unos taxativos y otros generales.

Parto de la lista, señalada en la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones CAN que estipula:

“Artículo 8.- Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

a) La fijación de precios predatorios;

¹⁰⁵ LEY No. 18.159, PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA, Publicada D.O. 30 julio del 2007. Uruguay.

¹⁰⁶ Decreto Legislativo que aprueba la ley de represión de conductas anticompetitivas. Decreto No. 1034, Perú art. 10 numero 10.1

b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;

c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;

e) La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;

f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y,

g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.”

Podría creerse que la lista de actos de abuso de posición dominio es taxativa, pudiendo causar limitante en el momento de juzgamiento dentro de la Comunidad Andina y el Ecuador, sin embargo, si se lee detenidamente la letra “g”, es similar a lo que ocurre en España que en su Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia al igual que en el artículo 82 del Tratado de Constitución de la Comunidad Europea menciona que el abuso de la posición dominante “podrá consistir particularmente en” y señala una serie de conductas, dejando abierto la posibilidad a que sean más de las señaladas. Similar caso pasa con la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia de la República de Venezuela¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Artículo 13. Se prohíbe el abuso por parte de uno o varios de los sujetos de esta Ley de su posición de dominio, en todo o parte del mercado nacional y, en particular, quedan prohibidas las siguientes conductas:(...)

6º Otras de efecto equivalente.

Un caso particular para análisis merece la legislación peruana¹⁰⁸, que hace un listado general de las conductas que constituyen la posición de dominio, pero señala únicamente a las de efecto excluyente, tales prácticas son:

a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;

b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;

c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;

e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;

f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;

g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,

h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

¹⁰⁸ Decreto Legislativo que aprueba la ley de represión de conductas anticompetitivas. Decreto No. 1034, Perú art. 10 número 10.2

Es importante señalar, que si nos regimos únicamente al listado taxativo mediante una interpretación rígida de la norma podemos caer en dos problemas¹⁰⁹. El primero consistente en diversas prácticas comerciales aplicadas por las empresas en posición de dominio cuyos fines son los mismos de del abuso de ésta posición; el segundo, las prácticas indicadas pueden tener efectos en pro de la competencia, castigando injustamente al competidor dominante. Por el contrario, si en aplicación de un listado general de las prácticas que son abuso de posición de dominio, el juzgador determina y sanciona nuevas prácticas que a su parecer constituyen abuso de la posición de dominio creando un amplio espectro de inseguridad jurídica, desincentivando las grandes inversiones que por su tamaño pueden alcanzar una posición de dominio producto de una competencia basada en méritos. Por estas razones el juzgamiento de las prácticas que constituyen abuso de posición de dominio debe *consistir en la identificación y cuantificación, a través del análisis económico, del daño competitivo tanto en las legislaciones que enumeran taxativamente estas prácticas como las que dejan abierta la posibilidad al juzgador de crear nuevas.*

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ ENCINAS Ana, MARTÍNEZ CORRAL Borja, "El abuso de posición de dominio: situación actual y evolución previsible", en Revista Empresa, Ejemplar No. 16, Junio del 2006, España, pág. 64.

CAPITULO IV

4. LOS PRECIOS PREDATORIOS

Uno de los principios substanciales de la libre competencia es la libre fijación de precios que tiene una empresa para poder competir en el mercado. Por lo general, los consumidores son muy susceptibles a los precios, razón por la que las empresas intentan disminuir los costos de producción insertando mejoras en el proceso productivo, así el mercado cumple su fin, una producción eficiente y adquisición de bienes y servicios por parte de los consumidores al menor costo posible. En este sentido, toda medida estatal que tenga como objetivo la regulación y limitación de la política de precios de cada empresa o competidor, debe ser excepcional.

Los precios predatorios al ser una forma de abuso de la posición de dominio, únicamente pueden ocurrir en mercados de competencia imperfecta, motivo por el que la intervención estatal en este tipo de prácticas se hace inevitable.

4.1 Definición y Características de los Precios Predatorios

Los precios predatorios, como se expuso en el capítulo anterior, son una práctica de exclusión que tiene como fin la expulsión, eliminación e impedimento de ingreso de competidores reales o potenciales al mercado. A su vez, ésta práctica se encuentra dentro de una categoría más amplia denominada prácticas predatorias que *“son las conductas distintas de la competencia basada en los méritos, con las que una empresa, para aumentar su poder de mercado, pretende eliminar del mismo, o por lo menos perjudicar, a uno o varios competidores, mediante el empleo abusivo de medios generalmente considerados como competitivos, renunciando a los beneficios a corto plazo, con la esperanza de obtener mayores ganancias a medio o largo plazo”*¹¹⁰, añadiendo que esta práctica debe ser ejercida por una empresa en posición de dominio.

¹¹⁰ Definición citada en PACHECO PACHECO, Oscar Fernando, “Precios Predatorios y Descuentos Promocionales, Contenido y Alcances en el Régimen de Protección de la Libre Competencia”, Memoria de Prueba para optar por el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho,

Enmarcado en la definición de prácticas predatorias, puedo acercarme a una definición a esta práctica. Así, Samuelson y Nordhaus mencionan que la fijación depredadora de precios es la práctica *según la cual una empresa vende sus bienes a un precio inferior a los costes de producción (interpretados generalmente como el coste marginal o el coste variable medio¹¹¹)*. Pinkas Flint añade el fin de esta práctica y define a los precios predatorios como, *aquellos precios fijados por una empresa a nivel tan bajo que se ubican por debajo del costo. Su real objetivo es eliminar a los competidores del mercado y luego de lograr este objetivo elevar los precios de los productos a niveles monopolísticos¹¹²*.

Teresa Tovar adiciona a la posición de dominio como requisito de quien aplica esta práctica, definiendo a la fijación de precios predatorios como una práctica realizada por empresas con posición de dominio que consiste en *“fijar precios por debajo de sus costos, con la finalidad de sacar a los competidores del mercado y poder disfrutar luego de ganancias monopólicas, es decir, precios que no serían posibles en un mercado competitivo.”¹¹³* Similar es la definición que nos presenta Agustín Grijalva y José V. Troya al decir que *“esta práctica se trata de una estrategia o conducta por la cual una empresa generalmente en posición dominante en el mercado disminuye sus precios por debajo del nivel de sus costos de producción con el propósito de expulsar a sus competidores del mercado en cuestión y proceder luego a capturar rentas monopolísticas”¹¹⁴*.

Como se puede apreciar, las diferentes definiciones citadas tienen muchos elementos en común que serán dilucidados en el siguiente subtema, sin embargo, considero indispensable realizar de forma breve una descripción de esta práctica.

Valdivia Diciembre de 2006, pág. 3, a HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco, “Precios Predatorios y Derecho Antitrust. Estudio comparado de los Ordenamientos Estadounidense, Comunitario y Español, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

¹¹¹ SAMUELSON Paul, NORDHAUS William, “Economía”, Décimo Séptima Edición, Mc Graw Inc, 2002 pág. 311.

¹¹² PINKAS Flint, “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, Estudio Exegético del Decreto Legislativo 701, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Lima 2002 pág. 544.

¹¹³ TOVAR Teresa, “Casos de Abuso de Posición de Dominio en el Mercado de las Telecomunicaciones”, ARA Editores, Perú 2006, pág. 289.

¹¹⁴ GRIJALVA JIMÉNEZ Agustín, TROYA JARAMILLO José Vicente, “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, en Foro Revista de Derecho No. 1, UASB-Ecuador/CEN, Quito 2003, pág. 37

La práctica predatoria se da cuando una empresa en posición de dominio y en ejercicio de su libertad, vende sus productos o servicios a un precio por debajo de su costo por un tiempo determinado, lapso en el cual ocasiona una pérdida o disminución de beneficios, cuyo fin es el de eliminar a competidores que visto el nivel de precios abandonan el mercado. De igual forma esta práctica impide el ingreso a posibles competidores debido a la fuerte barrera de entrada que esto ocasiona.

Una vez destruida la competencia, la empresa elevará sus precios por sobre el nivel de un mercado competitivo, no solo recuperando lo perdido y obteniendo para largo plazo grandes utilidades. En síntesis, la práctica de precios predatorios cumple con dos etapas, la primera de *sacrificio*, en la que el operador dominante reduce sus precios expulsando al competidor del mercado y la segunda que se la puede denominar como de *recuperación* cuando eleva los precios de los productos o servicios superiores a los competitivos, recuperando y superando las pérdidas sufridas en la primera etapa.

4.2 Elementos de los Precios Predatorios

En función de la política de precios que tiene una empresa, el ofrecer bienes o servicios a precios bajos pueden ser reflejo de una fuerte competencia en el mercado o por el contrario, constituir una estrategia predatoria con intención de perjudicar a los competidores. Por este motivo, tanto la doctrina, la jurisprudencia y las autoridades de control de defensa de la competencia han dilucidado dos elementos que debe tener la rebaja de precios para ser considerada como predatoria.

Los precios predatorios están compuestos por dos elementos, el objetivo y el subjetivo. Dentro del primero se encuentran el nivel de precios, la posición dominante y la estructura del mercado, mientras que en el segundo está constituido esencialmente por la intención predatoria del agente que realiza esta práctica.

4.2.1 Elementos Objetivos

- a) Precios inferiores a un determinado nivel de coste

Para que una empresa tenga ganancia respecto de las ventas de sus bienes o servicios, sus precios deben ser superiores a su coste medio total¹¹⁵, que son los costos por unidad de producción. En esta situación, la empresa se encuentra compitiendo libremente pese a que sus precios sean inferiores a los de sus competidores.

De lo mencionado se podría decir en principio, que para que un precio sea considerado como predatorio, este debe ser inferior al costo medio total. Sin embargo existen otras posturas de calificación a estos precios como la inferioridad al costo marginal, costes evitables y costo variable medio.

b) Posición dominante.

Para que la práctica de precios predatorios tenga éxito, la empresa debe contar con poder de mercado. La doctrina y gran parte de las legislaciones de defensa de la competencia han recurrido al concepto de posición dominante como un símil del poder de mercado.

La empresa que decida empezar una campaña de precios predatorios debe estar tener en posición de dominio, ya que solo en esta posición podrá afrontar las pérdidas iniciales que son muy altas.

Al respecto Alfredo Bullard ha dice que *“la predación suele ser considerada sancionable en el caso que se lleva a cabo por empresas que gozan de una posición de dominio en el mercado. Las razones de tal requerimiento son obvias. Una empresa que decide realizar prácticas predatorias en contra de otra, sufrirá pérdidas causadas precisamente por los costos de financiar la predación. En el caso de que la empresa no goce de posición de dominio, carecería e alguna ventaja que marcara la diferencia con una simple competencia por precios. Incluso si se demostrara que una empresa está vendiendo sus productos a pérdida, su actitud no puede ser sancionada pues puede tratarse de*

¹¹⁵ PACHECO Oscar “Precios Predatorios y Descuentos Promocionales Contenido y Alcances en el Régimen de Protección de la Libre Competencia”, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Universidad Austral de Chile Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Escuela de Derecho, Chile, Valdivia 2006, pág. 6 en <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2006/fjp116p/doc/fjp116p.pdf>.

estrategias válidas y aceptables para introducir o ganara una mayor penetración del bien que produce en el mercado”¹¹⁶

El goce de la posición dominante lleva implícito dos aspectos propios de esta condición que son:

- Capacidad financiera.- para soportar las pérdidas con facilidad y por una duración prolongada de tiempo. Esta capacidad financiera puede darse por disposición de recursos propios por parte de la empresa, fácil acceso al mercado de capital y en último caso por *“contar con subvenciones cruzadas por el hecho de operar en mercados conexos de tal modo que los beneficios obtenidos en uno de ellos permitan afrontar las pérdidas generadas por la campaña predadora”*.¹¹⁷
- Capacidad productiva.- es indispensable que la empresa predadora tenga la suficiente capacidad productiva para sustentar el incremento de la cantidad demandada en la parte inicial cuando sus precios bajen considerablemente en relación a sus competidores, logrado la expulsión de estos. Si no se cuenta con una alta capacidad productiva, por una parte el exceso de demanda no atendida hará que los precios suban beneficiando a los demás competidores quienes obtendrán mayor ganancia, y por otra el mercado sería susceptible del ingreso de nuevos competidores.

La importancia de poseer posición de dominio como *requisito sine qua non* para realizar la práctica de precios predatorios, ha sido acogida por la Senatel en su resolución al mencionar:

“Es muy difícil predecir los efectos en el mercado de la existencia de un operador dominante calificado por el regulador. Sin embargo con base en la teoría económica es evidente que mayor poder de mercado es equivalente a mayores márgenes es decir mayor rentabilidad. Al existir una ventaja en la rentabilidad de una operación, una estrategia de precios predatorios es más probable, pues permitiría a una empresa soportar pérdidas

¹¹⁶ BULLARD Alfredo, “¿Dejar de Competir o no Dejar de Competir? He ahí el Dilema. Las Prácticas Predatorias y el Abuso de Posición de Dominio”, Editorial Themis, Segunda Edición, pág. 75

¹¹⁷ ARNAU Susana, MERINO Anna, “Precios Predatorios: Análisis Legal y Económico”, 29 de junio de 2005, documento en http://www.gencat.cat/economia/doc/doc_66955304_1.pdf, pág. 7.

*momentáneamente hasta desplazar a sus competidores que tienen menor capacidad financiera*¹¹⁸.

c) Estructura del mercado

La organización y composición del mercado es una condición para el éxito de la práctica de fijación de precios predatorios. Si el mercado no cumple con ciertas características objetivas determinadas el agente predador estaría produciendo venta a pérdida sin la garantía de recuperar lo generado.

Las principales características estructurales consideradas por la doctrina y jurisprudencia son principalmente las barreras de entrada entre las que principalmente figuran las siguientes:

- Economía de escala.- entendida como *“la propiedad en donde el costo total promedio a largo plazo va en disminución conforme aumenta la cantidad producida”*¹¹⁹, es decir cuando una empresa que ha alcanzado el óptimo nivel por su poder produce más a menor coste incrementando sus beneficios y ganancias. De esta forma los competidores que deseen ingresar al mercado tendrán serios inconvenientes ya que deberán tener un alto nivel de producción.
- Alta elasticidad de la demanda.- definida como *“una medida de qué tanto la cantidad ofertada de un bien responde a un cambio en el precio de dicho bien. Se calcula como el cambio porcentual en la cantidad demandada dividido por el cambio porcentual en el precio”*¹²⁰. La estrategia de precios predatorios tendrá éxito en mercados de bienes o servicios inelásticos en los que no haya gran cantidad de bienes sustitutos.

¹¹⁸ RESOLUCIÓN-347-13-CONATEL-2010 con fecha 30 de julio del 2010, pág. 11.

¹¹⁹ MANKIW Gregory, “Principios de Economía”, Quinta Edición, Harvard University, Traducción a cargo de New World Spanish by Pros (San Antonio, Tx), pág. 281.

¹²⁰ MANKIW Gregory, “Principios de Economía”, Quinta Edición, Harvard University, Traducción a cargo de New World Spanish by Pros (San Antonio, Tx), pág. 90.

De esta forma se puede pensar que “los mercados donde no sea posible desarrollar una estrategia “hit and run”, (entendida como aquella consistente en entrar a un mercado, fijar unos precios menores a los de la empresa establecida, aprovechar que ésta retrasa en reaccionar - en ajustar precios- y una vez que esto suceda salir del mercado), son el marco idóneo para llevar a cabo una estrategia¹²¹ de precios predatorios.

4.2.2 Elemento subjetivo

- La intención de eliminar a un competidor

Adicional a los elementos señalados, existe el elemento intencional que es el motivo por el cual la empresa tiene el propósito de eliminar a uno o varios competidores, castigarlos para que abandonen su comportamiento competitivo, lanzar amenazas a los demás operadores sobre el poder de mercado, impedir la entrada de nuevos competidores mediante la reducción de precios que lleven a perjuicios económicos manteniendo e incrementar la posición dominante.

Lamentablemente en la práctica, probar este elemento es sumamente complicado ya que se debe demostrar que la fijación de precios por debajo de determinado coste es debido a la voluntad de excluir a los competidores y posibles competidores de manera consciente, sin que obedezca a motivos de obtención de eficiencia empresarial. La conducta debe reflejar una estrategia dirigida a excluir a un competidor o a un grupo de competidores del mercado o a desincentivarlos a entrar al mismo usando precios que los forzarán a pérdidas para poder competir, o llevarlos a suspender aptitudes, entendiéndose que sobrevivirán a una guerra de precios a pérdida.

Hay que indicar que debido a la dificultad de probar el elemento subjetivo, la jurisprudencia ha mencionado que éste deberá “venir determinado por aquellos datos objetivos que efectivamente revelen esta intencionalidad”.¹²²

¹²¹ ARNAU Susana, MERINO Anna, “Precios Predatorios: Análisis Legal y Económico”, 29 de junio de 2005, documento en http://www.gencat.cat/economia/doc/doc_66955304_1.pdf, pág. 10

¹²² ARNAU Susana, MERINO Anna, “Precios Predatorios: Análisis Legal y Económico”, 29 de junio de 2005, documento en http://www.gencat.cat/economia/doc/doc_66955304_1.pdf, pág. 14

El Tribunal de Justicia Europeo en el caso Hoffman - La Roche, al respecto se ha manifestado al mencionar que

“La política de precios del demandado estaba diseñada para ser predatoria por la magnitud de las rebajas de precio, por las pérdidas incurridas (dedujo por pérdidas en documentación) y por la ausencia de cualquier otra justificación de rebaja de precios. La corte no tuvo evidencia directa de la intención, pero la evidencia circunstancial fue suficiente para determinar el intento de la predación”¹²³.

La jurisprudencia estadounidense, ha sido más explícita y ha logrado desarrollar el concepto de “racionalidad económica” que indica que la práctica de los precios predatorios solo puede ser sancionada *en principio cuando se demuestre que no es racional o buena para la economía, esto es, que tenga efectos nocivos para los consumidores a largo plazo*¹²⁴.

Explicando de mejor manera este concepto, una empresa que venda sus productos por debajo de los costos debe tener una justificación económica racional como por ejemplo, productos pasados de moda, sobre producción, nueva generación de productos etc. La justificación de la racionalidad económica hará que esta conducta tenga la presunción de legitimidad caso contrario se presume que existe intención predatoria.

A posteriori, la intención se revela cuando la empresa en posición de dominio, impone precios por debajo de los costos excluyendo a competidores e impidiendo la entrada de potenciales competidores, logrando su objetivo de incrementar los precios a niveles monopólicos para recuperar las pérdidas sufridas inicialmente.

En ocasiones, suele confundirse a la práctica de precios predatorios con la de los descuentos promocionales que son *“toda oferta promocional consistente en una reducción de precios sobre prestaciones idénticas del mismo oferente frente a los consumidores”¹²⁵*, por esta razón he considerado hacer ciertas precisiones en lo referente a las promociones:

¹²³ ARCHILA Virginia, “Los Precios Predatorios: una forma de Abuso de la Posición Dominante, Tesis de grado para optar el título de abogada, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colombia, Bogotá 2001, pág. 253 en www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis13.pdf

¹²⁴ Bullard Alfredo ¿Dejar de competir o no dejar de competir?. He ahí el dilema. Las Prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio. En: Seminario aplicación de la política de competencia a nivel internacional y su desarrollo en el ámbito nacional (24 al 25 de marzo de 1998) Cartagena, pág. 34

¹²⁵ PALAU, Felipe; “Descuentos Promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la Competencia Desleal y la Normativa de Ordenación del Comercio”, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.; Madrid, 1998; pág. 27. En PACHECO Oscar “Precios Predatorios y Descuentos Promocionales Contenido y Alcances en el Régimen de Protección de la Libre Competencia”, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile,

- La reducción de precios no necesariamente es bajo el nivel de coste, el precio ofrecido por lo general es inferior al de mercado.
- No tienen que confluir determinados elementos como, estructuras de mercado y economías a escala.
- El tiempo de la promoción es muy limitado, bajo ciertas condiciones y sobre determinados productos, así por ejemplo tenemos los saldos, rebajas por temporada, descuentos a clientes fieles etc.
- No existe el elemento subjetivo de eliminar a la competencia para posteriormente obtener rentas monopolísticas.

4.3 Formas de Evaluación de los Precios Predatorios

Uno de los principales problemas que tiene esta práctica es su evaluación, el establecer una forma de prueba ha sido tarea complicada. Sin embargo hay varios esfuerzos por tratadistas y autoridades han realizado varios estudios llegando a definir “test” y reglas sobre los precios predatorios amparados en un principio de “precios bajo costo”.

4.3.1 Test Areeda Turner o Test de costos (1975).-

Postulado por Philip Areeda y Donald Turner, quienes fueron los primeros en desarrollar una regla para determinar en que punto el precio podría considerarse como predatorio. En un inicio el postulado esencial mencionaba que “*son precios predatorios los precios inferiores al costo marginal*”¹²⁶, en consecuencia la línea de separación entre un precio competitivo y un predatorio estaba marcado por el costo marginal, ya que se estimaba que de esta forma los competidores de la empresa dominante no podrían soportar durante mucho tiempo el nivel de pérdidas producidas por precios tan bajos. En relación a los precios

Universidad Austral de Chile Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Escuela de Derecho, Chile, Valdivia 2006, pág. 10 en <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2006/fjp116p/doc/fjp116p.pdf>.

¹²⁶ PACHECO Oscar “Precios Predatorios y Descuentos Promocionales Contenido y Alcances en el Régimen de Protección de la Libre Competencia”, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Universidad Austral de Chile Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Escuela de Derecho, Chile, Valdivia 2006, pág. 10 en <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2006/fjp116p/doc/fjp116p.pdf>.

bajo el costo medio total los tratadistas definieron como predatorios únicamente a los que se encuentran también bajo el costo marginal.

La principal crítica que recibió, en un inicio este postulado, es la dificultad práctica de determinación del coste marginal en una empresa ya que los datos que constan en sus registros y libros no son suficientes para calcular tal coste. Esto hace que los autores reformulen su regla utilizando el concepto de coste medio variable entendido como el costo variable total dividido entre la cantidad producida¹²⁷ en sustitución del costo marginal. El costo variable medio o costo variable promedio es mucho más fácil de determinar en la práctica otorgando un nivel alto de aplicabilidad a esta tesis. De esta forma Areeda y Turner proponen que los precios por debajo del costo variable medio tienen presunción de ilegalidad.

El Test Areeda Turner, por su importancia, ha sido adoptado por diversas cortes internacionales, entre las más importantes puedo citar *las Cortes Estatales* y la *“Federal Trade Comission” de los Estados Unidos de Norteamérica* estableciendo las siguientes presunciones:

- *Los precios por debajo del costo variable medio por un periodo significativo de tiempo deben ser presumidos como anticompetitivos o ilegales. Sin embargo se admite prueba en contrario.*
- *Los precios por encima del costo variable medio, y debajo del costo medio total se presumen legales.*
- *Los precios por encima del costo variable medio y debajo del costo variable total se presumen legales (presunción de hecho).*
- *Los precios por encima del costo medio total se presumen legales (presunción de Derecho)¹²⁸*

¹²⁷ MANKIW Gregory, “Principios de Economía”, Quinta Edición, Harvard University, Traducción a cargo de New World Spanish by Pros (San Antonio, Tx), pág. 276

¹²⁸ ARCHILA Virginia, “Los Precios Predatorios: una forma de Abuso de la Posición Dominante, Tesis de grado para optar el título de abogada, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colombia, Bogotá 2001, pág. 243 en www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis13.pdf

4.3.2 Tesis de Richard Posner (1974).-

En respuesta al planteamiento Areeda Turner que no consideraba el elemento intencional de la práctica, el autor define a los precios predatorios como aquellos *“inferiores al coste marginal a largo plazo, siempre que estos últimos vayan acompañados de la intención de eliminar un competidor”*¹²⁹. Dada la complejidad de calcular el coste marginal Posner reformula su tesis cambiando a este por el costo medio según balance entendido como el costo medio total que aparece en los registros contables de la empresa.

La principal crítica a esta postura radica en la dificultad para la determinación del coste medio según balance.

4.3.3 Reglas de control a la expansión de la producción (1977).-

Oliver Williamson, surge como crítica a Areeda y Turner, ya que dicha tesis no toma en cuenta el carácter subjetivo de la práctica manifestado en la posibilidad que tiene la empresa adecuar su conducta predatoria. Así pues, una empresa en posición de dominio, no puede violar la regla de costos variables medios si incrementa su nivel de producción en el momento que nuevos competidores ingresen al mercado acaparando la demanda.

Hasta que los nuevos competidores ingresen al mercado, la empresa restringirá la producción y elevando el precio maximizando sus ganancias, una vez *que “entren los competidores al mercado, la empresa aumentará su nivel de producción a un punto en el cual no quede demanda residual para una entrada al mercado de escala eficiente, bloqueando la entrada al mercado de otros competidores”*¹³⁰

¹²⁹ PACHECO Oscar “Precios Predatorios y Descuentos Promocionales Contenido y Alcances en el Régimen de Protección de la Libre Competencia”, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Universidad Austral de Chile Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Escuela de Derecho, Chile, Valdivia 2006, pág. 11 en <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2006/fjp116p/doc/fjp116p.pdf>.

¹³⁰ ARCHILA Virginia, “Los Precios Predatorios: una forma de Abuso de la Posición Dominante, Tesis de grado para optar el título de abogada, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colombia, Bogotá 2001, pág. 266 en www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis13.pdf

En este sentido, la regla propuesta por Williamson consiste en no permitir que una dominante aumente su producción en el corto plazo entre 12 y 18 meses. En el largo plazo la empresa puede aumentar su producción pero con la condición que el precio debe ser superior al costo total.

4.3.4 Regla de cuasi-permanencia de reducción de precios.-

Propuesta por William Baumol (1979), que al igual que Williamson critica al test de costes propuesto por Areeda y Turner. Baumol se enfoca al control de incremento de precios posterior a la expulsión de los nuevos competidores en el mercado.

“La regla consiste en permitir que una empresa baje sus precios al enfrentar la entrada de un competidor, pero no puede subirlos cuando un competidor sale del mercado. Posteriormente, en el tiempo, la empresa puede subir los precios pero solo para ajustarlos por inflación o por aumentos exógenos en sus costos¹³¹, el tiempo que sugiere Baumol en el que no se puede incrementar los precios es de 5 años, garantizando la posibilidad que una firma igual que eficiente que la predatora puede sobrevivir a la rebaja de precios. Esta regla busca que cualquier tipo de rebaja de precios realizada en respuesta a la entrada de nuevos competidores al mercado, continúe por un periodo de tiempo prolongado.

4.3.5 Reglas “Two-tier”¹³² (1979).-

Formulada por Paul Joskow y Alvin Klevorick. Su teoría se basa en la determinación de los precios predatorios en dos etapas:

- En la primera etapa (falso positivo), en síntesis, se examina por una parte las características estructurales del mercado relevante y por otra la posición de dominio del presunto predator. Los elementos de esta fase son:
 - Cuota de mercado del predator y elasticidad de la demanda del producto.
 - Condiciones de entrada al mercado.

¹³¹ AGOSTINI Claudio, SAAVEDRA Eduardo, “La Práctica de Paquetizaciones en Telecomunicaciones: ¿Eficiente o Anticompetitiva?”, en [http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_Agostini_y_Saavedra_C_135_07_\(CTC\).pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_Agostini_y_Saavedra_C_135_07_(CTC).pdf), pág. 18.

¹³² Traducido al español como doble nivel

- La dinámica del mercado, en cuanto al crecimiento o decaimiento, innovación y desarrollo tecnológico en manos del operador dominante.

En esta etapa, se determina si existe la “*expectativa razonable*”¹³³, de que la conducta se lleve a cabo. Si el mercado no es susceptible de ser predado, la disminución de precios no será sujeto de test de costes o susceptible de sanción. Caso contrario se pasa a la segunda etapa.

- En la segunda etapa (falso negativo), se realiza el estudio en concreto de la empresa en materia de precios bajo la consideración de las siguientes premisas:¹³⁴
 - Las reducciones de precios bajo el costo medio variable medio serán predatorias.
 - Los precios inferiores al costo medio total establecen una presunción de predación de derecho.
 - El descenso en los precios se tendrá en consideración si los incrementos posteriores no se justifican.

Esta regla tiene gran ventaja práctica, ya que permite excluir los casos por esta conducta sin la necesidad de analizar a la empresa, solo se haría dicho análisis una vez superado la primera etapa.

4.3.6 Test ingreso vs costo evitable (1996).-

Planteado por William Baumol, y desarrollada por la Comisión Europea, señala que “*el test correcto para determinar precios predatorios es la comparación de ingresos con costos*”

¹³³ PACHECO Oscar “Precios Predatorios y Descuentos Promocionales Contenido y Alcances en el Régimen de Protección de la Libre Competencia”, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Universidad Austral de Chile Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Escuela de Derecho, Chile, Valdivia 2006, pág. 11 en <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2006/fjp116p/doc/fjp116p.pdf>.

¹³⁴ PACHECO Oscar “Precios Predatorios y Descuentos Promocionales Contenido y Alcances en el Régimen de Protección de la Libre Competencia”, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Universidad Austral de Chile Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Escuela de Derecho, Chile, Valdivia 2006, pág. 11 en <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2006/fjp116p/doc/fjp116p.pdf>.

evitables”,¹³⁵ debido a que esta promueve la competencia entre empresas igualmente eficientes. “Los costos evitables incluyen el conjunto de costes, fijos y variables, en los que la empresa ha incurrido durante el periodo de la práctica predatoria y que podían haberse evitado de no haberse realizado la producción adicional realizada como consecuencia de la entrada de un rival en el mercado”¹³⁶.

La Comisión Europea ha propuesto utilizar este concepto tal como lo indica en el párrafo 109 del Papel de Discusión sobre la aplicación del artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea que al tenor dice:

“si el precio aplicado por una empresa dominante está por debajo de los costes medios evitables, esto significa que ha incurrido en una pérdida que podría haber evitado. Esto es suficiente para presumir que la empresa dominante hizo este sacrificio para expulsar al competidor objetivo”

La Comisión Europea plantea en este punto una presunción de hecho, en la que está por entendido la intención del agente predador.

En conclusión, no existen criterios unificados sobre la forma de evaluación y control de los precios predatorios. La doctrina plantea formas muy variadas desde unas de forma muy permisiva y otras muy regulatorias y sancionatorias, otras mediante la evaluación de costos marginales, medios, evitables, fijos y variables. Pese a ello existen elementos en común que han sido tomados en cuenta en este trabajo.

4.4 Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad MIPRO-COMP-Resolución-001-2010.

¹³⁵ AGOSTINI Claudio, SAAVEDRA Eduardo, “La Práctica de Paquetizaciones en Telecomunicaciones: ¿Eficiente o Anticompetitiva?”, en [http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_Agostini_y_Saavedra_C_135_07_\(CTC\).pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_Agostini_y_Saavedra_C_135_07_(CTC).pdf), pág. 19

¹³⁶ JIMENEZ LA TORRE, Fernando, “ Exclusión a través de precios: la depredación, en TRIBUNAL GALEGO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, “Economía y Defensa de la Competencia, pág. 115

No es objeto de análisis de este trabajo, pero para explicar de mejor forma el análisis de los Precios Predatorios, se realizará un breve análisis sobre los aspectos de mayor importancia de la primera resolución sobre Precios Predatorios en el Ecuador.

RESOLUCIÓN DE 29 DE JUNIO DE 2010.

Proceso de Investigación No. I-C-13635-2009-DM

En virtud del artículo 1 del Decreto Ejecutivo 1614 publicado en el Registro Oficial No. 558 de 27 de marzo de 2009.¹³⁷

DENUNCIANTE: AEROLÍNEAS GALÁPAGOS S.A. AEROGAL.

La Compañía AEROLÍNEAS GALÁPAGOS AEROGAL, es una compañía de transporte aéreo que opera dentro y fuera del Ecuador, representada legalmente por su Presidenta Ejecutiva María Gabriela Sommerfeld Rosero.

DENUNCIADO: AEROLANE LINEAS AEREAS NACIONALES DEL ECUADOR S.A. (LAN ECUADOR)

La Compañía AEROLANE LINEAS AÉREAS NACIONALES DEL ECUADOR S.A., es una compañía de transporte aéreo que opera dentro y fuera del Ecuador representada por Carlos Xavier Rivera García como Presidente Ejecutivo y Maximiliano Manuel Naranjo Iturralde Gerente General.

OBJETO DE LA DENUNCIA:

La denuncia tuvo por objeto conforme la resolución la *“fijación de precios predatorios, competencia desleal e intención de expulsar del mercado o de perjudicar seriamente a uno o varios competidores, en el servicio de transporte aéreo comercial nacional de pasajeros en las rutas*

¹³⁷ Artículo 1.- Autoridad de aplicación e Investigación.- Designese como autoridad de aplicación de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina, al Ministro de Industrias y Productividad y como autoridad investigadora a la Subsecretaría de de Competencia, que se crea dentro de Dicho Ministerio.

GUAYAQUIL-QUITO y viceversa por parte de AEROLANE LÍNEAS AÉREAS NACIONALES DEL ECUADOR S.A. (LAN ECUADOR), al vender sus servicios de transporte aéreo a tarifas de US \$ 29 de una vía, en la ruta GUAYAQUIL QUITO y viceversa, incluido impuestos constituyendo una conducta restrictiva a la libre competencia contenida en la Decisión 608 de la COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES, pues la tarifa de 29 dólares es 40% menor a la presentada en el estudio económico ante el Consejo Nacional de Aviación Civil del Ecuador, para la obtención de su concesión de operación, y por lo tanto ni siquiera alcanzaría a cubrir sus costos, evidentemente con el propósito de ganar mercado mediante prácticas prohibidas por el ordenamiento jurídico como es la fijación predatoria de precios y posteriormente, una vez que haya eliminado a sus competidores incrementarlas indiscriminadamente”¹³⁸

Como se desprende del objeto de la denuncia, y conforme la solicitud de aclaración de la misma solicitada por la Subsecretaría de la Competencia en calidad de Autoridad Investigadora, los actos provocados por LAN ECUADOR son tres: Precios Predatorios, Dificultar la permanencia de competidores actuales o potenciales y competencia desleal.

PRETENSIÓN DE LA DENUNCIANTE.

La denunciante mediante su libelo, solicitó lo siguiente:¹³⁹

1. Se investigue a LAN ECUADOR, por prácticas anticompetitivas en Ecuador, en las rutas Quito-Guayaquil-Quito, y en las rutas Guayaquil-Cuenca-Guayaquil; en especial las conductas de precios predatorios y la intención de expulsar del mercado o de perjudicar seriamente a uno o varios competidores.
2. Se investigue a LAN ECUADOR, por prácticas de competencia desleal.
3. Se sancione a LAN ECUADOR, por el cometimiento de prácticas anticompetitivas descritas en la denuncia, en especial: precios predatorios e intención de expulsar del mercado o de perjudicar seriamente a uno o varios competidores.

¹³⁸ Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad, “MIPRO-COMP-Resolución-001-2010” de 29 de junio de 2010, pág. 1.

¹³⁹ Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad, “MIPRO-COMP-Resolución-001-2010” de 29 de junio de 2010, pág. 3.

4. Se resuelva que LAN ECUADOR cese de efectuar prácticas de precios predatorios en el mercado de vuelos en el Ecuador que perjudiquen a uno o varios operadores.
5. Se imponga una multa pecuniaria a LAN ECUADOR equivalente a las pérdidas ocasionadas y al lucro cesante de AEROGAL y a las demás aerolíneas ecuatorianas que efectúen las mismas rutas.

La Secretaría de Competencia sobre la solicitud de investigación y sanción de competencia desleal y sobre la intención de expulsar del mercado o de perjudicar seriamente a uno o varios competidores, desestima tales puntos, ya que conforme al Decreto Ejecutivo 1614 y la Decisión 608 de la CAN, esta no es competente par investigar actos de conducta desleal.

El procedimiento con el que se lleva a cabo toda la etapa investigativa que la realiza la Secretaría de Competencia y la etapa resolutive por el Ministerio de Industrias y Productividad, se lo realiza en virtud del Decreto Ejecutivo 1614 publicado en el Registro Oficial No. 558 de 27 de marzo de 2009 sobre las normas para la aplicación de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones.

PRUEBAS

Es importante indicar las principales pruebas requeridas por el denunciante, denunciado y de oficio por la Subsecretaría de Competencia, que sirvieron a la autoridad administrativa para emitir su resolución sobre el caso.

Principales pruebas solicitadas por parte de la compañía AEROLÍNEAS GALÁPAGOS S.A. AEROGAL.

A la Subsecretaría de la Competencia

- Elaboración de un peritaje en materia contable-financiera, a fin de que se informe sobre los siguientes puntos:

- Estructura de los Costos operativos de LAN ECUADOR en las rutas Quito-Guayaquil y viceversa., con aeronaves AIRBUS 318.
- Si la denunciada se encontraba ofreciendo tarifas por debajo de los costos operativos.

A la Dirección Provincial de Aviación Civil de Pichincha.

- Peritaje aeronáutico para analizar el Sistema Hosting y Distribución GDS, a fin de establecer las tarifas de transporte aéreo en las rutas Quito-Guayaquil y viceversa.

A la Dirección General de Aviación Civil.

- Análisis de la situación actual del mercado interno de vuelos privados en el Ecuador y porcentajes de participación de cada aerolínea autorizada en el mercado.
- Información sobre el incremento de la demanda de vuelos internos en la ruta Guayaquil-Quito y viceversa.
- Detalle de tarifas que LAN ECUADOR, ha registrado ante la Dirección General de Aviación Civil para la ruta Guayaquil-Quito y viceversa.
- Registro de las tarifas de las compañías TAME, AEROGAL, VIP, AVIANCA, TACA PERÚ y LACSA del año 2008 a diciembre 2009. Y además, se sirva informar si han establecido tarifas promocionales de introducción o no, las compañías antes mencionadas.

Principales pruebas solicitadas por parte de la compañía AEROLANE LINEAS AEREAS NACIONALES DEL ECUADOR S.A.

A la compañía AEROLÍNEAS GALÁPAGOS S.A. AEROGAL.

- Fijación para alguna ruta de origen o destino de Ecuador alguna tarifa o precio promocional en alguna ocasión; y, que de ser afirmativa su respuesta,

informe cuáles fueron las tarifas o precios promocionales desde el año 2007 en adelante.

- Precios por ruta antes y después de la entrada de LAN ECUADOR al país.
- Determinación de si todos los asientos de cada uno de los vuelos que realiza vende a la misma tarifa o precio.
- Pasajeros por ruta antes y después de la entrada de LAN ECUADOR.
- Participación de mercado por ruta antes y después de la entrada de LAN ECUADOR.
- Aviones y capacidad de estos, que tiene autorizados para operar cada una de las concesiones o derechos de tráfico.
- Tarifa media a la que vendía los boletos de la ruta Guayaquil-Quito antes de la entrada de LAN ECUADOR, y cuánto equivalió esto por pasajero.
- Estado de Resultados y Balances Generales de la compañía.

A la otras compañías que operan en el mercado.(TAME LÍNEA AÉREA DEL ECUADOR)

- Informe de determinación de la reducción en la participación en relación a la industria en las rutas Quito-Guayaquil y viceversa.
- Estructura de costos operativos en las rutas Quito-Guayaquil y viceversa.
- Indicar si se ofreció en venta, una tarifa de USD 28.49 en las rutas Quito-Guayaquil en mayo de 2009

Principales pruebas solicitadas por parte de la Subsecretaría de la Competencia.

A la Dirección General de Aviación Civil

- Precios de ticket en las rutas existentes.
- Número y descripción de los agentes económicos en el mercado aeronáutico en el Ecuador.
- Principales rutas y rutas compartidas.
- Informe de participación del mercado de las líneas aéreas ICARO, SAEREO, TAME, AEROGAL y LAN ECUADOR por ventas.

- Informe de costos de operación por tipo y ruta de avión de los años 2005 a 2009

A la Superintendencia de Compañías

- Balances Generales y de resultados de las compañías operadoras de los períodos 2006, 2007 y 2008.

A AEROGAL S.A. TAME Línea Aérea del Ecuador.

- Informe sobre el grado de participación en el mercado por ventas.
- Informe sobre el grado de participación por número de pasajeros y frecuencias.
- Informe sobre el tamaño del mercado actual y perspectivas.
- Informe sobre el número de pasajeros promedio mensual para la ruta Guayaquil-Quito y viceversa.

A la compañía AEROLANE

- Número de boletos aéreos vendidos y sus respectivas tarifas que ha utilizado en la ruta Quito Guayaquil y viceversa, operada con la aeronave AIRBUS318, durante el 6 de abril de 2009 al 31 de marzo de 2010.
- Estado de resultados en la ruta Quito Guayaquil y viceversa operada con la aeronave AIRBUS318 a partir del 01 de enero de 2010 hasta el 6 de abril de 2010.
- Clasificación de los costos fijos y variables utilizados en la ruta Quito Guayaquil y viceversa, operada con la aeronave AIRBUS318 a partir del 01 de enero de 2010 hasta el 6 de abril de 2010.

PETICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Sobre la petición de medidas cautelares por parte de la denunciante (punto 4 de la pretensión), la Subsecretaría de Competencia desestimó la solicitud, *“por cuanto en la*

denuncia se señaló “tarifas menores al costo” similar al petitorio concreto, siendo imposible para la Autoridad investigadora conocer en el momento de las presentación de la demanda cual es el costo real de la operación del transporte aéreo público de la Compañía LAN ECUADOR, y en aplicación del principio pro competencia, consideró más beneficioso el garantizar el que el operador que ingresó al mercado, continuara con el desarrollo de sus operaciones hasta que por medio de un proceso de investigación, se demuestre la inminencia e irreparabilidad del daño.”¹⁴⁰

SOBRE LOS INFORMES DE LA SUBSECRETARÍA DE COMPETENCIA:

No es objeto de este trabajo el análisis de cada uno de los informes realizados por la Subsecretaría de la Competencia, solamente se mencionará los aspectos principales tomados en cuenta.

Informe Legal:

La Subsecretaría de Competencia empieza analizando el fondo de la conducta en investigación, citando definiciones de varios tratadistas para establecer diferencias con los descuentos promocionales. Posteriormente analiza los dos elementos de los precios predatorios (objetivo y subjetivo), aquí es importante destacar el análisis realizado por la Subsecretaría respecto al elemento intencional de la práctica en virtud del tiempo de aplicación.

“Hay que probar que los descuentos se deben a una actuación de la empresa dominante orientada a tal fin. La finalidad de una venta promocional es arrebatar clientes a los competidores. Esto no es más consecuencia lógica de la competencia empresarial, por lo que de ningún modo se puede asimilar estas prácticas a los precios predatorios.

El carácter temporal de las ventas con descuento, limita de forma considerable los efectos que puedan tener sobre la competencia mientras que, los precios predatorios deben mantenerse durante un periodo prolongado de tiempo para que puedan dar lugar a la eliminación efectiva.”¹⁴¹

¹⁴⁰ Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad, “MIPRO-COMP-Resolución-001-2010” de 29 de junio de 2010, pág. 18.

¹⁴¹ Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad, “MIPRO-COMP-Resolución-001-2010” de 29 de junio de 2010, pág. 24.

Informe económico.

El análisis económico se lo realiza en función de la prueba solicitada por las partes y requerida de oficio por la Subsecretaría de la Competencia.

El estudio lo divide en varias partes.

- Transporte por aerolínea.- se analizó, el grado de participación por número de pasajeros de la ruta Quito-Guayaquil y viceversa antes de la entrada de LAN ECUADOR al mercado y después de su ingreso, conforme a la información proporcionada por la Dirección General de Aviación Civil
- Participación de las empresas por frecuencias autorizadas.- se analizó la participación en el mercado según el número de frecuencias asignadas a las operadoras entre abril y julio de 2009 en la ruta Quito-Guayaquil y viceversa, según los datos de la Dirección General de Aviación Civil.
- Tarifas registradas para la ruta Quito-Guayaquil y Viceversa en el período de 6 de abril de 2009 a mayo 2009.- En este examinó las tarifas de LAN ECUADOR, AEROGAL y TAME registradas en la Dirección de Aviación Civil en el período de abril a mayo de 2009 en la ruta Quito-Guayaquil y viceversa.

En base a la información proporcionada por LAN ECUADOR, se analizó las restricciones a la que está sometida la tarifa promocional que la compañía ofrecía dentro de la ruta Quito-Guayaquil y viceversa.

Finalmente en este punto se analizó el índice de dominancia (ID)¹⁴², el Índice Hefindahl-Hirschman (IHH)¹⁴³ entre el año 2005 a julio de 2009 y los niveles de Concentración y Dominancia en el Mercado entre abril de 2009 y julio de 2009 conforme la información proporcionada por la Dirección de Aviación Civil.

¹⁴² Cociente entre la sumatoria entre las participaciones de mercado de las empresas elevada a la cuarta potencia y al cuadrado del IHH.

¹⁴³ Medida del poder de mercado que suele utilizarse en el análisis de la estructura del mercado. Se calcula sumando los cuadrados de las cuotas porcentuales de mercado. La competencia perfecta tendría un IHH de casi cero, mientras que el monopolio absoluto tiene un IHH de 10.000.

- Tarifas de AEROLANE en el periodo del 6 de abril al 31 de mayo de 2009.- La Subsecretaría procedió a analizar la información entregada por la empresa AEROLANE sobre sus tarifas en la ruta Quito-Guayaquil y viceversa, en entre el 6 de abril y el 31 de mayo de 2009 con la tarifa normal y la tarifa promocional. El análisis sobre este tema se basó en los siguientes puntos:
 - Número de pasajeros con tarifa normal y promocional.
 - Ingresos a la compañía por tarifa normal y tarifa promocional.
 - Análisis de costos realizado por la Subsecretaría de Competencia: costos fijos, costos variables y determinación del costo marginal unitario

Finalmente el informe económico recomendó rechazar la denuncia presentada por AEROLÍNEAS GALÁPAGOS S.A. AEROGAL en contra de de AEROLANE principalmente por las siguientes razones:

- *“Del análisis de participación del mercado por frecuencias asignadas en el período comprendido de abril a julio de 2009, se establece que la empresa AEROGAL tiene el 28% del número de frecuencias, TAME 23%, ICARO y AEROLANE 19% cada una y VIP 11% con lo cual para este caso la denunciada no cuenta con posición de dominio”.*¹⁴⁴
- *“El Índice de Dominancia para el año 2005 fue de 5.967, para julio de 2009 este índice disminuye a 2.950. Lo que significa una mejor distribución del mercado entre los operadores lo que va en beneficio de los consumidores. AEROLANE no posee posición dominante a julio del año 2009, su Índice de Dominancia (355) es inferior a los AEROGAL (1.587) y TAME (866)”.*¹⁴⁵
- *“Durante el período abril-julio de 2009, la empresa AEROGAL sigue liderando el mercado con un nivel de participación por número de pasajeros transportados el 32.3%, TAME 27.8%, AEROLANE 22.2% e ICARO 17.7%”.*¹⁴⁶
- En función del peritaje de costos, donde se determinó los costos variables incurridos por AEROLANE, dentro de la ruta Quito-Guayaquil y viceversa entre

¹⁴⁴ Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad, “MIPRO-COMP-Resolución-001-2010” de 29 de junio de 2010, pág. 37.

¹⁴⁵ Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad, “MIPRO-COMP-Resolución-001-2010” de 29 de junio de 2010, pág. 38.

¹⁴⁶ Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad, “MIPRO-COMP-Resolución-001-2010” de 29 de junio de 2010, pág. 39.

abril y junio de 2009 estaban plenamente cubiertos por la tarifa promociona y un cierto porcentaje cubría los costos fijos.

- *“Para el análisis del precio predatorio se tomó en cuenta el costo marginal generado por la empresa, el cual se calcula a partir del costo variable unitario que para este caso fue de USD 3.25. Al haberse cumplido con el total de las frecuencias programadas por la empresa AEROLANE, los costos variables de vuelo pasaron a ser considerados como costos fijos dentro de este período”.*¹⁴⁷
- Los ingresos de AEROLANE, fueron de USD 1'804.330,00 de los cuales el 71.2% corresponden a la venta de tarifa normal y el 28.8% a la tarifa introductoria promocional.
- *“Finalmente a lo largo de este estudio se demostró que la empresa AEROLANE no incurrió en precios predatorios durante el período abril de 2009 a mayo 2009, debido a que no se materializan los requisitos mínimos que se requieren para que se de precios predatorios”.*¹⁴⁸

RESOLUCIÓN

Finalmente, la Ministra de Industrias y Productividad, Economista Verónica Sión resuelve rechazar la denuncia interpuesta por AEROLÍNEAS GALÁPAGOS S.A. AEROGAL, en contra de AEROLANE LÍNEAS AÉREAS NACIONALES DEL ECUADOR S.A.

De la breve descripción y análisis del caso, la Subsecretaría de Competencia, en calidad de Autoridad Investigadora, para la determinación de la existencia de precios predatorios, realizó sus informes en base a la prueba presentada y requerida por las partes, así como la solicitada de oficio por la entidad administrativa.

El análisis de la Autoridad Investigadora está en el siguiente orden:

1. Informe Jurídico
 - a. Definición de Precios Predatorios.
 - b. Análisis de los elementos de los Precios Predatorios (objetivo y subjetivo).

¹⁴⁷ Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad, “MIPRO-COMP-Resolución-001-2010” de 29 de junio de 2010, pág. 40.

¹⁴⁸ Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad, “MIPRO-COMP-Resolución-001-2010” de 29 de junio de 2010, pág. 36.

c. Diferenciación entre los Precios Predatorios y las Ventas Promocionales.

2. Informe Económico

- a. Análisis del mercado relevante antes de la entrada de LAN ECUADOR.
- b. Análisis del mercado relevante con posterioridad a la entrada de LAN ECUADOR.
- c. Cuota de mercado del supuesto agente predador y los competidores en el mercado relevante.
- d. Tarifas de venta del producto de todos los competidores en el mercado relevante.
- e. Índice de Dominancia en el mercado relevante e Índice Hefindahl-Hirschman.
- f. Peritaje de Costos a la compañía AEROLANE ECUADOR: determinación de costo marginal, costos fijos y variables.
- g. Análisis de tarifas aplicadas por AEROLANE ECUADOR: precios inferiores al costo, determinación si preciso bajo costo son predatorias.
- h. Análisis de los Ingresos de la compañía en relación a los costos del producto y repercusiones a futuro.

Hay que indicar, que en este caso el mercado relevante está perfectamente definido, y es el valor del ticket aéreo en la ruta Quito-Guayaquil y viceversa, entre el 6 de abril y el 31 de mayo de 2009, razón por la que la Subsecretaría de Competencia no hace un mayor análisis.

Como se evidencia, la determinación de la existencia de precios predatorios en un mercado relevante, es posible mediante un análisis que comprenda una parte jurídica y otra económica. El análisis jurídico aportará con definiciones, características, elementos y diferencias de los precios predatorios con otras prácticas, mientras que en el estudio económico deberá realizarse sobre cifras, datos técnicos, cálculos, informes de costos, índices, cuadros comparativos y de evolución, que determinen la realización efectiva de la práctica predatoria por parte del agente de mercado.

CAPÍTULO V

5. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA SOBRE DE PRECIOS PREDATORIOS

5.1 Legislación sobre Precios Predatorios

Pese a las diversas críticas sobre la existencia y viabilidad en la práctica de los precios predatorios, un gran número de legislaciones la reconocen como posible y contraria a la libre competencia. La justificación económica de las legislaciones en considerar a los precios predatorios una práctica contra la competencia, radica en la afectación de forma unilateral por una empresa en posición de dominio de los precios de un determinado producto o servicio en el mercado, disminuyéndolos bajo el nivel competitivo con el fin de eliminar a los competidores y maximizar las ganancias a largo plazo mediante la venta a un precio monopolístico.

Las normativas de los diferentes países que regulan esta práctica las podemos agrupar de la siguiente forma.

1. Las que consagran a los precios predatorios como un acto de competencia desleal o restrictivo de la competencia de manera general.
2. Las que presumen a los precios predatorios como caso de abuso de posición de dominio.
3. Las que consideran a los precios predatorios como un caso de abuso de una posición de dominio

Dentro del primer grupo se encuentra la legislación argentina, que en el artículo 2 letra “m” de la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia menciona a la *“enajenación de bienes o prestación de 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”*¹⁴⁹ como práctica restrictiva de la competencia.

En el segundo grupo, cuyas legislaciones presumen la existencia de precios predatorios como un caso de abuso de la posición dominante, se encuentra el Artículo 102 del Tratado de la Unión Europea (antiguo artículo 82 CE) en el cual no establece una lista taxativa de las prácticas abusivas de una posición dominante, dejando abierta la posibilidad de considerar a los precios predatorios como una de éstas prácticas. Otro caso similar es la letra “h” del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034 que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas de la República del Perú en el que abre la posibilidad a *“aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica”* para ser consideradas como conductas de posición de dominio. Similar caso es el número 6 del artículo 13 de la Ley Para Promover el Ejercicio de la Libre Competencia de la República de Venezuela al referirse a *“otras de efecto equivalente”* como conductas de abuso de la posición de domino.

En el tercer grupo, que consideran específicamente como caso de abuso de la posición de dominio a los precios predatorios, encontramos el Texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Legislativo No. 211 de la República de Chile, que en su artículo 3 letra “c” menciona a *“las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”*. En el mismo sentido, y como legislación vigente en el Ecuador, está la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones sobre normas para la protección y promoción de la libre competencia que en su artículo 8 letra “a” menciona:

“Artículo 8.- *Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:*

- *La fijación de precios predatorios” (...)*

La “Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado” en su artículo 9 número 4 señala que constituye abuso de poder de mercado la *“Fijación de precios predatorios*

¹⁴⁹ Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, Promulgada el 16 de septiembre de 1999, República de la Argentina.

o *explotativos*”. Considero que el legislador comete un error al tratar como sinónimos a estos dos términos, ya que está confundiendo a los precios predatorios con prácticas explotativas cuando son conceptos muy diferentes tal como se describió en el punto 3.4.2 de este trabajo.

5.2 Jurisprudencia sobre Precios Predatorios

El desarrollo jurisprudencial en materia de Precios Predatorios inició en los Estados Unidos de Norteamérica una vez que en el año 1975 los profesores de Harvard, Areeda y Turner, postularon su tesis sobre este tema. A partir de este trabajo se dieron casos como el de *Utah Pie vs. Continental Bakery*, el cual fue censurado por su fracaso en intentar proteger a los competidores y no a la competencia.

Posteriormente, en el año 1986, se dio el caso más emblemático de precios predatorios en la jurisprudencia norteamericana “*Matsushita Electric Industrial Co. Vs. Zenith Radio Corp*” en el que la compañía japonesa fue acusada de eliminar del mercado a la empresa norteamericana del mercado de televisores. La Corte Suprema, desechó la demanda debido a la posibilidad esta conducta en se presente en la práctica.

A partir de este último caso, se dieron numerosos fallos en materia de precios predatorios hasta llegar a un criterio unificado por parte de las cortes y tribunales de Norteamérica siendo indispensable para la concurrencia de esta práctica dos requisitos: la existencia de precios inferiores a un determinado nivel de coste y la eventualidad razonable de la recuperación de las pérdidas sufridas durante la etapa de predación por precios bajo coste; con respecto a la intencionalidad, la prueba de este elemento se lo analiza en base a factores objetivos como barreras de entrada, cuotas de mercado, posición de dominio, entre otras. Sin embargo se parte que los precios predatorios no son un fenómeno frecuente.¹⁵⁰

En Europa, en un inicio, no existían criterios unificados por la doctrina si los precios predatorios eran una forma de abuso de la posición dominante en virtud del artículo 82 del

¹⁵⁰ PACHECO Oscar “Precios Predatorios y Descuentos Promocionales Contenido y Alcances en el Régimen de Protección de la Libre Competencia”, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Universidad Austral de Chile Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Escuela de Derecho, Chile, Valdivia 2006, pág. 12 en <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2006/fjp116p/doc/fjp116p.pdf>.

Tratado Constitutivo de la Unión Europea, hasta que en el año 1991 a partir del caso “Engeneering and Chemical Supplies (ECS) vs. AKZO Chemie UK se interpretó ampliamente el mencionado artículo, considerando a los precios predatorios como un supuesto abuso de posición de dominio.

En América Latina, hay varios casos sobre los precios predatorios resueltos en entidades administrativas o judiciales de diferentes países. Así por ejemplo en Venezuela el caso Transporte Maquigas SRL vs. TRACCA TRASNSYCA resuelto por Procompetencia. En Argentina el caso de Cámara Argentina de Papelerías, Librerías y Afines vs. Supermercados Mayoristas Makro S.A., en el cual la Secretaría de Defensa de la competencia utilizó el test “two –tier” para determinar la existencia de Precios Predatorios. En Chile, Sociedad Will S.A., vs. Claro Chile S.A.

5.3 Caso negando la existencia de Precios Predatorios

A continuación se analizará un fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de la República de Chile en el cual se niega la existencia de los precios predatorios. En importante señalar que en América Latina no hay datos de un fallo en un organismo administrativo o judicial en el cual se haya sancionado a una empresa por realizar este tipo de práctica.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA DE LA REPÚBLICA DE CHILE

SENTENCIA No. 110/2011

DATOS

DEMANDANTE: SOCIEDAD WILL S.A.

Sociedad Will S.A. es titular de una concesión de servicio público telefónico local y tiene como giro principal de negocio la prestación de servicios de telefonía pública con un parque de 50.084 líneas

DEMANDADO: CLARO CHILE S.A.

Claro Chile S.A., es titular de una concesión de servicio telefónico local con un parque de 2.927.039 líneas

OBJETO DE LA DEMANDA: La demanda tiene por objeto sancionar a CLARO CHILE S.A., por realizar prácticas de abuso de posición dominante en especial las de precios predatorios conforme al artículo 3 del Decreto Ley No. 211. ¹⁵¹

DEMANDA:

Sociedad Will S.A., interpone la demanda en contra de Claro Chila S.A. por realizar conductas que distorsionan y entorpecen la libre competencia, tales como abuso de posición dominante, prácticas predatorias, competencia desleal y otros atentados contra la competencia señalados en el artículo 3 del Decreto Ley 211. El motivo principal son las *“rebajas significativas en los montos de sus planes “Hogar” discriminando precios entre llamadas on-net y off-net, lo que a su juicio distorsionaría el mercado de las telecomunicaciones, incrementando la posición de dominio de Claro en el mercado relevante”*¹⁵²

El mercado relevante según la demandante es el de la telefonía pública y en ese mercado las operadoras de telefonía fija y móvil son competidores en el ofrecimiento de acceso y uso.

Las prácticas anticompetitivas realizadas por la demandada tienen impacto en los mercados de banda ancha móvil, televisión digital y servicios SMS.

Sobre los Precios Predatorios, Will S.A. acusa a Claro Chile S.A. de fijar precios predatorios en sus planes “Hogar”, afirmando que se fija un precio para las llamadas entre teléfonos de una misma empresa *on-net* inferior a sus costos y al precio que cobra la actora por entregar el mismo servicio quien adicionalmente afirma que las llamadas este tipo tienen

¹⁵¹ **Artículo 3º.-** El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.

b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

¹⁵² Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, Sentencia 110/2011, Santiago de Chile 28 de Enero del 2011, pág. 1.

un costo mayor a las de interconexión u *off-net* puesto que se usa mayor cantidad de infraestructura, espectro radioeléctrico y costos administrativos.

La actora indica que para la terminación de llamadas las empresas prestan mutuamente el acceso a su red mediante el servicio de interconexión, la demandada cobra por este concepto los denominados “cargos de acceso” regulados cada cinco años y que representa el costo de la inter-comunicación y por ende cualquier precio de venta bajo este valor será predatorio si no es ofrecido en condiciones no discriminatorias al resto del mercado. Así también la demandante, *“señala que la actitud predatoria de la demandada puede ser abordada entendiéndolo que los precios de cargo de acceso fijados son máximos y se sustentan en los costos de proveer servicio, entonces el valor de cargo de acceso se debe ajustar a la baja hasta equiparar al valor de la llamada on-net menos el valor del tramo local, lo que generaría adecuadas condiciones para la competencia entre redes”*¹⁵³, lo que busca Claro S.A. con ésta conducta, según Will S.A., es incrementar su posición de dominio en el mercado constituyendo una barrera artificial de entrada al mercado de telefonía móvil.

Finalmente la demandante solicita dentro de lo relacionado a los precios predatorios, que se ordene a Claro S.A., a mantener vigentes las tarifas ofertadas para todas las llamadas sin importar el su destino; restituir la diferencia de precio percibida entre la tarifa de cargo de acceso cobrada y la menor tarifa a pública ofrecida para el mismo servicio de terminación de llamadas y que se aplique el máximo de la multa para éste caso.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Claro Chile S.A., contesta la demanda manifestando que lo realizado es el cobro con cargos de acceso a quienes se interconectan a su red, dichos valores fueron fijados mediante acto administrativo con presunción de legalidad. Sobre su plan “Hogar” y demás descuentos manifiesta que la empresa ha creado comunidades de usuarios a quienes dirige planes con tarifas atractivas con el fin de competir con los planes promocionales de las otras operadoras del mercado, Movistar y Entel.

Sobre la Posición de Dominio, la demandada indica que no tiene esta condición, ya que su participación en el mercado de la telefonía pública es de 17.5% lo que no representa un porcentaje suficiente para imponer sus condiciones.

¹⁵³ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, Sentencia 110/2011, Santiago de Chile 28 de Enero del 2011, pág. 3.

Al respecto de la acusación por parte de Will S.A. sobre actos de competencia desleal bajo la modalidad de precios predatorios, Claro, refuta la acusación al indicar que los planes tarifarios impugnados existen en el mercado hace casi una década y que eran ofrecidos por su antecesora legal, Smartcom desde el año 2001 razón por la que conjuntamente se alega la prescripción de la acción de la demanda. Por último, la demandada argumenta que en su conducta no concurren los elementos de los precios predatorios que son:

- Utilización de medios ilegítimos para desviar clientela de un agente de mercado.
- Elemento subjetivo de la conducta; la intencionalidad.
- Posición de Dominio
- Resultado de tipo infraccional, es decir el alcanzar, mantener o incrementar la posición de dominio.
- Capacidad económica para recuperar los costos de la depredación

RESOLUCIÓN

El Tribunal de Defensa de la Competencia chileno en primer punto hace referencia a la prescripción de la acción y menciona que dada la verificación que las conductas imputadas han sido ejecutadas durante todo el periodo en que Claro mantuvo la oferta de los planes cuestionados el plazo de prescripción solo puede ser considerado a partir de la fecha en que la demandada haya retirado los planes del mercado ya que solo de esa forma se puede poner fin a la ejecución de las conductas imputadas.

En segundo punto empieza a analizar los argumentos de las partes para finalmente rechazar la demanda interpuesta por Will S.A., en base a las consideraciones siguientes:

Sobre el mercado relevante

- El Tribunal manifiesta que existen dos opciones: la prestación de servicios telefónicos a nivel nacional o la prestación del mismo servicio a nivel comunal donde Will S.A., tiene participación en el mercado.
- En este caso y conforme las alegaciones de las partes, el mercado relevante es el de telefonía pública a nivel nacional ya que los planes promocionales ofrecidos por la demandada se ofrecen en todo el territorio chileno

Sobre el Posición y abuso de la Posición de Dominio:

- Ya que el Abuso de la Posición de Dominio no es detallada en la demanda como acusación diferente, solamente es mencionada como puente para acusar de competencia desleal y precios predatorios, motivo por el cual el Tribunal no analizará si existe el abuso de tal posición. Sin embargo el Tribunal manifiesta que la participación en el mercado de Will S.A. es de 0.3% mientras que la de Claro Chile S.A. es de 16.1% y;
- Pese a que el nivel de participación de la demandada es alto en relación a la actora, no significa que tenga poder de mercado que permita abusar de éste ya que existen otros actores con mayor participación como Movistar con el 44.6% y Entel con el 32.4%.

Sobre la conducta de Precios Predatorios en el ofrecimiento de los planes “Hogar#

- En reiteradas ocasiones, el Tribunal ha mencionado los requisitos copulativos para el cumplimiento del ilícito de precios predatorios que son: primera, disposición de suficiente poder de mercado en o los mercados relevantes durante la aplicación de la estrategia de precios que le permita la recuperación de las pérdidas iniciales y segunda, en caso de cumplirse la primera condición es la existencia de indicios suficientes de fijación de precios de venta bajo costo con el fin de desplazar a los demás competidores.
- La carga de la prueba sobre la fijación de precios de venta bajo costo y la capacidad de la supuesta empresa infractora para recuperar las pérdidas correspondía a la demandada, sin embargo ésta no ha presentado la prueba suficiente que permita al Tribunal respaldar la tesis de práctica de precios predatorios por parte de Claro Chile S.A.

Como se aprecia en la resolución, la esencia del rechazo de la demanda del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile interpuesta por Will S.A., en contra de Claro Chile S.A., radica en la imposibilidad de probar la conducta por parte de la demandante. Sin duda alguna la complejidad probatoria de la conducta es uno de los factores para que varias autoridades de control de la libre competencia en la mayoría de casos nieguen la existencia de esta práctica hasta el punto de muchos considerarla un mito. Sin embargo hay casos en

los que se ha comprobado la práctica efectiva de los precios predatorios y han sido fuente para posteriores resoluciones en esta materia.

5.4 Caso afirmando la existencia de Precios Predatorios.

Uno de los casos conocidos de mayor conocimiento por la doctrina en precios predatorios es el AKZO Chemie BV vs. Comisión de Comunidades Europeas. Este caso es uno de los pocos conocidos a nivel mundial que acepta la existencia de la práctica predatoria y sirvió de ejemplo para posteriores fallos en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1991

Causa a. 62/86 AKZO Chemie B.V. c. Comisión

DEMANDANTE: AKZO Chemie BV

La Compañía AKZO Chemie B.V. es una compañía multinacional de la industria química, con domicilio social en Amersfoort (Países Bajos), cuya actividad principal es la venta de peróxidos orgánicos consumidos en la Comunidad Europea.

DEMANDADO: Comisión de las Comunidades Europeas

La Comisión de las Comunidades Europeas representada por el Consejero Jurídico Principal Sr. B. Van Der Esch. Esta comisión es el ente que tiene el monopolio de la iniciativa legislativa y ejecución de las decisiones del Consejo de Ministros de la Comunidad Europea.

OBJETO DE LA DEMANDA: La demanda tiene por objeto anular la Decisión de las Comunidades Europeas de 14 de diciembre de 1985 relativo al procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado de CEE (IV/30.698-ECS/AKZO Chemie, DO L 374, p. 1)

FUNDAMENTOS DE HECHO

AKZO Chemie BV es fabricante del peróxido benzoico, utilizado como agente blanqueador de la harina y dentro de la industria de los plásticos para diferentes fines¹⁵⁴.

En 1979, ECS (Engineering and Chemical Supplies) es una compañía del Reino Unido que fabricaba esta sustancia, únicamente para el mercado de la harina, decidió competir en el mercado de los plásticos realizando ventas de peróxido benzoico a uno de los compradores alemanes (clientes tradicionales) de AKZO. A finales de este año, los representantes de las compañías mantuvieron reuniones cuyos resultados fueron amenazas directas por parte de AKZO a ECS de empezar una guerra de precios en el mercado de la harina si no se retiraba del de los plásticos en especial el del mercado alemán.

A partir de 1980, cumpliendo con las amenazas, AKZO inicia una guerra de precios en aditivos de la harina a *Provincial Merchants, Allied Mills*¹⁵⁵ y a la clientela de ECS en el sector de “grandes fabricantes de harina independientes” a precios anormalmente bajos con objeto de dañar la *vialidad comercial de ECS, obligándola a abandonar su clientela*¹⁵⁶

Este hecho fue denunciado por ECS ante la High Court en Londres cuyo resultado fue el compromiso por parte de AKZO de obligarse a no reducir los precios con intenciones de eliminar a ECS del mercado de los aditivos para la harina. Pese a esto la multinacional siguió con su campaña de precios bajos a los clientes tradicionales de ECS y altos para los clientes tradicionales de AKZO, así para 1982 AKZO tenía una participación en el mercado del 52% mientras que ECS un 35%.

Ante esta situación en junio de 1982, ECS denuncia este caso ante la Comisión de las Comunidades Europeas en Bruselas cuyos funcionarios realizan una inspección a AKZO

¹⁵⁴ Para fines del análisis del presente caso hay que identificar los dos mercados del peróxido benzoico, el de las harinas y el de los plásticos.

¹⁵⁵ Apartado 7: Los compradores de aditivos de la harina en el Reino Unido pueden dividirse en tres categorías: la primera incluye a los tres grupos principales de fabricantes de la harina, de dimensiones comparables que son: Ranks (RHM), Spillers y Allied Mills que juntos representan aproximadamente el 85% de la demanda. La segunda constituyen las fábricas de harina independientes de los tres grandes grupos, los “grandes fabricantes de harina independientes”, que representan el 10% de la demanda. El 5% restante lo compran fábricas de harina de menor importancia, los “pequeños fabricantes de harina independientes”

¹⁵⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Caso C-62/86, Luxemburgo 3 de Julio de 1991, apartado 9 (ii).

en cuya diligencia los administradores de esta empresa manifiestan la intención de vender a pérdida el peróxido benzoico en el mercado de los aditivos para la harina con el fin de perjudicar a ECS y eliminarla del mercado. La Comisión ante esta situación dictó medidas cautelares ordenando a la multinacional a volver a los márgenes de beneficios mantenidos antes de la guerra de precios, posteriormente en 1985 el organismo comunitario emite la decisión imponiendo a AKZO la multa de 10 millones de Ecus.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El entorno normativo de este caso, Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas y Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, gira en torno al artículo 86 del Tratado de Roma que su tenor menciona:

“Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a. Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*
- b. Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*
- c. Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- d. 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.”*

Al no ser este listado de prácticas abusivas de posición de dominio taxativo, permite a las autoridades administrativas y tribunales de la comunidad ampliar la interpretación tal como se lo hizo en este caso.

ANALISIS DE LA SENTENCIA

El análisis de la sentencia se lo realizará conforme a los elementos de los precios predatorios mencionados en líneas anteriores.

Elemento Objetivo

a) Estructura del Mercado.

Primero, es importante señalar la particularidad de este caso en referencia al mercado relevante, ya que el Tribunal lo define como el de los peróxidos orgánicos de forma general, que incluye el peróxido benzolío utilizado en el sector de los plásticos. Esta definición lo da el tribunal tomando en cuenta que mercado en el ECS debía ser excluida a largo plazo por AKZO. Sin embargo el abuso de la posición de dominio mediante la práctica de precios predatorios se da en un sub mercado del primero que es el de aditivos de la harina en el Reino Unido e Irlanda.

Esta afirmación realizada por la Comisión y respaldada en la sentencia por el Tribunal, tiene su justificación en que AKZO practicó la reducción de precios en el mercado de los aditivos para la harina con la finalidad de eliminar a ECS del mercado de los plásticos

La estructura del mercado como requisito de la práctica de los precios predatorios tiene su particularidad en que los peróxidos orgánicos son bienes inelásticos, ya que no tienen productos sustitutos, tal como lo menciona el punto 52¹⁵⁷ de la Sentencia, cumpliendo con este primer requisito.

b) Posición de Dominio

El Tribunal de Justicia Europeo reafirma lo expresado por la Comisión al considerar que AKZO goza de posición dominante dentro del mercado de los peróxidos orgánicos, esto debido principalmente a la cuota de mercado y su capacidad financiera y productiva.

¹⁵⁷ “Debe señalarse que los peróxidos orgánicos pueden, en efecto, individualizarse en cuanto a su fórmula, su concentración o su presentación, para responder a necesidades específicas de la clientela. No es menos cierto que, un 90%, se emplean para diversas operaciones de la industria de los plásticos y que, por consiguiente, pueden satisfacer necesidades constantes en el sentido de la citada sentencia. Por otra parte, los peróxidos orgánicos no se enfrentan a la competencia con otros productos, como los compuestos a base de azufre, utilizados en el limitado campo de la vulcanización del caucho sintético, dado que estos últimos no pueden sustituirlos totalmente, al no poseer todas las propiedades técnicas precisas.”

Sobre la participación en el mercado, conforme documentos de AKZO, la compañía disponía entre los años 1979 y 1982 de una cuota de mercado del 50%, afirmación que no fue desmentida con otra documentación por la compañía demandada. El Tribunal sobre este punto, en su apartado 60 hace referencia a la sentencia dentro del caso Hoffman-La Roche que dice *“que cuotas muy importantes constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de existencia de una posición dominante. Así ocurre con una cuota de mercado del 50%, como la comprobada en el presente caso”*¹⁵⁸.

Sobre la capacidad financiera y productiva, el Tribunal respalda lo mantenido por la Comisión, quien afirma que AKZO tiene toda la capacidad financiera al ser un líder mundiales dentro de la industria lo que le permite a vender sus productos bajo coste y pese a esto, incrementar regularmente sus precios y volúmenes de venta. La capacidad financiera tal como lo menciona la Comisión *“AKZO ofrece una gama de productos mucho más amplia que ninguna de sus rivales, posee la organización de marketing más desarrollada desde los puntos de vista comercial y técnico, así como conocimientos de punta en materia de seguridad y toxicología”*, además esta compañía tiene una amplia gama de productos mucho más amplia que sus principales rivales lo que garantiza su posición dominante.

c) Precios bajo coste

El Tribunal de Justicia Europeo nos da una definición muy clara de los que son los precios predatorios en el apartado 71 de la sentencia que a su tenor dice:

“Los precios inferiores a la media de los costes variables (es decir, de aquellos que varían en función de las cantidades producidas), mediante los cuales una empresa dominante pretende eliminar a un competidor, deben considerarse abusivos. En efecto, una empresa dominante no tiene ningún interés en aplicar tales precios, de no ser el de eliminar a sus competidores para poder después subir sus precios aprovechándose de sus situación monopolística, dado que cada venta le ocasiona una pérdida, a saber, la totalidad de los costes fijos (es decir, de aquellos que permanecen constantes con independencia de las cantidades producidas) y una parte al menos de los costes variables correspondientes a la unidad producida”

¹⁵⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Caso C-62/86, Luxemburgo 3 de Julio de 1991, apartado 60.

En el siguiente apartado, continúa con la definición al mencionar que:

“los precios inferiores a la medida de los costes totales, que comprenden los costes fijos y los costes variables, pero superiores a la media de los costes variables, deben considerarse abusivos cuando se fijan de acuerdo con un plan que tiene por objeto eliminar a un competidor. Dichos precios pueden, en efecto, eliminar del mercado a empresas que quizás sean tan eficientes como la empresa dominante pero que, debido a su inferior capacidad económica, son incapaces de resistir de la competencia que se les hace”

La regla planteada como evaluación objetiva de los precios predatorios es similar a la segunda parte del test “two-tier”, doble nivel en español, descrito en el capítulo anterior propuesto por Joskow y Klevorick en la que una vez superada la primera fase se analizó la dinámica del mercado, cuota de mercado, la elasticidad de la demanda del producto, se realiza el estudio de la empresa en materia de precios.

Como ya se trató en el punto a y b de este subtema, el análisis de los factores descritos en la primera parte del test en mención fue realizado previamente en la sentencia, determinando la susceptibilidad del mercado a ser predado y la posición de dominio de AKZO.

En materia de precios, la sentencia es determinante en afirmar en su párrafo 106 que *“debe señalarse que las ofertas de AKZO son inferiores a la media de sus costes totales, pero superiores la media de sus costes variables, tal como lo recogen mas arriba (véanse los apartados 89 y 97) y que, en el caso de la oferta de octubre de 1982 relativa a las mezclas de vitaminas, son incluso inferiores a sus costes totales”*, esto en concordancia con lo mencionado en el párrafo 140 que dice que AKZO *“al mantener precios inferiores a la media de sus costes totales durante un largo período sin justificación objetiva, AKZO ha podido perjudicar a ECS, al disuadirla de que se dirigiera a su clientela”*.

De lo descrito en los párrafos 106 y 140, los precios aplicados por AKZO son superiores a sus costos medios variables pero inferiores a sus costos totales medios sin justificación cumpliendo con la segunda premisa que plantea el test “two-tier”. Sobre la determinación de los costos, el tribunal hace caso a los informes presentados por la Comisión cuyos datos fueron extraídos de la información contable de AKZO; aquí la

compañía predatora alega que los costos por mano de obra deben considerarse como variable, lo cual es refutado por el Tribunal al deducir que no existe relación directa entre las cantidades producidas y el coste de mano de obra. En lo que respecta a la justificación de esta estrategia de precios, AKZO alega que la política de precios es parte de una política general de precios ventajosa para la compañía, sin embargo el Tribunal manifiesta que la empresa infractora podía compensar al menos parcialmente las pérdidas derivadas de las ventas a clientes de ECS con los beneficios obtenidos de las ventas a los grandes fabricantes de harina independientes que formaban parte de su clientela, lo que demuestra que la intención de AKZO era adoptar una estrategia que perjudique a ECS.

Elemento Subjetivo

El Tribunal manifiesta que en ocasiones, los efectos aniquiladores realizados por una empresa en posición dominante del mercado pueden ser tan evidentes que no hace falta probar la intención de eliminar al competidor. Sin embargo cuando el reducido nivel de precios permite diversas interpretaciones, es necesario demostrar la existencia de la intención de eliminar a un competidor o restringir la competencia.¹⁵⁹

La intención predatoria según el Tribunal de Justicia Europeo, debe ser entendida como la ausencia de la justificación comercial objetiva para la aplicación de la estrategia de precios predatorios. Esto se evidencia claramente a lo largo de la sentencia¹⁶⁰, en la que AKZO nunca pudo probar objetivamente que la estrategia de precios era con un fin distinto al de eliminar al competidor. La prueba de este elemento subjetivo puede resultar muy complicada, por suerte, en éste caso la Comisión, en una inspección a AKZO, encontró documentación interna que mostraba específicamente la intención predatoria.

Con estos argumentos, el Tribunal de Justicia Europeo ratificó lo manifestado en la Decisión de la Comisión sobre la realización de prácticas de precios predatorios por parte de AKZO Chemie, condenando al pago de una multa de 7 500.000 ECU.

¹⁵⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Caso C-62/86, Luxemburgo 3 de Julio de 1991, apartado 65.

¹⁶⁰ Como por ejemplo el párrafo 140 de la Sentencia.

Sin duda alguna, el aporte que realiza esta sentencia a la definición, análisis y juzgamiento de los precios predatorios en la Comunidad Europea es muy valioso para la seguridad jurídica del grupo de naciones que forman éste organismo y como fuente para futuras sentencias del Tribunal. Pese a esto, este fallo ha recibido algunas críticas por parte de la doctrina, en especial por no realizar el test de recuperabilidad característico de la jurisprudencia norteamericana.

Acepto parcialmente esta crítica, ya que si bien el Tribunal de Justicia Europeo no realiza un test de recuperabilidad de las pérdidas realizadas en la etapa de predación, en el fallo menciona que las pérdidas por ventas a los clientes tradicionales de ECS con las realizadas a sus los fabricantes de harina independientes, clientes tradicionales de AKZO.¹⁶¹ Adicionalmente, la jurisprudencia europea, a comparación de la norteamericana, pone mayor énfasis en el elemento subjetivo, cosa que no se lo hace en la americana.

¹⁶¹ AKZO, podía compensar de este modo, al menos parcialmente, las pérdidas derivadas de las ventas de clientes de ECS con los beneficios obtenidos de las ventas a los "grandes fabricantes de harina independientes" que formaban parte de su clientela. Este comportamiento demuestra que la intención de AKZO no era la de aplicar una política general de precios ventajosa, sino la de adoptar una estrategia que perjudicara a ECS.

CAPÍTULO VI

6 CONCLUSIONES

6.1 Hallazgos Principales

Del trabajo realizado he desprendido ciertos hallazgos principales los que detallo a continuación:

1. La libre competencia como bien jurídico protegido consiste en garantizar la libertad de concurrencia al mercado de los competidores, asegurar una competencia efectiva mediante la limitación de la libertad de empresa y promover la igualdad jurídica entre los competidores, con el fin de otorgar el mayor beneficio a los consumidores.
2. En el Ecuador la protección a la libre competencia se evidencia en: la normativa comunitaria en el artículo 2 de la Decisión 608 sobre Normas para la protección de la libre competencia en la Comunidad Andina, en la norma constitucional en el artículo 336 de la Constitución del Ecuador y en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.
3. El Derecho Defensa de la Competencia, rama del Derecho Económico, es el conjunto de normas, principios e instituciones que tiene como fin, ser el mecanismo idóneo para el funcionamiento de los mercados y garantizar el beneficio de los usuarios y consumidores, sancionando las prácticas en contra de la libre competencia. Su principal desarrollo se dio en los Estados Unidos de Norteamérica a partir de la promulgación de la ley Sherman Act. Acompañado de la jurisprudencia que trajo consigo la ley.
4. La legislación y doctrina ha coincidido al decir que los acuerdos horizontales, acuerdos verticales y las concentraciones son prácticas contrarias a la libre

competencia, sujetas a sanción siempre que sus efectos en el mercado sean negativos para los competidores y perjudiquen a los consumidores y usuarios. No así el abuso de posición de dominio práctica considerada per se como contraria a la competencia y sancionada por todas las legislaciones.

5. El concepto de posición de dominio tiene innumerables definiciones tanto en la doctrina como en las legislaciones protectoras de la competencia, sin embargo se distinguen tres elementos indispensables que son: empresa o grupo de empresas que puedan asumir esta posición, existencia de un mercado relevante a ser dominado y dominio del mercado.
6. El mercado relevante es el área geográfica y los productos o servicios donde la empresa o grupo de empresas ejercen la posición de dominio. La delimitación y determinación del mercado relevante es de crucial importancia y debe ser el primer paso a considerar en el juzgamiento de prácticas contrarias a la competencia, en especial la de abuso de la posición de dominio.
7. Una característica importante del mercado relevante de producto o servicio a considerar es la referente a la sustituibilidad, para ello se debe analizar la elasticidad cruzada de la demanda, entre más inelástica sea la demanda del bien o servicio, este tendrá menos sustitutos lo que incrementaría la posibilidad de posición de dominio por parte de la empresa que los ofrezca.
8. En lo que respecta al dominio del mercado, se lo puede definir de tres formas; la primera por monopolio, la segunda por el grado de facilidad para controlar el funcionamiento en el mercado y la tercera por la cuota de mercado. En la legislación comparada se puede encontrar estos tres criterios, sin embargo el que más ha tomado fuerza en los últimos años es el segundo considerada como una barrera de entrada en el mercado y un limitante fuerte de actuación a los competidores, dejando así en segundo plano a la cuota de mercado que puede tener la empresa.

9. Para el análisis del dominio en el mercado por parte de una o varias empresas, suele emplearse los denominados Índices de Dominancia y para determinar el poder de mercado los Índices de Poder de Mercado
10. La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado publicada en el Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011 en su artículo 7 confunde el poder de mercado con posición de dominio. El Poder de mercado es un requisito que tiene la Posición de Dominio para poder fijar precios por encima del coste marginal en función de su cuota de mercado, mientras que en Posición de Dominio confluyen otros aspectos, a más del poder de mercado, como el control de mercado y la capacidad para actuar con independencia de competidores y consumidores.
11. En la Resolución No. 347-13-CONATEL-2010 del Consejo Nacional de Telecomunicaciones es la primera resolución en materia de Posición de Dominio en el Ecuador , en esta se califica a la compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL como operador dominante en el mercado móvil-móvil para el servicio de voz en todo el territorio nacional. La legislación en materia de telecomunicaciones adopta un mecanismo mixto para la determinación de posición de dominio, por una parte el porcentaje de los ingresos brutos de un servicio económico y por otra el control efectivo de los precios en un mercado relevante.
12. En el Ecuador se sanciona el abuso de la Posición de Dominio, evidencia de esto es el artículo 335 de la Constitución del Ecuador y en artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.
13. El concepto de Abuso de Posición de Dominio ha sido dilucidado principalmente con el desarrollo de la jurisprudencia en materia de defensa de la competencia. La definición más acertada a mi criterio es la realizada por la Corte de Justicia Europea en el caso Hoffmann-La Roche al mencionar que *“el concepto de abuso es un concepto objetivo relacionado con el comportamiento de un agente económico en posición dominante, de naturaleza tal que influye en la estructura de un mercado determinado, en el cual – como resultado de la sola presencia de dicho agente económico – el grado de competencia se encuentra debilitado, a través de la utilización de métodos distintos a aquellos propios de una*

*situación normal de competencia en las transacciones comerciales de productos o servicios. Dicho comportamiento tiene el efecto de limitar el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o el incremento de dicho nivel de competencia*¹⁶². Sin embargo, en última instancia será la legislación interna de cada país quien defina a este concepto y sobre el cual se desarrollará la jurisprudencia interna.

14. Las prácticas de abuso de la Posición de Dominio pueden ser de dos tipos, las de explotación y las de exclusión. Las prácticas de explotación son aquellas mediante las cuales el agente en posición de dominio se enriquece mediante la explotación de los clientes, usuarios o consumidores. Las prácticas de exclusión son las dirigidas específicamente a la expulsión, eliminación o limitación de entrada al mercado de competidores existentes o potenciales.
15. En la legislación ecuatoriana prohíbe el abuso de poder de mercado (posición de dominio) por cualquier medio si se impide, restringe, falsea o distorsione la competencia, o afectando la eficiencia económica o el bienestar general.

6.2 Conclusiones

En lo referente a los Precios Predatorios como un caso de abuso de la Posición de Dominio en el Mercado, se extrajeron las siguientes conclusiones:

1. Los precios predatorios es una conducta de abuso de la posición dominante de exclusión, en la que el agente predador vende bienes o servicios a un precio inferior a sus costos de producción con el objetivo de eliminar la competencia para posteriormente alcanzar rentas monopolistas.
2. La práctica de los precios predatorios tiene dos etapas, el sacrificio y la recuperación. En la primera etapa, la empresa o grupo de empresas vende sus productos o servicios a precio bajo el costo, sacrificando ganancias y ocasionando una pérdida económica con el fin de eliminar a los competidores expulsándolos del mercado relevante y creando una barrera de entrada que limita el ingreso de potenciales competidores. En la segunda etapa, ya destruida la competencia, el

¹⁶² Corte de Justicia Europea, 1979, Hoffmann - La Roche, case 85/76.

agente predador elevará sus precios por sobre el nivel en el mercado, recuperando las pérdidas ocasionadas en la primera etapa y obteniendo rentas monopolísticas.

3. Para que se configure la práctica de los precios predatorios, es indispensable que se presenten ciertos requisitos reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia. Estos elementos se los divide en dos tipos, los objetivos y subjetivos. Los elementos objetivos son las condiciones materiales, mientras que elemento subjetivo es la intencionalidad del agente de eliminar a los competidores, crear una barrera de entrada al mercado y alcanzar rentas monopolísticas.
4. El elemento objetivo está compuesto por los precios inferiores a un determinado nivel de coste, posición dominante y estructuras de mercado. En lo que respecta al nivel de coste, la acepción más común es el costo medio total, sin embargo existen otras posturas que aceptan al costo marginal, costos evitables y costos variable medio. La posición de dominio es vital para la configuración de esta práctica ya que lleva implícito la capacidad financiera de la empresa para afrontar las pérdidas que ocasiona la fase de predación y la capacidad productiva para respaldar el incremento de la cantidad demandada producto de la venta a precios bajos. La estructura de mercado son las características del mercado relevante para que la práctica de precios predatorios tenga éxito, tales son las economías a escala y alta elasticidad de la demanda.
5. El elemento subjetivo, es el elemento que trae mayor dificultad en la prueba, por este motivo el juzgamiento del elemento objetivo deberá venir acompañado de la concurrencia de ciertos aspectos objetivos que demuestren la intencionalidad del agente predador, en tal sentido la Jurisprudencia norteamericana desarrolló el concepto de racionalidad económica en el que la compañía que se crea que realice esta práctica deberá justificar económicamente su venta bajo coste.
6. La práctica de los precios predatorios, alcanza su éxito en mercados cuyos bienes son muy elásticos o completamente elásticos, tales como el servicio de luz, la explotación y producción petrolera, la insulina entre otros.

7. La principal diferencia entre los Precios Predatorios y los descuentos promocionales radica en la concurrencia de todos los elementos de la práctica contraria a al competencia. Un elemento adicional que diferencia a estas dos prácticas es el tiempo de duración, mientras que en los descuentos la rebaja de precios se da por una determinada temporada, fidelidad de clientes, tipos de clientes etc., la práctica predatoria, al contrario, es por un tiempo prolongado hasta lograr la expulsión de sus competidores.
8. Con el desarrollo en la doctrina y jurisprudencia en materia de Precios Predatorios, han aparecido formas de evaluación amparados en el principio que esta práctica consiste en la fijación de precios bajo costo, como el de Areeda Turner, Richard Posner, control de expansión formulado por Oliver Williamson o el denominado como "Two tier" formulado por Paul Joskow y Alvin Klevorick entre otros.
9. En mi opinión, el método de evaluación de los precios predatorios, que permite un análisis y juzgamiento correcto sobre la existencia de esta conducta, es el denominado "Two tier" (doble nivel en español) formulado por Paul Joskow y Alvin Klevorick, principalmente por sus dos fases de determinación, la primera en la que se trata las características estructurales de mercado y la posición de dominio en el mercado relevante y la segunda en la que se realiza el análisis de costos, pudiendo añadir el análisis de recuperación de pérdida formulado por la doctrina estadounidense.
10. Si se adoptara en el país la forma de evaluación del "Two tier", se evitaría el derroche de recursos por parte del entidad juzgador, la parte demandada y la parte actora (si existiere), ya que si el presunto agente predador no cumple con las condiciones de la primera fase no se realizará el análisis de costos que es la etapa más compleja en el juzgamiento de esta práctica.
11. Al ser un caso de abuso de la Posición de Dominio las legislaciones protectoras a de competencia, incluida la nuestra, castiga esta práctica principalmente por eliminar la

competencia e impedir la de entrada de nuevos competidores mediante la venta de precios bajo costo ocasionando graves perjuicios al usuario o consumidor.

12. En el Ecuador esta vigente la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011. que en su artículo 9 número 4, el legislador trata como sinónimos a los precios predatorios y a los precios explotativos, cometiendo un error ya que la doctrina habla de prácticas explotativas de abuso de la posición de dominio, no de precios explotativos.
13. Pese a que para el año 2010, no teníamos una legislación interna propia en nuestro país de defensa de la competencia, el Ministerio de Industrias y Productividad a través de la Subsecretaría de Competencia, resolvió dos casos sobre precios predatorios que constituyen los primeros antecedentes en esta materia, amparados en la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones sobre Normas para la protección de la libre competencia en la Comunidad Andina y la Decisión 616 de la misma entidad referente a la entrada en vigencia de la Decisión 608. En los dos casos se rechazó la solicitud de la parte actora, sin embargo son dos precedentes importantes debido a la forma de evaluación en la que se apoyaron de informes periciales, documentación de la entidad reguladora (Dirección de Aviación Civil) y análisis de precios de mercado.
14. La Jurisprudencia y resoluciones administrativas en materia de Precios Predatorios en su gran mayoría concluyen en la negación de esta práctica, principalmente por la dificultad de probar la venta bajo coste, la posición de dominio del supuesto agente predador y la elasticidad del producto
15. Uno de los pocos casos en el que se ha determinado la existencia de Precios Predatorios es el resuelto por el Tribunal de Justicia Europeo denominado AKZO Chemie BV vs. Comisión de Comunidades Europeas, en el que de manera implícita aplica el test formulado "Two Tier", sobre el test de costos el Tribunal se ampara en los exámenes periciales económico-contables realizados por la Comisión de Comunidades Europeas. Sobre el elemento subjetivo, su existencia se da en base a

la falta de justificación objetiva para la aplicación de esta estrategia de precios, aplicando el concepto de la jurisprudencia estadounidense y contando con la suerte de encontrar documentación interna en AKZO Chemie que mostraba la intención predatoria.

CAPÍTULO VII

7. BIBLIOGRAFÍA

Libros:

- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO Alberto, “Apuntes de Derecho Mercantil”, Editorial Aranzadi, Décima Edición, Madrid, Septiembre 2009.
- Bullard Alfredo ¿Dejar de competir o no dejar de competir?. He ahí el dilema. Las Prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio. En: Seminario aplicación de la política de competencia a nivel internacional y su desarrollo en el ámbito nacional (24 al 25 de marzo de 1998) Cartagena.
- CABANELLAS DE TORRES Guillermo, “Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia”, Segunda Edición 2005, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina.
- CABANELLAS DE TORRES Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”, Decimo Séptima Edición 2005, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina.
- CANSECO-DIEZ Luis “Función Regulatoria y Legislación Antimonopólica”, Primera Edición, Madrid 2002.
- CEVALLOS VÁSQUEZ Víctor, “ Libre Competencia, Derecho de Consumo”, Primera Edición 2001, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito 2001.
- CLARK Maurice, “Toward a Concept of Workable Competition” , American Economic Review, Junio 1940.
- COLOMA Germán, “Defensa de la Competencia. Análisis económico comparado”, Primera Edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid 2003.
- COMISIÓN EUROPEA-DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA, “Glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea //

Normas de Defensa de la competencia y control de las concentraciones, Bruselas, Julio 2002.

- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, “Abuso de la Posición Dominante, Informe de la Secretaría de la UNCTAD”, Ginebra, 18 de julio de 2008.
- CULTURAL S.A., “Diccionario de Contabilidad y Finanzas”, Inmaprag, Madrid, España.
- GRIJALVA JIMENEZ Agustín, TROYA JARAMILLO José Vicente, “Elementos para un derecho de la Competencia en el Ecuador”, FORO revista de derecho No. 1, UASB / CEN Quito, 2003.
- INDECOPI, Preguntas sobre la libre competencia en el marco de una economía global, pregunta 1 ¿Qué entiende por libre competencia?, Lima: INDECOPI, 1997.
- JIMENEZ LA TORRE, Fernando, “Exclusión a través de precios: la depredación, en TRIBUNAL GALEGO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, “Economía y Defensa de la Competencia.
- MANKIWI Gregory, “Principios de Economía”, Quinta Edición, Harvard University, Traducción a cargo de New World Spanish by Pros (San Antonio, Tx).
- PELLISÉ CAPELL Jaume “La Explotación Abusiva de una Posición Dominante (Arts. 82 TCE y 6 LEDC)” Primera Edición 2002, Editorial Civitas, Madrid 2002.
- PINKAS Flint, “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, Estudio Exegético del Decreto Legislativo 701, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Lima 2002.
- RODRÍGUEZ ENCINAS Ana, MARTÍNEZ CORRAL Borja, “El abuso de posición de dominio: situación actual y evolución previsible”, en Revista Empresa, Ejemplar No. 16, Junio del 2006, España.
- SALDARRIAGA LOPERA Gustavo, “Instrumentos de Análisis Económico para el Estudio de la Competencia”, en “Derecho de la Competencia”, Primera Edición, El Navegante Editores, Colombia, Santafé de Bogotá.

- SAMUELSON Paul, NORDHAUS William, “Economía”, Décimo Séptima Edición, Mc Graw Inc, 2002.
- THOMAS SULLIVAN E. and HARRISON L., “Understanding Antitrust and its Economic Implications”, p. 150 citado por GRIJALVA JIMÉNEZ Agustín, TROYA JARAMILLO José Vicente, “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, en Foro Revista de Derecho No. 1, UASB-Ecuador/CEN, Quito 2003.
- TOVAR Teresa, “Casos de Abuso de Posición de Dominio en el Mercado de las Telecomunicaciones”, ARA Editores, Perú 2006.
- WITKER Jorge, “Derecho de la Competencia en América, Canadá, Chile, Estados Unidos y México”, Primera Edición, Fondo de Cultura Económica Chile S.A., Chile 2000.

Cuerpos Normativos:

- Constitución del Ecuador, Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre del 2008.
- Decreto Legislativo que aprueba la ley de represión de conductas anticompetitivas. Decreto No. 1034, Perú.
- Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, Promulgada el 16 de septiembre de 1999, República de la Argentina.
- LEY No. 18.159, PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA, Publicada D.O. 30 julio del 2007. Uruguay.
- Ley Orgánica de Control y Poder de Mercado, Suplemento del Registro Oficial No. 555, 13 de octubre de 2011.
- Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, publicada en la Gaceta Oficial No. 34.880 del 13 de enero de 1992.
- LEY PARA PROMOVER Y PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA, Gaceta Judicial No. 34.880, del 13 de enero de 1992.

Comunicados, resoluciones y fallos jurisprudenciales:

- Comunicación de la OCDE, 29 de julio de 1997, párrafo 7
- *Corte de Justicia Europea, 1979, Hoffmann - La Roche, case 85/76.*
- *Corte de Justicia Europea, 1979, Hoffmann - La Roche, case 85/76.*
- INDECOPI, Resolución 010-2004/CLC, 10 de marzo de 2004.
- INDECOPI, Resolución 054-2010/CLC, 13 de agosto de 2010.
- Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad, "MIPRO-COMP-Resolución-001-2010" de 29 de junio de 2010.
- RESOLUCIÓN-347-13-CONATEL-2010 con fecha 30 de julio del 2010.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 9 de noviembre de 1983, as 322/81, *Michelin contra Comisión, Rec.*
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, Sentencia 110/2011, Santiago de Chile 28 de Enero del 2011.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Caso C-62/86, Luxemburgo 3 de Julio de 1991, apartado 60.
- VENEZUELA, SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución No. SPPLC/010-97

Web:

- AGOSTINI Claudio, SAAVEDRA Eduardo, "La Práctica de Paquetizaciones en Telecomunicaciones: ¿Eficiente o Anticompetitiva?, en [http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_Agostini_y_Saavedra_C_135_07_\(C_TC\)](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_Agostini_y_Saavedra_C_135_07_(C_TC)), última visita 25 agosto 2011.

- ARCHILA Virginia, “Los Precios Predatorios: una forma de Abuso de la Posición Dominante, Tesis de grado para optar el título de abogada, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colombia, Bogotá 2001. En www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis13.pdf ultima visita 17 de enero..
- ARNAU Susana, MERINO Anna, “Precios Predatorios: Análisis Legal y Económico”, 29 de junio de 2005, documento en http://www.gencat.cat/economia/doc/doc_66955304_1.pdf, última visita 30 de julio de 2011,
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, VIGÉSIMA SEGUNDA EDICIÓN, VER HYPERLINK [WWW.RAE.ES/RAE.HTML](http://www.rae.es/rae.html), ÚLTIMA VISITA 16 DE JUNIO DE 2010
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, Vigésima Segunda Edición, ver HYPERLINK www.rae.es/rae.html, última visita 1 de febrero de 2011.
- http://es.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dndice_de_Lerner, última visita 2 de agosto de 2011.
- <http://www.aulafacil.com/cursosenviados/cursomicroeconomia/Lecc-17.htm>, última visita 2 de agosto de 2011.
- PACHECO Oscar “Precios Predatorios y Descuentos Promocionales Contenido y Alcances en el Régimen de Protección de la Libre Competencia”, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Universidad Austral de Chile Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Escuela de Derecho, Chile, Valdivia 2006. En <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2006/fjp116p/doc/fjp116p.pdf>, última visita 1 de agosto de 2011.
- PALAU, Felipe; “Descuentos Promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la Competencia Desleal y la Normativa de Ordenación del Comercio”, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.; Madrid, 1998; pág. 27. En PACHECO Oscar “Precios Predatorios y Descuentos Promocionales Contenido y Alcances en el Régimen de Protección de la Libre Competencia”, Memoria de Prueba para optar al grado de

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Universidad Austral de Chile Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Escuela de Derecho, Chile, Valdivia 2006. En <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2006/fjp116p/doc/fjp116p.pdf>, última visita 15 de agosto de 2011.

- SALAMANCA MARALLA Mónica, “Restricciones Verticales y Abuso de la Posición de Dominio: Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolio”, Fiscalía Nacional Económica, Chile. En <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/gvaJuly/docs/es3.pdf>, última visita 13 de febrero de 2011.
- Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec_es.htm, última visita 10 de noviembre de 2010.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, LUIS FERNANDO GUERRA PADILLA, C.I. 172090119-6 autor del trabajo de graduación intitulado: "LOS PRECIOS PREDATORIOS COMO UNO DE LOS CASOS DE ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO, 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, 8 de febrero del 2011



FIRMA Y CÉDULA


REPUBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCION GENERAL DE REGISTRO CIVIL
 IDENTIFICACION Y CEDULACION

CEDULA DE CIUDADANIA No. 172090119-6

GUERRA PADILLA LUIS FERNANDO
NOMBRES Y APELLIDOS
PICHINCHA/QUITO/BENALCAZAR
LUGAR DE NACIMIENTO
21 SEPTIEMBRE 1987
FECHA DE NACIMIENTO
001- 0296 00296 M
REG. CIVIL TOMO PAG. ACT. SEXO
PICHINCHA/ QUITO
LUGAR Y AÑO DE INSCRIPCIÓN
TUMBACO 1987


FIRMA DEL CEDULADO



ECUATORIANA***** E333311222
IDENTIFICACION REG. DAC

SOLTERO
ESTADO CIVIL

SUPERIOR ESTUDIANTE
INSTRUCCION PROFESION

LUIS FERNANDO GUERRA
NOMBRE Y APELLIDOS DEL PADRE
BERTHA ELENA PADILLA
NOMBRE Y APELLIDO DE LA MADRE
QUITO 24/07/2008
LUGAR Y FECHA DE EMISION
24/07/2020
FECHA DE CADUCIDAD

REN 0165150
FORMA NO


FECHA AUTORIZADA



PULGAR DERECHO



REPÚBLICA DEL ECUADOR
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL
CERTIFICADO DE VOTACIÓN
REFERÉNDUM Y CONSULTA POPULAR 07/05/2011

298-0017 **1720901196**
NÚMERO CÉDULA

GUERRA PADILLA LUIS FERNANDO

PICHINCHA QUITO
PROVINCIA CANTÓN
TUMBACO
PARROQUIA


FJ PRESIDENTA (E) DE LA JUNTA

