PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

"LA LEGALIDAD DE LA CONCERTACIÓN VERTICAL DE PRECIOS A LA LUZ DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO"

JOSÉ VICENTE VERA GARCÍA

DIRECTOR: JUAN FRANCISCO PALACIOS

QUITO, 2015

Quito, 11 de agosto de 2015

Señor Doctor
Santiago Guarderas Izquierdo
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
Presente

De mi consideración:

Me cumple con el presente referirme al oficio 280-SJG-30 de julio de 2015, suscrito por el Dr. Manuel Jiménez Moreano, Secretario de la Facultad, quien a nombre suyo me comunica que he sido designado profesor informante de la disertación para la obtención título de abogado elaborada por el señor José Vera García, sobre el tema:¨ LA LEGALIDAD DE LA CONCERTACIÓN VERTICAL DE PRECIOS A LA LUZ DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO¨, para comunicarle que ésta se compone de Cuatro Capítulos incluido el de, las conclusiones y recomendaciones, redactados en 86 páginas, incluida la bibliografía, redactados de la siguiente manera:

El Capítulo I, con el título "La concertación o acuerdo de precios", contiene el estudio en el que se expresa que la economía ecuatoriana, a la luz de la Constitución del 2008, ha adoptado una posición intermedia entre la economía social y el libre mercado; ya sea con matices puramente ideológicos, en relación a la Carta Política de 1998, el constituyente ecuatoriano ha elegido principios tendientes a intervenir en forma activa en la economía (en la tesis se dice en la

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA PUCE
RECIBIDO
Fecha 12/08/15

económica por error). A esto la existencia de un mercado libre e incluyente supone condiciones para que los distintos actores de la economía participen de forma proporcional en los beneficios de la producción, sin que ello implique prácticas ilegítimas o desleales. Por cierto, la competencia, en economía, no es un estado de rivalidad o de lucha entre los operadores económicos sino que implica "una multitud de participantes, cada uno de los cuales es tan pequeño con respecto a la totalidad del mercado que no tiene influencia significativa, ya sea en el mercado o sobre otros competidores", según Havenan & Knopf, De ello se infiere que la anticompetitividad es la posibilidad de uno o varios operadores económicos de condicionar, de forma significativa, el mercado por sus actuaciones, en perjuicio de los demás operadores o de los consumidores. La Secretaría Nacional de Planificación, en el Plan del Buen Vivir 2013 – 2017, describe el desarrollo nacional, bajo el fundamento del aumento de la producción económica a través de la competencia y la integración económica, a nivel nacional y regional. Con esto la intención de la planificación ecuatoriana parecería direccionarse hacia la consolidación del sector productivo, conformando bloques comerciales dentro del mercado mundial; sin menoscabo de promover condiciones comerciales favorables (en la tesis se dice "de comerciales") para el mercado nacional que, co la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, encuentran su marco normativo de correctivos en el Derecho de Competencia. En ese marco el precio, desde la perspectiva del consumidor, es una variable de mercado que expresa en una cantidad monetaria el grado de necesidad y escasez que tienen los bienes y servicios. Para el ente productor, en cambio, el precio se define "por medio de la famosa fórmula matemática de precio = costo unitario + utilidad razonable", es decir el valor que los consumidores deben pagar por un producto debe comprender la totalidad de costos para su producción, así como el beneficio o utilidad económica del productor. En general la doctrina antitrust reconoce como conductas anticompetitivas, las conductas concertadas o acuerdos ilegales, y los abusos de posición dominante. El abuso de posición dominante comprende los actos de operadores económicos, con cuotas mayoritarias en un mercado encaminadas a desplazar a sus competidores, concentrando así la demanda de

forma ilegítima. Entre los abusos de posición dominante tenemos la fijación de precios predatorios y la imposición de cláusulas de exclusividad. Las conductas concertadas, en cambio, se establecen desde "un acuerdo entre rivales, comúnmente conocido como "cartel", cuyo objeto es fija –debe ser fijar – precios, repartir el mercado o restringir la cantidad producida". El derecho procura vigilar y prohibir las concertaciones de precios en razón a sus efectos nocivos; la ciencia económica en cambio, mediante políticas preventivas, ha buscado acabar con dicho fenómeno – al menos dentro de los operadores económicos con gran participación en el mercado – que de incurrir en concertación podrían constituirse en oligopolio. El capítulo se completa con el análisis de las sanciones por conductas anticompetitivas; la incidencia jurídica y contenido económico de la concertación de precios; la concertación horizontal; sobre la generalidades de la concertación vertical; el concepto del mercado relevante y la determinación del mercado relevante en las concertaciones verticales de precios.

El Capítulo II, se contrae al estudio de "La concertación vertical de precios", entendida como la actividad voluntariamente paralela de operadores económicos pertenecientes a una misma cadena de producción para fijar unilateralmente los precios de su producto final, conocida también como concertación interna de empresa o de marca, debido a que los operadores económicos intervinientes conforman un mismo proceso de producción para dar como fruto un mismo bien a comercializarse. También se entienden como concertaciones verticales aquellas realizadas entre los distribuidores mayoristas y los minoristas. El elemento para identificar a la ¨verticalidad¨ del acuerdo de precios es la pertenencia de sus agentes a una misma cadena de producción. En Ecuador, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en su Art. 11, numeral 17, reconoce a la "fijación concertada e injustificada de precios de reventa", como acuerdos ilegales, que se caracterizan acorde con la doctrina: Por ser una conducta colusoria; se configura entre agentes pertenecientes a una misma cadena de producción; su finalidad es la manipulación del precio. En defensa de los precios y

acceso a los productos los estados suelen fijar precios máximos restringiendo el ámbito de la autonomía de la voluntad privada. La Corte Suprema de los Estados Unidos, consideró la fijación de precios máximos como contraria a la eficiencia económica del libre mercado, en tanto condicionan la posibilidad de los distribuidores de agregar mayor cantidad de valor al producto, sea por costos de marketing, por prestación de facilidades o por la formulación de descuentos estratégicos para atraer a nuevos consumidores. En cuanto a la fijación de precios mínimos, éstos están encaminados a proteger a los oferentes de bienes y servicios, con relación a la depreciación, para que puedan cubrir costos y percibir cierta utilidad y se mantengan en el mercado, evitando adicionalmente la escasez de ciertos productos. Los problemas de la fijación de precios vertical, se derivan del hecho que son parte del catalogo de conductas reprimidas por su contenido anticompetitivo. En general son dos los criterios de clasificación sobre los efectos de cualquier conducta anticompetitiva: horizontales y verticales. Por efectos horizontales se entienden a aquellos que se generan de uno o varios operadores económicos que afectan a otros en su mismo nivel de la cadena productiva. Los efectos verticales en cambio, se verifican entre los distintos eslabones de la cadena productiva, sea a nivel interno de cada marca o en general respecto a otros operadores económicos. La cuestión más problemática es que éstos generen efectos horizontales y, por consiguiente, de mayor potencial anticompetitivo. En el derecho ecuatoriano la fijación de precios vertical, se encuentra reglada en el Artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en su inciso primero dispone con el título Acuerdos y prácticas prohibidas que: "Están prohibidas y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela y en general todos los actos o conductas realizadas por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción en intercambio de bienes y servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general."

El Capítulo 3, con el título "Exclusión del carácter anticompetitivo de la concertación vertical de precios", la cuestión de la exclusión del carácter restrictivo de una conducta, inicialmente tipificada como ilegal, respecto a la exposición de su realidad económica, tanto por la doctrina como por el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la concertación vertical de precios es un acuerdo ilegal, una conducta económicamente ilegítima , aun así por su contenido y circunstancias, en teoría, toda conducta prohibida por las normas de defensa de la competencia puede ser reconsiderada para ser tratada como legal e, incluso, beneficiosa para el sistema de mercado en casos puntuales. En efecto el Artículo 12 de la Ley de la materia, con el título "Exenciones a la prohibición", puntualiza que: "Están exentos de la prohibición contenida en el artículo anterior los acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria autorización previa, siempre y cuando se cumplan todas las siguientes condiciones": Mejora de la producción, el acuerdo vertical de precios podrá permitir que productores mantengan cierto control sobre su producto en el mercado, permitiendo así la implementación de estrategias de crecimiento o de incremento de la producción que finalmente se traduciría en un mejor aprovechamiento de los recursos.: Otro requisito es mejorar la comercialización y distribución; al igual que la promoción del progreso técnico o económico; entre las condiciones particulares, del antedicho Artículo 12 para las exenciones son constan el permitir a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas; que no impongan restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y, que no otorguen a los operadores económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados. El capítulo culmina con la presentación del criterio normativo de la Unión Europea y de los Estados Unidos de Norte América, en particular, respecto de la Unión Europea, se cita el texto del apartado 3, del Artículo 81- 101 de la versión consolidada del Tratado, que a la letra dice

"3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- Cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas
- Cualquier práctica concertada o categoría de prácticas 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, y 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."

El Capítulo 4, con el título "Conclusiones: Criterios para la determinación de la concertación vertical de precios como conducta anticompetitiva de resultado", de las que mencionamos aquella que afirma que: De la totalidad del análisis realizado en la presente investigación se que tanto la posición general de la doctrina como la situación normativa ecuatoriana hacen a la concertación vertical de precios prohibida por el derecho de competencia. Aun así, se puede afirmar que los acuerdos verticales se encuentran supeditados a sus efectos reales en el mercado, debiendo éstos contener, en el caso ecuatoriano, restricciones a la competencia, lesión a los derechos del consumidor o atentar contra la eficiencia económica y el bienestar general. Entre las recomendaciones, resalto aquella que pone énfasis en el hecho que: El Superintendente de Control del Poder de Mercado, bajo el numeral 6 del Artículo 44 de la LORCPM, es competente para establecer parámetros técnicos que permitan la aplicación y cumplimiento de la Ley; por esto, parecería pertinente que se realice especificaciones respecto al contenido económico de los acuerdos ilegales, específicamente la concertación vertical de precios, con observancia a sus formas de manifestación, finalidades y posibles justificaciones. Esto con el fin de garantizar la correcta aplicación de la

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en los procesos sancionadores.

Por fin, le comunico que la tesis contiene un tema de interés actual, ha sido aceptablemente estudiado, no obstante que existen fallas en la forma, se aprecia evidencias de un importante esfuerzo de investigación, por lo que le asigno la nota de nueve puntos sobre diez.

Del señor Decano con las seguridades de mi más alta consideración, me suscribo.

Muy atentamente,



Dr. Víctor Cevallos Vásquez
PROFESOR INFORMANTE

Quito, 2 de octubre de 2015

Señor doctor
Manuel Jiménez Moreano,
Secretario de la Facultad de Jurisprudencia,
Presente.

Señor Secretario:

Por medio de la presente, me permito informar a usted que he revisado atentamente el trabajo de disertación que ha presentado el señor José Vera García alrededor de la legalidad de la concertación vertical de precios, a luz de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado.

La disertación ha sido trabajada con conocimiento y, salvo algunos defectos de forma, es precisa en tratar el tema, sin llegar a las consabidas ampulosidades tan propias de los trabajos que en este orden realizan los estudiantes. Además, trata un aspecto interesante, de actualidad, y que promete un desarrollo posterior con el tratamiento que realicen otras investigaciones sobre esta misma materia.

Con este antecedente, califico al trabajo con la nota de nueve sobre diez.

Con sentimientos de consideración y estima.

Muy atentamente,

Irving Iván Zapater

Agradecimiento

Al Dr. Juan Francisco Palacios, por haber supervisado la realización de la presente investigación.

A mis maestros, familia y amigos.

ABSTRACT

La presente investigación pretende abordar el problema de la concertación vertical de precios, prevista en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2011) como un acuerdo ilegal, pero que, desde la doctrina y los principios generales del sistema antimonopolios ecuatoriano, puede ser reconsiderada y verse exenta de la prohibición, siempre y cuando cumpla con determinadas condiciones jurídicas y económicas.

Tanto en el sistema antimonopolios comunitario de la Unión Europea como en el Derecho Antitrust estadounidense, las concertaciones verticales y su potencial anticompetitivo han estado sujetas a un extenso debate. El reciente desarrollo normativo de la Comisión Europea y los nuevos hitos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la materia –específicamente, el del caso Leegin Creative Leather Products vs PSKS (2007)– han expuesto situaciones en que no se verifica daño alguno por parte de operadores económicos concertados a nivel vertical respecto a sus precios, en contra de sus competidores, llegando incluso a redimir ciertos beneficios macroeconómicos.

Debido a la reciente implementación de un sistema plenamente aplicable de Derecho de Competencia y a la corta experiencia institucional del Ecuador en la materia, resulta necesario afinar y contextualizar las conductas que recoge la Ley, más aun cuando se trata de realidades económicas complejas, sujetas a diversas variables y modalidades, como es el caso de la concertación vertical de precios. Por esto, la presente investigación tendrá como objetivo delimitar el contenido económico y jurídico de la concertación vertical de precios, con el fin de precisar los criterios de análisis a implementar por los órganos de control nacionales.

LA LEGALIDAD DE LA CONCERTACIÓN VERTICAL DE PRECIOS A LA LUZ DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULOS

1. La concertación o acuerdo de precios

1.1 Incidencia jurídica y contenido económico

1.2 El acuerdo horizontal

1.3 Generalidades sobre el acuerdo vertical

1.4 Mercado relevante

1.4.1 Determinación del mercado relevante en las concertaciones verticales de precios

2. La concertación vertical de precios

2.1 Contenido y características jurídicas.

2.2 Formas de manifestación

2.2.1 Fijación de precio máximo

2.2.2 Fijación de precio mínimo

2.3 Los problemas de la fijación vertical de precios para el Derecho de Competencia

2.4 La fijación vertical de precios en el Derecho ecuatoriano

2.4.1 La concertación vertical de precios en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

3. Exclusión del carácter anticompetitivo de la concertación vertical de precios

3.1 Régimen de exenciones

3.1.1. Presupuestos generales

3.1.1.1 Mejora de la producción

3.1.1.2 Mejora de la comercialización y distribución

3.1.1.3 Promoción del progreso técnico o económico

3.1.2. Condiciones particulares

3.1.2.1. Que participen los consumidores del beneficio

3.1.2.2. Que no impongan restricciones secundarias

3.1.2.3. Que no posibiliten la eliminación de la competencia

3.1.3. Reglas de aplicación

3.1.4. El criterio normativo de la Unión Europea

3.2. El criterio general de evaluación

3.2.1. Distorsión o restricción de la Competencia

3.2.2. Atentado contra la eficiencia económica

3.2.3. Afectación de los derechos del consumidor

3.2.4. Menoscabo del bienestar general

3.2.5. El Derecho antitrust estadounidense

3.3. Regla de Mínimis

4. Conclusiones: Criterios para la determinación de la concertación vertical de precios como conducta anticompetitiva de resultado.

4.1. La Legitimidad económica

4.2. La Legalidad

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA

Introducción

La libre formación de los precios es uno de los supuestos primordiales para el correcto funcionamiento de las economías de mercado. A esto, el razonamiento jurídico se ha encargado de formular mecanismos para su protección, sea por medio de incentivos económicos o con la implementación medidas correctivas o sancionatorias en contra de los particulares. Las fijaciones concertadas de precios son quizás las conductas por excelencia reprimidas a dicho título, tanto así que se encuentran sancionadas en la Sección Primera del Sherman Antitrust Act (1890) de la legislación estadounidense que, junto a su predecesor canadiense de 1889, es considerado el primer cuerpo normativo ordenado en materia de Derecho de Antimonopolios o de Competencia.

El concierto de las voluntades de operadores económicos competidores en un mercado con el fin de fijar los precios bajo sus intereses particulares ha sido identificado como perjudicial entre la unanimidad de los tratadistas: la subida injustificada de precios en perjuicio de los consumidores, la creación de barreras para nuevos competidores y su potencial facilitador para la constitución de oligopolios comerciales son los efectos negativos asociados con los acuerdos de precios, y han servido de fundamento para mantener prohibiciones rígidas en su contra.

La atomización de los operadores especializados en la distribución dentro de los mercados ha dado paso a consideraciones jurídicas y económicas respecto a la competencia a nivel vertical, en los distintos niveles de la cadena de producción. Así, la comunicación entre distribuidores y productores de un mismo bien –aun cuando se acepta como necesaria e inevitable– puede también manifestarse en pactos relativos al precio final de venta al público. Si bien el criterio general sobre las fijaciones de precios ha sido tajante respecto a su carácter anticompetitivo, las diferencias entre las relaciones verticales y horizontales han impulsado a las legislaciones nacionales a diferenciar entre concertaciones verticales y horizontales de precio.

La Unión Europea, con el Reglamento (UE) N o 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010, sustituyendo a su antecesor de 1999, ha incorporado un régimen especial que busca eximir de responsabilidad a los operadores económicos que realicen determinadas

formas de concertaciones verticales, incluyendo aquellas direccionadas a fijar los precios; esto en relación a realidades económicas complejas, como son los sistemas de distribución selectiva que, en principio, ofrecen mejores resultados económicos y mayores facilidades para los consumidores. Todo esto bajo el presupuesto de la diferencia de las concertaciones verticales de las horizontales, y la aceptación de los potenciales beneficios de las primeras.

El debate sobre la naturaleza de las concertaciones verticales de precios y sus diferencias reales respecto a las horizontales ha alcanzado mayor relevancia en los últimos años con la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América del caso Leegin Creative Leather Products vs PSKS del año 2007, en la que se supera la línea jurisprudencial permanente por casi un siglo y se establece nuevos paradigmas que abren paso al análisis casuístico de los efectos económicos en de las concertaciones verticales de precios, dejando atrás la prohibición absoluta permanente en el tratamiento de los acuerdos horizontales.

El antecedente normativo lejano del Derecho de Competencia Ecuatoriano se presentó a nivel comunitario en 1971, en la Decisión 45 de la Comunidad Andina (entonces Pacto Andino), con las "Normas para prevenir o corregir prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión". Posteriormente se sustituye dicha decisión por la 230 de 1987, la misma que fue reemplazada en 1991 por la Decisión 285 sobre las "Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia" (Barzallo Sacoto, 2013). La normativa de la Comunidad Andina, en el año 2005, pretendió avanzar a nivel institucional y volverse efectiva dentro del territorio ecuatoriana con las decisiones 608 y 616 respectivamente, pero sin mayores resultados prácticos (Barzallo Sacoto, 2013).

A esto, y por la necesitad emergente del Ecuador de dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales para con los Estados miembros de la Comunidad Andina de Naciones, el 14 de Marzo de 2008 Rafael Correa Delgado, en calidad de Presidente constitucional, emite el Decreto ejecutivo número 1614 que versa sobre las "Normas de aplicación de la Decisión 608 de la CAN". Este instrumento normativo, en su Artículo primero, designa como autoridad de control de la libre competencia al Ministro de Industrias y

Productividad, y crea a la Subsecretaria de Competencia, dentro de dicho Ministerio, como organismo de investigación. Los Artículos 15, 16 y 17 del mencionado Decreto, no establecen de forma clara las sanciones administrativas, sino que dejan abierta la posibilidad al organismo de control de cuantificar los daños y el beneficio de la conducta calificada como anticompetitiva. Aun así, el Derecho de Competencias ecuatoriano no tuvo mayor relevancia social ni determinó de forma positiva la cultura comercial.

Desde el 13 de Octubre del 2011, entra en vigencia la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y consigo se presenta el reto a nivel institucional y doctrinario de aplicar e interpretar las nuevas instituciones del sistema jurídico de competencias ecuatoriano. Aun con su experiencia a nivel comunitario, el Estado ecuatoriano no ha procurado desarrollar criterios técnicos para evaluar de forma pormenorizada conductas sancionadas a título de ser restrictivas para la competencia, como es el caso de la concertación vertical de precios. Este cuerpo normativo, a diferencia de los anteriores, establece de forma inequívoca a la concertación vertical de precios entre el catálogo de acuerdos ilegales.

Con todo, la presente disertación toma como objetivo general determinar y desarrollar el contenido de las circunstancias que excluirían el carácter anticompetitivo de las concertaciones verticales de precios, esto en base a la hipótesis de que bajo determinadas condiciones no resulta restrictiva para la competencia. En el Primer Capítulo se revisaran las generalidades del acuerdo de precios indistintamente, sus características, formas de manifestación y efectos; el Segundo Capítulo buscará aproximarse de lleno a la concertación vertical de precios y su situación en el Ecuador; el Tercer Capítulo revisará desde Derecho comparado y las posibilidades normativas presentes en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y su respectivo Reglamento, las posibilidades para excluir el carácter anticompetitivo de la concertación vertical de precios. Finalmente, en el Cuarto Capítulo, se desarrollarán los parámetros a observarse para el análisis de los efectos económicos de la concertación vertical de precios en el marco del Derecho ecuatoriano, para así determinar su carácter restrictivo o benéfico y, finalmente, su legalidad o validez jurídica

Capítulo 1: La concertación o acuerdo de precios

La economía ecuatoriana, a la luz de la Constitución de 2008, para Marcelo Marín Sevilla (2013), ha optado por una postura intermedia entre un acercamiento social y el libre mercado; ya sea con matices puramente ideológicos –en relación a la Carta Política de 1998– el constituyente ecuatoriano estableció principios tendientes a la intervención activa en la economía. A esto, la existencia de un mercado libre e incluyente supone condiciones para que los distintos actores de la economía participen de forma proporcional en los beneficios de la producción, sin que ello implique prácticas ilegítimas o desleales.

La competencia, en economía, no es un estado de rivalidad o de lucha entre los operadores económicos sino que implica *"una multitud de participantes, cada uno de los cuales es tan pequeño con respecto a la totalidad del mercado que no tiene influencia significativa, ya sea en el mercado o sobre otros competidores"* (Havenan & Knopf 1967: p. 173). De esto, se puede determinar que el contenido esencial de la anticompetitividad es la posibilidad de uno o varios operadores económicos de condicionar, de forma significativa, el mercado por sus actuaciones, en perjuicio de los demás operadores o de los consumidores. La Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES) en el Plan Nacional del Buen Vivir (2013-2017), determina el desarrollo nacional, bajo el fundamento del aumento de la producción económica a través de la competencia y la integración económica, a nivel nacional y regional (2013, p. 77). Con esto, la intención de la planificación ecuatoriana parecería direccionarse hacia la consolidación del sector productivo, conformando bloques comerciales dentro del mercado mundial; esto, sin menoscabo de promover condiciones de comerciales favorables para el mercado nacional que, ya con la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, encuentran su marco normativo de correctivos en el Derecho de Competencia.

El precio, desde la perspectiva del consumidor, es una variable de mercado que expresa en una cantidad monetaria el grado de necesidad y escasez que tienen los bienes y servicios. (Restrepo, 2011). Para el ente productor, en cambio, el precio se define *"por medio de la famosa fórmula matemática de precio = costo unitario total + utilidad razonable"* (Restrepo, 2011: p. 11); es decir, el valor que los consumidores deben pagar por un producto debe comprender la totalidad de costos para su producción, así como el beneficio

o utilidad económica del productor. La formación de los precios, para Martha y Rubén Calderón Jaramillo (1991), implica que los agentes de consumo y producción contribuyan con la estimación de un precio en razón de sus intereses y expectativas económicas.

La necesidad de un mercado competitivo no radica en ideologías, sino en la instauración de contrapesos económicos por los oferentes hacia los mismos oferentes para la formación de precios en observancia de las necesidades de los consumidores. Al existir diversidad de operadores económicos, iguales en condiciones, la posibilidad de que uno de estos eleve sus precios por sobre los estándares del mercado resulta absurdo, debido a que los consumidores tienen la posibilidad de elegir el producto más conveniente en razón a su calidad y precio (Havenan & Knopf, 1967). Pero, en el caso de monopolios comerciales o, específicamente, en mercados en que los oferentes se encuentran concertados en materia de precios, la posibilidad de los consumidores para elegir se ve diezmada y queda abierta la oportunidad para el alza de precios.

En general, la doctrina antitrust reconoce dos grupos para catalogar las prácticas contrarias a la libre competencia: las conductas concertadas o acuerdos ilegales, y los abusos de posición dominante (Marín Sevilla, 2013). El abuso de posición dominante comprende los actos de operadores económicos, con cuotas mayoritarias en un mercado que son encaminados a desplazar a sus competidores, concentrando así la demandada de forma ilegítima (Cabanellas, 2005). De entre los abusos de posición dominante se encuentran la fijación de precios predatorios y la imposición de cláusulas de exclusividad. Las conductas concertadas, en cambio, se establecen desde *"un acuerdo (…) entre rivales, comúnmente conocido como 'cartel', cuyo objeto es fija precios, repartir el mercado o restringir la cantidad producida."* (Tapia, 2010: p. 117)

El Derecho ha procurado vigilar y prohibir las concertaciones de precios en razón a sus efectos nocivos; la ciencia económica, en cambio, mediante políticas preventivas, ha buscado acabar con dicho fenómeno –al menos dentro de los operadores económicos con gran participación en el mercado– que de incurrir en concertación podrían constituirse en oligopolio (Fellner, 1949). Todas las conductas anticompetitivas concertadas tienen efectos, sean directos o indirectos, sobre el precio final al consumidor (Cabanellas, 2005); pero no es sino el acuerdo de precios el que condiciona directamente dicha categoría

económica, por lo cual, tanto el Derecho como la Economía han dado especial tratamiento a su naturaleza y efectos. La fijación concertada de precios entre los operadores económicos de un mismo mercado resultaría un mecanismo tendiente a la exclusión de los demandantes en la valorización económica de los productos (Herrero Suárez, 2011). A esto, la necesidad de contrarrestar dichos efectos distorsionadores del sistema social de libre mercado, dio paso a los primeros razonamientos relativos al Derecho Antimonopolios.

Para la ciencia económica el problema del acuerdo de precios reside en su contraposición al concepto mismo de competencia, debido a que si en un mercado los oferentes fijan los precios de forma paralela, su incidencia colectiva puede presentarse como una potestad arbitraria para formar los precios independientemente de los consumidores. Así también la situación contraria, bajo estricta lógica de mercado solo la ley de oferta y demanda puede propiciar precios equilibrados, con lo que las fijaciones realizadas exclusivamente por los consumidores van a responder a sus intereses particulares y perjudicarían a sus contrapartes (Fellner, 1949).

El Derecho de Competencia, al limitar las actuaciones de los agentes económicos excluyendo prácticas restrictivas y colusorias que fomenten distorsiones ilegítimas del mercado (Barzallo Sacoto, 2013), debe procurar fomentar una cultura comercial acorde a los valores constitucionales de la política económica y comercial (Marín Sevilla, 2013). Como cualquier disciplina jurídica el Derecho Antitrust o de Competencia protege un bien o valor jurídico, que es, en concreto, el la libre competencia entre agentes económicos. Si entendemos a dicha libre competencia como el estado de libertad política económica que permite la participación en el mercado por parte de los agentes económicos (Ybar Abad, 2010), la existencia de condicionamientos, fruto de acuerdos o consorcios entre oferentes ya ubicados en el mercado, puede representar un obstáculo para el ingreso de nuevos oferentes que deberían enfrentarse a coaliciones con facilidades para manipular, incluso, los precios.

En general, son dos las consecuencias que nacen de las prohibiciones del Derecho Antitrust en contra de determinados actos: la sanción y la nulidad (Cabanellas, 2005). Más allá de mecanismos reparatorios y correctivos que cada ordenamiento jurídico establezca,

los operadores económicos involucrados en acuerdos de precios –o cualquier otra forma anticompetitiva– determinados ilegales por las autoridades competentes son sancionados, en tanto que sus actitudes, a más de tener relevancia privada, lesionan a la competencia económica.

La declaratoria de nulidad resulta especialmente importante en lo concerniente a las conductas contrarias a la competencias basadas en acuerdos, debido a que estas pueden reflejarse en clausulas contractuales que en principio determinen obligaciones recíprocas entre las partes (Sullivan & Grimes, 2006). Así la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en el inciso final del Artículo 11, establece como "nulos de pleno derecho" los acuerdos ilegales allí contenidos.

1.1. Incidencia Jurídica y contenido económico

La concertación de precios es un fenómeno comercial que para el Derecho Antitrust o de Competencia resulta una conducta calificada como anticompetitiva debido a que implica la formación del precio al consumidor desde la decisión unilateral de oferentes establecidos en un mercado (Herrero Suárez, 2011). La concertación, restricción concertada o acuerdo de precios, para Javier Cortázar Mora, es *"la determinación o determinabilidad del precio de venta o de compra"* (2011: p. 65). Este concepto especifica que la determinación no es sinónimo de igualar precios, sino de la fijación del mismo; ya sea mediante fórmulas de cálculo, establecimiento de precios mínimos fijos o referenciales, descuentos, reembolsos, términos y condiciones de crédito, etc.

Los países con normativa para la defensa de la competencia suelen valorar al pacto de precios como una forma de colusión, en razón a sus efectos nocivos en las economías de mercado. (Cevallos Vásquez, 2001). El mismo Adam Smith, reprochando con dureza dicha práctica, expresa textualmente *"Rara vez se verá juntarse los de la misma profesión u oficio, aunque sea con motivo de diversión o de otro accidente extraordinario, que no concluyan sus juntas y sus conversaciones en alguna combinación o concierto contra el beneficio común, conviniéndose en levantar los precios de sus artefactos o mercaderías"* (1776: pp. 223-224). Así como Adam Smith la gran mayoría de autores modernos –

defensores del liberalismo– rechazan toda forma de acuerdo de precios, llegando incluso a censurar toda forma de comunicación entre los oferentes.

La postura tradicional, que excluye toda forma de acuerdo de precios, tiene su fundamento en el axioma del Derecho de Competencia que Alberto Rodríguez Cano (2011) identifica como la protección del sistema de mercado que, bajo el ideal clásico de la competencia perfecta, implica establecer las condiciones necesarias para que la interacción recíproca y la libre concurrencia entre oferentes y demandantes determine los precios. A esto, cualquier práctica entre los agentes económicos que tenga por objeto determinar precios de forma concertada, deformaría el sistema de mercado y últimamente, excluiría a los demandantes en la formación de los precios (Marín Sevilla, 2013), dando paso a imposiciones arbitrarias por parte de los oferentes. Dicha postura, ha sido superada por esfuerzos teóricos y jurisprudenciales que promueven el tratamiento diferenciado entre concertaciones horizontales y verticales, siendo el carácter anticompetitivo de estos últimos circunstanciales y relativos a las finalidades específicas del acuerdo. (Cortázar Mora, 2011).

Javier Cortázar Mora (2011) considera que el pacto o la concertación de voluntades entre los agentes económicos no necesariamente se expresará en escrito, debiendo únicamente existir una *"conjunción de voluntades expresa o tácita*" (2011: p. 59) de igualar o determinar los precios. El mismo autor señala que debido a la amplitud de forma en la que se puede expresar el acuerdo pueden existir complicaciones en materia probatoria, especialmente en los casos de acuerdos tácitos, en que no existe una forma univoca de establecer la concertación de voluntades. En cambio, en los casos de acuerdos verbales, dependerá de cada legislación la determinación de los mecanismos probatorios idóneos o legítimos, que, en general, se someterán a las reglas del contrato o convenio verbal (Sullivan & Grimes, 2006).

El acuerdo de precios –desde una perspectiva netamente economicista– puede considerarse en razón a su formación, siendo premeditado o espontaneo (Fellner, 1949). El acuerdo espontáneo equivaldría a la conjunción tácita de voluntades que, sin un acuerdo formal, determinan los precios con actitudes o estrategias similares. El premeditado, como su nombre lo indica, requiere de planificación previa, sea verbal o escrita. Para nuestro

análisis, y teniendo en cuenta la incidencia jurídica de las concertaciones de precios, se pueden diferenciar dos dimensiones para la configuración de un acuerdo de precios: una subjetiva y otra objetiva. La dimensión subjetiva abarca el acuerdo –como conjunción de voluntades– entre los agentes económicos. Dicho acuerdo puede expresarse de forma escrita, verbal o tácita y se verifica con las actitudes voluntariamente paralelas que realizarían los agentes económicos. La dimensión objetiva, en cambio, recoge el contenido mismo del pacto, como la voluntad de los agentes intervinientes para manipular los precios.

Desde la Economía, el estudio de los acuerdos de precios se encuentra estrechamente ligado con el oligopolio comercial (Ortiz Blanco, Luis; Lamadrid de Pablo, Alfonso, 2012). Este es un fenómeno que, por la existencia de pocos competidores relevantes en un mercado, da paso a una formación de precios bajo la perspectiva exclusiva de los oferentes, debido a la negativa que el oligopolio impone al consumidor para elegir entre otras marcas (Vives, 1999). Además se debe observar que *"en un oligopolio existen ciertos fenómenos que impiden la entrada de suficientes empresas al mercado y esto es lo que provoca que, siendo pocas, alguna sea mayor y empiece a imponer su voluntad"* (Shettino, 2002: p. 113).

Si bien el Derecho Antitrust no procura –desde la teoría– corregir el fenómeno del oligopolio, puede interrumpir lo que Cournot (1839) llamaba la comunicación estratégica, que mantienen los oligopolistas para controlar los precios. Dicha tesis acerca del oligopolio depende de la existencia de comunicación y planificación respecto a los precios y solo bajo dicho presupuesto el orden sancionatorio antitrust puede intervenir.

Existen distintas configuraciones para el acuerdo de precios que se clasifican en horizontales y verticales. El acuerdo horizontal se da entre agentes de un mismo nivel de una cadena productiva, entre competidores directos de un mismo mercado (Cortázar Mora, 2011). Por ejemplo, dos o más supermercados, dos o más productores de textiles, etc. Debido a que el acuerdo horizontal supone que entre contendientes directos en un mercado exista comunicación para efectos de la determinación del precio, su naturaleza anticompetitiva parecería evidente. Las fijaciones de precios verticales, en cambio, requieren que los agentes económicos concertados pertenezcan a una misma cadena

productiva pero en distintas etapas, pudiéndose configurar entre los distintos niveles de producción y refinamiento de materias primas o entre los productores y los distribuidores. Dichas formas colusorias también son conocidas como acuerdo interno o de empresa (Cabanellas, 2005), entendida la "empresa" como una abstracción económica que recoge a una línea productiva, sin importar que exista independencia patrimonial o societaria entre los agentes intervinientes.

1.2. Concertación Horizontal

Como ya queda expresado, el fundamento para la existencia del Derecho de Competencia es la protección del sistema de mercado, entendido como la libre concurrencia entre oferta y demanda para la formación de los precios (Rodriguez Cano, 2011). Dicho esquema determina la participación de los consumidores en la valorización económica de los productos según sus expectativas, necesidades y, sobre todo, capacidad adquisitiva. De existir acuerdos entre los oferentes que fijen precios, independientemente de la demanda, el efecto sería desventajoso para las economías particulares de los consumidores que deberían asumir precios fijados sin consideración de su situación económica

Si bien toda conducta anticompetitiva –sea concertada o unilateral– tiende a tener efectos, directos o indirectos sobre los precios (Cabanellas, 2005), la fijación de precios por parte de agentes económicos competidores entre sí es, quizás, la conducta que de forma más puntual y relevante afecta a la formación de precios; ya que implica el voluntario establecimiento o unificación de precios con el fin de incrementar su beneficio, desconsiderando potenciales perjuicios hacia los consumidores.

Un mercado sumido bajo acuerdos horizontales relativos al precio se detecta particularmente en la afectación a los competidores no concertados, en el acceso al mercado de nuevos competidores y en la capacidad de elección de los consumidores (Fellner, 1949). La doctrina reconoce tres efectos que en síntesis expresan el carácter anticompetitivo en las concertaciones de precios: incremento injustificado de precios; cierre del mercado a competidores nuevos o potenciales y, la facilitación para el establecimiento de oligopolios comerciales (Herrero Suárez, 2011).

Sobre el cierre del mercado a competidores nuevos o potenciales: como ya quedó expresado, la finalidad clásica del Derecho de Competencia es proteger el sistema de mercado (Ybar Abad, 2010); a esto, la existencia de precios bajos, concertados por los agentes económicos actuales en un mercado, puede servir para crear condiciones de imposibles para nuevos oferentes que no podrían hacer frente a las economías de escala de los competidores concertados con más tiempo en el mercado y mayor disposición de recursos.

Sobre la facilitación para el establecimiento de oligopolios comerciales: ligado esencialmente al cierre del mercado a competidores nuevos potenciales. Con la imposibilidad de ingreso de nuevos competidores y el desplazamiento de los no concertados, el mercado se constituiría exclusivamente en razón a los oferentes favorecidos por el acuerdo (Fellner, 1949).

Sobre el incremento injustificado de precios: al encontrarnos ante una concertación horizontal, el aumento injustificado de los beneficios se plasma a través del alza de precios por los oferentes concertados a cargo de los consumidores (Herrero Suárez, 2011). Sea cual sea el mecanismo, las fijaciones horizontales de precios, así como cualquier otra conducta calificada de anticompetitiva, pretende aumentar los márgenes de ganancia de los operadores involucrados. Desde el momento que competidores de un mismo mercado deciden unificar o predeterminar sus precios, al no estar cambiando de ninguna forma el producto o aumentando la producción, su finalidad es extraer más del consumidor ofreciendo lo mismo (Cabanellas, 2005).

Los anteriores efectos anticompetitivos se entienden como perjuicios particulares del acuerdo horizontal, debido a que se enfocan en los demás oferentes no concertados y en los consumidores. A esto, los perjuicios macroeconómicos se configuran en relación a la naturaleza misma del mercado que procura la asignación del precio de cada producto según las necesidades de la sociedad y la capacidad que esta tiene de satisfacerlas. Sea que la política opere como ente para la vigilancia en la formación del precio, son las relaciones entre particulares, la producción y el consumo, las que determinan el valor monetario de cada bien o servicio (Parkin & Esquivel, 2006). En el caso que existan estructuras coordinadas entre los agentes de producción para fijar el precio el sistema de precios no

reflejaría la realidad económica, lo que acarrearía un agotamiento de la capacidad adquisitiva de los consumidores que puede dar lugar a estados de recesión económica (Moffatt, 2014)

En general, la distintos sistemas de Derecho de Competencia han procurado combatir la fijación horizontal de precios. En Estados Unidos de América, con el Sherman Antitrust Act, el prohibicionismo relativo a los acuerdos de precios horizontales ha sido terminante. A lo largo del siglo XX, la fijación concertada de precios en el Common Law se identificó como una práctica anticompetitiva per se, siempre ilegítima indiferentemente de las circunstancias. (Herrero Suárez, 2011). El criterio per se, es aquel que determina ciertas prácticas o conductas como anticompetitivas por su naturaleza misma, resultando ilegales de pleno Derecho, sin consideración de sus efectos negativos, intención ni causas (Marín Sevilla, 2013). Esto, atendiendo a la gravedad y difícil excusa que supone el pacto horizontal de precios.

Si bien el juzgamiento de toda conducta anticompetitiva debería considerar sus efectos reales en el mercado, en función de los fines específicos del Derecho de Competencia (protección del sistema de mercado); pero, en el caso de los acuerdos de precios horizontales, dentro del sistema jurídico estadounidense, la afectación a la libre competencia resulta evidente (Cabanellas, 2005), ya que su única finalidad es el aumento de precios al consumidor, maximizando así los beneficios de los oferentes concertados sin que medie ninguna mejora al producto o al proceso productivo.

En el Derecho Comunitario Europeo, bajo el Artículo 101 de la versión consolidad del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el acuerdo de precios horizontal es considerado como la figura principal de las prácticas llamadas “de cartel”. La norma europea explicita las modalidades de acuerdo de precios, reconociendo como anticompetitivos los códigos o lineamientos empresariales que tengan incidencia directa o indirecta en la determinación de los precios, los mecanismos concertados para calcular márgenes de comercialización e, incluso, la organización conjunta de sistemas para la estabilización de precios (Cabanellas, 2005).

En el Ecuador la postura respecto a las concertaciones horizontales es clara en lo que a su carácter anticompetitivo se refiere. El Artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en su primer numeral, establece a la fijación concertada o manipulación de precios como una de las conductas pertenecientes al listado de los acuerdos o prácticas prohibidas:

> *1. Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.*

La norma citada considera como formas de distorsión los distintos mecanismos para la manipulación del precio. Esto concuerda con la doctrina, en tanto no se limita a la fijación de precios al simple establecimiento de una cantidad nominal, sino que reconoce otras formas más sofisticadas que podrían cumplir la función de determinar intencionalmente el precio por parte de los oferentes.

1.3. Generalidades sobre la Concertación vertical

Los nuevos paradigmas económicos establecen a la división del trabajo y la multiplicidad de momentos que agregan valor al producto final como la regla general en los procesos de producción. Así, la existencia de distintos operadores económicos hasta el momento de la comercialización del producto se vuelve cada vez más común en las economías de mercado. La distribución como un eslabón independiente de la cadena de producción, con complejidades y caracteres diferenciados, obliga al derecho a prever ilícitos antitrust de orden vertical, entre agentes pertenecientes a una misma línea de producción (Rojas, 2010)

La concertación vertical de precios es el resultado del acuerdo entre productores, de materias primas o de refinamiento, y los distribuidores, para la fijación del precio a la venta del producto final. Así, puede haber una fijación vertical de precios entre el productor de harina (productor de materia prima) y las panaderías (productor de refinamiento) y los supermercados (agentes de distribución). Sobre el acuerdo de precios vertical Alberto Zuleta Londoño (2011) considera a las relaciones entre los agentes económicos con el objeto de fijar los precios de la compra del producto y de su

distribución efectiva en el mercado. A esto, la concertación vertical de precios es también identificada como "de reventa" o "retail" debido a que entre los agentes intervinientes están aquellos no comercializadores, dígase productores, y su relación con el precio al consumidor es indirecta, siendo los distribuidores los que adquieren los productos para su posterior "reventa" al público (Zuleta Londoño. 2011).

En general, cuando los agentes económicos pertenecen a una misma línea de producción que agrega valor a un mismo producto final y las actividades que realizan se encuentran coordinadas, de forma consciente y paralela, con el fin direccionar los precios, se configuraría la concertación vertical (Cortázar Mora, 2011). Ésta es una modalidad de acuerdo de precios entre agentes productores y distribuidores en que se fija un precio máximo, mínimo o simplemente se encuentra predeterminado.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, con el caso Leegin Creative Leather Products vs PSKS (2007), diferenció las concertaciones de precios verticales (entre los agentes de una misma cadena de producción) y las horizontales (realizadas entre competidores directos en un mismo mercado relevante); para efectos de su tratamiento legal, declarando que la ilegitimidad absoluta de la concertación vertical de precios es cuestionable y que su naturaleza anticompetitiva, al igual que los demás acuerdos verticales diferentes a los de precios, es circunstancial (Cortázar Mora, 2011). Superando así un precedente jurisprudencial de casi cien años de antigüedad, Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co (1911).

Para la legislación comunitaria de la Unión Europea la cuestión de las concertaciones verticales es especialmente relevante, al punto de la Comisión Europea en 1999 emitió su Reglamento nº 2790/1999, posteriormente sustituido en 2010, que detalla un régimen especialísimo de exenciones para los acuerdos verticales, entre estos el de precios. Esto, debido a ciertas situaciones económicas que atomizaron la existencia de acuerdos verticales, principalmente el aumento de implementación de redes de distribución selectiva.

Por distribución selectiva se entiende a los procesos de difusión de bienes o servicios que limitan el número de locales de venta al público o casas comerciales, asegurando garantías

especiales, servicios técnicos postventa a cargo de los distribuidores minoristas; lo cual justifica precios superiores en relación a los demás competidores. La distribución selectiva es común en los mercados de automóviles, cosmética y relojería (Marketing Publishing Center, 1991). La distribución selectiva puede ser cualitativa o cuantitativa. Es cualitativa cuando los criterios para la aceptación de nuevos distribuidores se rigen bajo parámetros objetivos; sean técnicos, infraestructurales o de capital, los aspectos que debe cumplir el distribuidor para ser abastecido por el productor están direccionados a garantizar los beneficios que esperan los consumidores por la naturaleza del producto (Creus, 2006).

La distribución selectiva cuantitativa, en cambio, no contiene criterios de selección tendientes a la calidad del producto sino que observa estrategias comerciales directamente encaminadas al control directo por parte del productor respecto al número de distribuidores autorizados en determinadas zonas geográficas, o respecto a la cantidad de bienes que efectivamente pueden ser comercializados (Creus, 2006). Debido a la posición de poder que tienen los productores en los sistemas de distribución selectiva, el derecho de competencia europeo optó por dar rigidez a la posibilidad de celebración de acuerdos verticales.

Marcelo Marín Sevilla (2013), en sus comentarios respecto a los acuerdos anticompetitivos contemplados en la Art. 11 de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, considera que el pacto de precios de reventa puede ser justificable desde una perspectiva de eficiencia económica, cuando éste permite la provisión de servicios de pre y post venta. También, desde una perspectiva apegada a lo jurídico, la concertación de precios vertical resulta circunstancialmente anticompetitiva debido a que los agentes intervinientes no se encuentran dentro de un mismo mercado relevante ni son competidores entre sí, lo que diversifica sus resultados, volviendo absurdo el prohibicionismo absoluto. (Montt & Nehme, 2010).

Una de las virtudes potenciales del acuerdo vertical de precios es que pueden propiciar la participación de los productores, y los otros agentes intervinientes en las etapas previas a la distribución, en la formación de los precios. Los agentes de distribución se comunican directamente con los demandantes y, finalmente, determinan los precios (Montt & Nehme, 2010). Con la posibilidad de que los agentes productores participen a través de pactos con

los distribuidores en la determinación del precio a la venta o reventa, podría facilitarse la eficiencia en la formación de precios, que contendrá las expectativas de todos los agentes intervinientes, reflejando así la situación real de las cadenas productivas y excluyendo posibles tergiversaciones por parte de los agentes de distribución. Aunque lo expuesto parezca responder a una lógica pública y a ideales políticos concretos, según Nicolás Rojas Covarrubias (2010), las restricciones que devienen de acuerdos verticales, cuando son impuestas por los productores, por regla general, se alinean a los intereses de los consumidores y, en efecto, dan por resultado mayor eficiencia económica.

Si bien la fijación de precios de reventa parecería, a primera vista, una práctica inofensiva a la libre competencia, puede propiciar abusos en la formación del precio final al consumidor, específicamente en los casos de precios mínimos que perjudican a los consumidores en tanto limitan su posibilidad de llegar a pagar menos por el producto (Zuleta Londoño. 2011). En el caso Albrecht v. The Herald Co. 390 U.S. 145 (1968), conocido y resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, se trató una situación de precio máximo para la venta de periódicos en que se evidenciaban efectos negativos hacia el consumidor, debido a que la fijación de un precio tope muy bajo acaba con la posibilidad del distribuidor pueda suministrar servicios adicionales que el consumidor puede desear y por los que puede estar dispuesto a pagar, independientemente del precio del producto principal.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano la postura genérica respecto a la naturaleza anticompetitiva de las conductas, alejándose absolutamente de un criterio de mera acción o per se, se encuentra en el Artículo 4 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, consagrando el criterio general de evaluación que impone la obligación de las autoridades de considerar el contenido y los efectos económicos reales de las conductas o situaciones juzgadas, sin que puedan utilizarse formulas presuntivas para el juzgamiento de las conductas. Dicho criterio será desarrollado en la parte pertinente de esta investigación

La Ley también prevé un sistema de exenciones que legitima las conductas concertadas tendientes a mejorar los procesos productivos, siempre que estas permitan la participación de sus beneficios a los consumidores de forma equitativa y determine el cierre del mercado

para otros competidores. Sobre el sistema de exenciones se realizará un análisis a profundidad en el Capítulo Tercero de la presente investigación.

A modo de conclusión, la diferencia conceptual entre el pacto horizontal y el vertical radica en los agentes intervinientes, ya que el supuesto general para que el pacto de precios sea anticompetitivo es que, actual o potencialmente, desplace a los competidores no concertados y exista una alza injustificada de precios al consumidor. Ya en el Ecuador, debido a la existencia del régimen de exenciones del Artículo 12 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y el criterio general de evaluación del Artículo 4 de su Reglamento, la condición inicial de ilegalidad del acuerdo vertical de precio se verá reconsiderado e, incluso, replanteado.

1.4. Mercado Relevante

Para realizar cualquier análisis sobre ilícitos del Derecho de Competencia –sean conductas concertadas o abusos de posición dominante– resulta indispensable dilucidar el norte que permita realizar una medición fiable de los efectos que el actuar de los agentes económicos implica a la libre competencia. De ahí la necesidad del concepto de mercado relevante, abstracción que permite determinar la cantidad de oferentes, así como el alcance de la participación de cada uno de estos en el mercado (Cerda, 2010).

La determinación del mercado relevante no es sino un momento previo para cualquier consideración entorno a los efectos anticompetitivos de conductas calificadas por el Derecho de Competencia. Permite dilucidar los limites en que los operadores económicos ejercen presión competitiva entre sí (Cabanellas, 2005). En el Derecho Ecuatoriano, la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, establece la obligación del ente regulador de la libre competencia –la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado– de delimitar el mercado relevante para cada caso sujeto a su conocimiento, lo que afirma al mercado relevante como *"marco de referencia para un análisis de competencia"* (Cerda, 2010, p. 9).

Tanto en el Derecho Comparado, como en ordenamiento jurídico ecuatoriano, son dos las dimensiones del mercado relevante: el mercado del producto y el mercado geográfico.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en su Artículo 5, considera dentro del mercado del producto al *"bien o servicio de la conducta investigada y a sus sustitutos".* La sustitución de un bien o servicio, desde la Económica, se da cuando las preferencias de los consumidores, costos y el uso proyectado de un bien o servicio, puede ser sustituido por otro, así no tengan características absolutamente análogas (Spencer, 1993). En síntesis, se debe entender que la dimensión o mercado de referencia del producto engloba, tanto los productos de distintas marcas pero de similares características, como aquellos que, si bien no son similares, pueden ser usados para fines paralelos o sirven para satisfacer una misma necesidad.

Felipe Cerda Becker diferencia la sustituibilidad según "*I) (...) los usos y características de los productos, III) preferencias del consumidor y motivación para la demanda del producto, III) elasticidad de la demanda, IV) elasticidad cruzada de la demanda*" (2010: p. 12). Todas estas posibilidades de motivación para la sustitución, deben considerarse para la determinación del mercado de producto, sin caer en formas rígidas y en atención al principio de primacía de la realidad, contemplado en el Artículo 3 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

La dimensión o mercado geográfico es la zona o limite espacial en que los operadores económicos se encuentran ofertando y comercializando sus productos a los consumidores. La Comisión Europea –en su comunicado respecto al mercado relevante– establece al mercado o referencia geográfica como *"la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas"* (EUR-Lex, 1997)

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, considera al mercado geográfico según las fuentes de aprovisionamiento en consideración de los costos en que los consumidores deberían incurrir para acceder al producto ofertado; prevaleciendo la eficiencia de las transacciones, como criterio para definir un mercado geográfico (Marín

Sevilla, 2013). Así el mercado geográfico de los productos no se encuentra limitado por divisiones territoriales de origen político, sino por las facilidades económicas que existan para el acceso de los productos por lo que, a modo de ejemplo, en zonas fronterizas puede resultar igual o más conveniente para un industrial adquirir sus insumos en la nación extranjera que del productor local, sea por diferencias cambiarias, facilidades transaccionales e, incluso, costos de transporte.

Tanto la dimensión del producto como geográfica comprenden un mismo concepto de mercado relevante, por lo cual su estudio y aplicación a controversias no puede ser aislada (Montt & Nehme, 2010). En un mercado donde existan operadores económicos encontrados en la misma zona geográfica donde despliegan su giro de negocios, se requiere necesariamente que sean también competidores por sus productos, de no ser así, sus ofertas simplemente compartirían un mismo espacio, pero serían indiferentes entre sí. Así también, los productores que ofertando bienes o servicios de características análogas se encuentran aislados en razón de su referencia geográfica, no serían competidores entre sí.

1.4.1. Determinación del Mercado Relevante en las concertaciones verticales de precios

Para el conocimiento de las concertaciones de precios –así como para cualquier otra actividad ilegal para el ordenamiento jurídico antitrust– los entes vigilantes de la libre competencia deben realizar la determinación del particular mercado relevante, para así determinar los efectos reales de dicho pacto y, especialmente, para verificar los elementos constitutivos del mismo.

Como ya se ha revisado, el pacto de precios supone la existencia de agentes económicos que sean competidores directos en un mercado, en el caso del pacto horizontal, o que correspondan a un mismo proceso o cadena productiva, cuando el pacto es vertical (Cortázar Mora, 2011). El marco referencial del producto y geográfico resulta indispensable para poder verificar si los agentes concertados se podrían o no considerar como competidores directos.

En el caso de las conductas que se refieran a relaciones verticales la situación acarrea mayor complejidad. Al incurrir varios operadores económicos dentro de un mismo proceso

productivo, la referencia geográfica y del producto no resultaría suficiente para verificar los presupuestos esenciales que hacen a un pacto ser vertical. Por esto, la doctrina ha considerado en los procesos en que se requiera rastrear a los distintos agentes intervinientes en un mismo proceso productivo la determinación de los mercados *"aguas arriba y aguas abajo"* (Cerda, 2010, p. 18)

Por mercado aguas arriba se entiende a los eslabones que conforman la producción de un determinado bien o servicio, aquellos proveedores de materias primas o industrializadores de productos finales (InfoLEG Gobierno de Argentina, 2001). El mercado aguas abajo, en cambio, se enmarca en los distribuidores y comercializadores dentro de un proceso productivo (Cerda, 2010). La referencia de estos conceptos para la determinación de un mercado relevante, se da en analogía al caudal de un rio: los procesos productivos, las aguas arribas, provén del flujo de productos para que los distribuidores, de aguas abajo, los esparzan dentro del nicho de mercado específico. Es también común en la práctica del Derecho Antitrust que se utilice el concepto de mercado aguas arriba para identificar a los momentos de producción "anteriores", respecto la actuación de un determinado operador económico (Cabanellas, 2005). Así, en relación al productor de pan, su mercado "aguas arriba" son sus proveedores de insumos (harina, leche, levadura, etc.).

Para determinar "la verticalidad" de un acuerdo de precios no se pueden evadir los conceptos de mercado aguas arriba y aguas abajo, si se tiene en cuenta que sus agentes intervinientes deben pertenecer a una misma cadena productiva. A esto, cabe señalar, que en el pacto vertical –así como en los demás acuerdos contrarios a la competencia– el mercado relevante del producto y el geográfico cumplen la función de verificar el alcance de la oferta de los operadores económicos concertados, lo que también permite estimar a los potenciales afectados por sus efectos restrictivos (Montt & Nehme, 2010).

Capítulo 2: La concertación vertical de precios

La concertación vertical de precios es la actividad voluntariamente paralela de operadores económicos pertenecientes a una misma cadena de producción para fijar unilateralmente los precios de su producto final. Es conocida también como concertación interna, de empresa o de marca, debido a que los operadores económicos intervinientes conforman un mismo proceso de producción para dar como fruto un mismo bien a comercializarse (Cabanellas, 2005). La forma más común –y que será el enfoque de la presente investigación– es aquella que se configura entre agentes productores o refinadores y los distribuidores o revendedores, debido a que son estos últimos los que finalmente determinan el precio de venta al público de los bienes y servicios. También se entienden como concertaciones verticales a aquellas realizadas entre los distribuidores mayoristas y los minoristas (Cortázar Mora, 2011)

En general, la naturaleza de la fijación vertical de precios no ha sido definida con exactitud por las leyes nacionales antimonopolios, sino que se trata de una clasificación producto de la experiencia comercial moderna (Cortázar Mora, 2011). La guía de la Unión Europea sobre restricciones verticales (2000) las define como "*los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios*"

El elemento clave para identificar a la "verticalidad" del acuerdo de precios es la pertenencia de sus agentes a una misma cadena de producción. La cadena de producción recoge todas las actividades económicas direccionadas a la extracción e industrialización de un bien y a su respectiva distribución al público que son realizadas por distintos operadores económicos (Parkin & Esquivel, 2006). La cadena de producción contempla también a los agentes de distribución que comercializan y prestan las facilidades a los compradores para el efectivo consumo del bien ofertado (Delelaux, 1982). Es importante señalar que es posible, y común en los tiempos actuales, que las características de agente de producción y de distribución se reúnan en un mismo operador económico (Delelaux, 1982). Es decir, que una misma unidad empresarial o agente económico cree, ensamble o

refine el producto y, a su vez, se encargue de presentarlo a la venta al público y facilite las transacciones. Dicho fenómeno no será tratado sino como mera referencia, debido a que la presente investigación, al tratarse de una forma específica de conducta concertada o acuerdo prohibido, requiere de la existencia de dos o más operadores económicos.

Históricamente, el acuerdo vertical no aparece de forma independiente de otros actos anticompetitivos o monopolizadores del mercado, sino que deviene de la regla general relativa a los acuerdos horizontales (Montt & Nehme, 2010). El antecedente remoto del reconocimiento de acuerdos verticales, dentro de la actividad jurisdiccional, se da en el Derecho Ingles, con el caso Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd vs Selfridge & Co Ltd (1915), en el que un productor de llantas(Dunlop), procurando que el precio de sus productos en el mercado se mantenga independientemente de la competencia, estableció fijaciones periódicas con su distribuidor (Selfridge), debiendo este último indemnizar a Dunlop si llegase a vender el producto a un precio inferior al recomendado. A esto, la decisión tomada por el órgano jurisdiccional fue declarar la ilegalidad de dicho acuerdo por condicionar de forma injustificada económicamente los precios a un mínimo**.**

Aunque dicho antecedente tiene un contenido comercial, éste sentó precedente en el Derecho Inglés respecto a la legalidad del acuerdo vertical, más allá de sus efectos anticompetitivos. Pero, no es hasta el año 1911, con la resolución de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América a la luz del Sherman Antitrust Act, con lugar al caso Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., en que se determina a la fijación de precios vertical como una conducta ilegal, de efectos anticompetitivos intrínsecos y necesarios, al igual que el pacto de precios horizontal.

Desde la resolución del caso Leegin Creative Leather Products vs PSKS (2007) por la Corte Suprema de los Estados Unidos, la consideración de la ilegalidad de la concertación vertical de precios, es superada para ya no estipularse bajo prohibición absoluta, propia de los acuerdos horizontales, y se optó por el análisis del impacto económico causado por el acuerdo en el caso específico (Cortázar Mora, 2011). Si bien en su génesis todos los pactos relacionados con la formación de los precios fueron considerados anticompetitivos e injustificables, los avances tecnológicos, las posibilidades de control y los mecanismos probatorios actuales permitieron a los magistrados norteamericanos superar el

prohibicionismo absoluto, especialmente en lo que a acuerdos verticales se refiere (Herrero Suárez, 2011).

La concertación vertical se presenta como una conducta aun más difícil de probarse que las concertaciones horizontales. Si bien sus formas tácita y verbal suponen el mismo grado de complejidad, las relaciones que de por sí mantienen los agentes de producción con los agentes de distribución, hace obligatorio preguntarse sobre cuáles son los acuerdos que específicamente son prohibidos. Teniendo en cuenta que la pertenencia de los agentes a una misma cadena de producción supone su comunicación, siguiendo el esquema general de los acuerdos relativos al precio, la clave de la anticompetitividad de las fijaciones verticales se verifica en el condicionamiento que presenten a la formación de los precios sea indiferente a la situación del mercado, a los demás competidores o a los consumidores (Rojas, 2010).

En términos estrictamente normativos, para la descripción de la fijación vertical de precios como conducta ilegal no existen consensos a nivel internacional. En el sistema norteamericano su contenido se delimita por la prohibición general respecto al pacto de precios de la primera sección del Sherman Antitrust Act (1890), sea horizontal o vertical, existiendo diferencias respecto a su consideración ya en la Administración de Justicia. En la Unión Europea, bajo el esquema del artículo 101 de su Tratado de Funcionamiento, la fórmula ocupada adquiere mayor especificidad debido a que expresamente señala a las fijaciones de "compra o de venta" como prohibidas.

En Ecuador, a la luz de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la situación de las concertaciones de precios verticales es bastante clara. En su Artículo 11 numeral 17, la Ley, reconoce a la "*fijación concertada e injustificada de precios de reventa"* como acuerdos ilegales. Como ya ha quedado señalado, la reventa indica el contenido mismo de las relaciones económicas de los operadores de una misma línea de producción: la enajenación que el productor realiza a favor de los distribuidores, es el momento en el que puede tener lugar la concertación vertical (Montt & Nehme, 2010). De no existir dicho momento de intercambio entre los agentes de una misma línea de producción, no puede existir pacto alguno.

El atributo esencial de las normas del Derecho Antitrust es su carácter preventivo y, para ello, se requiere de normas claras y de descripciones precisas respecto a las conductas calificadas de anticompetitivas (Ortiz Baquero, 2011). A diferencia de las concertaciones horizontales, el acuerdo vertical se enmarca dentro de relaciones económicas transaccionales de compra y venta que sirven a la intermediación económica. Por lo cual, y a nuestro parecer, la implementación de condiciones normativas genéricas y conceptos imprecisos como "reventa", "compra" y demás enunciados que de forma indirecta hagan referencia a la verticalidad de los acuerdos, es una innecesaria imprecisión jurídica que puede dar paso a indebidas interpretaciones.

2.1. Contenido y características jurídicas

Desde el Derecho Antitrust, las fijaciones verticales de precios corresponden a la categoría acuerdo ilícito o conductas concertadas anticompetitivas. Aun cuando las condiciones formales para su juzgamiento dependerán de cada ordenamiento jurídico, la doctrina, desde distintos acercamientos, identifica ciertas características de la fijación vertical de precios que pueden establecerse en los siguientes términos:

Es una conducta de orden colusorio: la fijación vertical implica el pacto o acuerdo previo entre operadores económicos. Como ya se ha expresado, el acuerdo puede ser verbal, escrito o simplemente tácito, cuando los oferentes coordinan de forma individual pero consiente su proceder. Ya en Derecho Civil y Mercantil, el término colusión sugiere la reunión de personas, sea naturales o jurídicas, para beneficiarse en perjuicio de terceros (Pothier, 2007), lo que trasladándose al Derecho de Competencias conformaría a los terceros afectados dentro del libre mercado, compuesto por los demás competidores y los consumidores (Delelaux, 1982).

Se configura entre agentes pertenecientes a una misma cadena de producción: para que se pueda hablar de una concertación vertical, los agentes que en ella intervengan o pretendan intervenir deben pertenecer a una misma marca. Para estos efectos la palabra "marca" no alude a su acepción en materia de propiedad intelectual, sino a su contenido económico, entendido como la referencia al producto final, a todos los procesos que lo componen y que han agregado valor hasta antes de su consumo (Cabanellas, 2005)

Su finalidad es la manipulación del precio: como consta en el Primer Capítulo de la presente investigación, en lo relativo a las generalidades sobre el acuerdo de precios, el objetivo esencial de los operadores económicos concertados es determinar el precio final al consumidor, según sus expectativas particulares como oferentes, sea mediante fórmulas de cálculo, fijación de precios mínimos o máximos, descuentos, reembolsos, términos y condiciones de crédito que influyan en lo que finalmente pagarían los demandantes por el producto (Cortázar Mora, 2011)

Del carácter colusorio de la concertación vertical, y de su incidencia en la formación del precio, se puede determinar que su contenido "antijurídico", y su naturaleza definitoria, reside en el acto de agentes intervinientes en la producción de un mismo producto, para manipular los precios sincronizando y/o repartiendo el beneficio que de ello provenga, esto sin perjuicio de intereses no inmediatos como el desplazamiento de terceros competidores, dando paso a la consecución de un mercado oligopólico.

La ciencia económica, en consideración de la estrecha relación que puede haber entre el acuerdo de precios vertical y el oligopolio comercial, configuró el concepto de "oligopolio colusivo" como aquel que aparece y se mantiene por medio de la coordinación 'amistosa' entre los operadores económicos (Fuentes & Matinez, 2001). Como ya menciona Macario Shettino, en relación al oligopolio comercial: "*cuando los miembros de un mercado oligopólico se ponen de acuerdo para fijar la política de precios, se dice que hay colusión. Este término designa una coordinación de actividades en perjuicio de terceros*" (Shettino, 2002: p. 113)

El elemento colusorio alude a la ilegalidad misma del acuerdo, independientemente de su forma. La prohibición de la colusión, desde su contenido civil, no solo favorece a la colectividad o a la generalidad de competidores de un mercado, sino que implica la nulidad de acuerdos comerciales que formalmente sean de conformes a la Ley, pero recojan efectos ilegítimos o contrarios al orden público (Santos Ballesteros, 2006). La tergiversación del precio en perjuicio a terceros expone el daño potencial implícito en la concertación vertical de precios y, en definitiva, su relevancia para el Derecho de Competencia.

Si bien el Derecho –como criterio de lo justo– parecería tener que optar por una postura o lineamiento político-económico para considerar aquello que resulta lesivo para la economía (Cooter & Ulen, 2009), la doctrina antitrust o de competencia ha alcanzado cierto nivel de independencia del razonamiento político, llegando al axioma que, en las economías de mercado existe la necesidad de condiciones o limitantes de orden público para garantizar la libre concurrencia de oferentes y demandantes. A esto, en Economías tendientes al intervencionismo económico a través de la constitución de monopolios legales, el rol del Derecho de competencia se vería menoscabado e, incluso, inoficioso.

Aunque la comunicación entre los eslabones del proceso productivo parezca indispensable, las normas jurídicas que tipifican y reprimen el acuerdo de precios buscan mantener la comercialización de productos dentro de los estándares legítimos del mercado según las condiciones de los demás oferentes y en consideración de las expectativas de los demandantes, esto teniendo en cuenta la existencia de un estado de competencia que no implique la extracción injustificada del excedente del consumidor, debido a la posibilidad que estos tengan para elegir otras ofertas (Havenan & Knopf, 1967).

2.2. Formas de manifestación

No existen fórmulas fijas o condiciones necesarias para que un pacto de precios sea o no anticompetitivo, sino sus efectos reales en el mercado (Cortázar Mora, 2011). De hecho, detrás de las actividades colusorias existen estructuras complejas, que responden a las circunstancias emergentes de cada sociedad, para maximizar el lucro ilícito que pretenden obtener los operadores económicos concertados (USlegal, 2003). A esto, el pacto de precios se considera según la realidad que éste busca, siendo la imposición de mínimos o máximos para la comercialización. Por precio mínimo se entiende al precio más bajo para la venta de un producto; el precio máximo, en cambio, es el tope o limite al que puede llegar el precio de comercialización (Calderón, Martha & Calderón, Rubén, 1991).

Aunque sea probable que el convenio ilícito estipule la unificación o la imposición de precios fijos, esto parecería especialmente difícil en las concertaciones verticales, que implican procesos intermedios de distribución que, en definitiva, agregan valor y están sujetos a variables particulares. Desde la política económica, el precio fijado solo puede

cumplir con la función de límite (precio máximo) o punto de partida (precio mínimo). En general la fijación de un precio estático pretende finalmente o garantizar una ganancia mínima en la venta o limitar alzas de precios por parte de los intermediaros (Shettino, 2002).

2.2.1. Fijación de precio máximo.

Los Estados, con el afán de garantizar el acceso de ciertos productos que por su naturaleza resultan básicos e indispensables, suelen implementar políticas tendientes a la fijación de precios máximos. El precio máximo, desde la esfera de la política pública, es una herramienta para que en tiempos de guerras, desastres naturales o cualquier otro acontecimiento que suponga desequilibrio en el flujo de la economía, se mantenga el consumo sin perjudicar a la población (Krugman & Wells, 2007).

Dichas fijaciones "estatales" de precios máximos deben, por principio, determinar un límite inferior a los estándares de mercado; es decir, que si el precio de un kilo de tomates se cotiza en el mercado en un valor de "2", la fijación pretenderá reducir ese precio a un "1.9" o cantidades inferiores. Si no se cumple dicho esquema –si el precio fijado es superior al que existe en el mercado– la fijación no tendría incidencia en la realidad económica (Krugman & Wells, 2007). Así, de llegarse a establecer como tope para la comercialización de cada unidad en un valor de "4", cuando en ese momento su cotización en el mercado no supera el "1.5", el límite de precio máximo sería inoficioso.

El precio máximo –independientemente de ser una medida de política económica– sirve también de concepto para una de las funciones que operan entre los consumidores, identificada como el límite *"(...) por encima del cual no adquiriría el producto por considerarlo excesivamente caro o no disponer de los recursos monetarios necesarios para su compra (para establecer el precio máximo el cliente aplica un criterio de rentabilidad o posibilidad de compra)"* (Diez de Castro, 2004: p. 226). El límite de valor a pagar por un producto, entonces, no resultaría de la mera voluntad política reflejada en imposiciones públicas o de la conspiración entre oferentes, sino que reside en la capacidad adquisitiva y de elección de los consumidores.

De lo expuesto se dilucida la función social que en principio tienen las fijaciones de precios máximos para la política económica. Pero para el Derecho de Competencia, dentro de las prácticas de orden colusorio, ¿qué relevancia puede tener una conducta que parece responder en beneficio de los consumidores? En la jurisprudencia estadounidense se puede encontrar solución a dicha cuestión.

Con lugar al caso Albrecht v. Herald Co. (1968), la Corte Suprema de los Estados Unidos de América consideró que las fijaciones de precios máximos resultan contrarias a la eficiencia económica del libre mercado, en tanto condicionan la posibilidad de los distribuidores de agregar mayor cantidad de valor al producto, sea por costos de marketing, por prestación de facilidades o por la formulación de descuentos estratégicos para atraer a nuevos consumidores.

De esto, se puede sostener que la imposición de precios máximos puede afectar la evolución del sector comercial, condicionando sus posibilidades para agregar valor y asumir costos de transacción. El precio máximo también puede presentarse como una barrera para el ingreso de nuevos competidores, en tanto que los estándares generales de precios se encuentran condicionados a un límite que, nuevos oferentes sin las facilidades para implementar mecanismos de economía de escala, no podrían enfrentar (Vives, 1999). Otra dificultad que puede presentar la fijación concertada de precios máximos es la facilidad para que esta pase de una forma de colusión a un abuso por parte de un operador dominante que, acordando un precio máximo casi predatorio, podría conllevar a la exclusión de sus competidores sin las reservas de capital ni las posibilidades de aumento de productividad (Spencer, 1993).

Específicamente, dentro de los pactos verticales, la ilegalidad de la fijación de precio máximo ha sido bastante discutible. Como ya se revisó, en el caso Albrecht v. Herald Co. (1968), el criterio de la Corte Suprema de los Estados Unidos fue prohibir absolutamente las restricciones de precio máximo; pero, ya con lugar al juzgamiento del caso State Oil Co. v. Khan (1997), el mismo órgano jurisdiccional estadounidense determinó que los efectos de la imposición de precios máximos entre agentes de una misma línea de producción, las limitaciones que el productor (State Oil) realice para que el distribuidor (Khan) agregue valor en la comercialización al público, solo acarrearían perjuicio para la

marca como tal, dando paso a que consumidores opten por otras opciones de compra. Es decir, la fijación de precios máximos a nivel vertical no sería más que una mala práctica empresarial, con perjuicio exclusivo de los operadores que la practiquen.

En la legislación australiana, en la Sección 48 de la "Competition and Consumer Act" (2010), los acuerdos de precio máximo a nivel vertical son excluidos de entre las formas anticompetitivas de fijaciones, asumiendo que dicha práctica es intrínsecamente inofensiva. Si bien parecería que no existen argumentos concluyentes para considerar, per se, a las fijaciones de precio máximo como contrarias al libre mercado, la cuestión exige un análisis individualizado para cada caso. Esto, debido a que en situaciones de superioridad económica del productor el precio máximo podría servir para limitar la capacidad de los distribuidores para agregar valor y ofrecer mayores servicios que beneficien a los consumidores.

2.2.2. Fijación de precio mínimo

A diferencia del precio máximo, las fijaciones de precios mínimos, desde su génesis, están enfocados a la protección de los oferentes. El precio mínimo es una medida tendiente a garantizar limites para la depreciación de determinados productos, lo cual, en definitiva sirve para que los oferentes puedan cubrir los costos de producción e, incluso, percibir cierta utilidad para que así se mantengan en el mercado (Krugman & Wells, 2007). La justificación del precio mínimo, en definitiva, radica en evitar la escases de determinados productos –que conllevaría a una futura subida de precios– mediante el establecimiento de una garantía de la permanencia de sus oferentes en el mercado (Parkin & Esquivel, 2006).

El precio mínimo para Gregory Mankiw es *"el precio legal más bajo al que puede venderse un bien o servicio. (...) Si el precio mínimo es superior al de equilibrio, la cantidad ofrecida es mayor a la demandada"* (2008, p. 95). La afirmación que hace el autor respecto a la relación del punto de equilibrio y la demanda se sustenta en el concepto de elasticidad de la demanda que estipula la sensibilidad de los compradores respecto a las variaciones en el precio: si un producto sube de precio su compra va reducir y, si dicha alza de precios es mayor al precio ideal de mercado o punto de equilibrio, la demanda decrecerá al punto que habrá exceso de la producción en relación al su consumo.

Para que las fijaciones de precio mínimo tengan consecuencias, el producto en cuestión debe encontrarse cotizado en el mercado a un valor inferior al que pretende fijarse. Así, el precio mínimo debe ser siempre superior al que se encuentra asignado en el mercado (Krugman & Wells, 2007); es decir, si un producto tiene como precio regular "1.0", y la intensión de ente regulador es aumentar los ingresos del productor, el precio que deberá fijar debe superar dicho margen; esto sin perjuicio de los efectos que tenga un precio mínimo desproporcionadamente elevado.

Desde la ciencia económica el precio mínimo –como práctica entre operadores económicos privados– al procurar que la reducción de precios sea limitada, indirectamente excluye la posibilidad de un aumento en la producción que podría dar paso a que una mayor parte de la población, o sectores económicamente marginados, puedan acceder al bien o servicio ofertado (Hart & Tirole, 1990). La imposición de precios mínimos, igual que el precio máximo, debería ser tomada como medida de excepción para momentos en que el sector productivo se encuentre en riesgo y sea menester mantener cierta inelasticidad de la oferta para que el flujo de ingresos de los oferentes puedan mantenerlos en el mercado (Krugman & Wells, 2007).

La fijación de precio mínimo, al ser un mecanismo para la protección de los productores y distribuidores en un mercado, resulta compatible para su aplicación a modo de colusión entre operadores económicos de una misma línea de producción, en tanto que indirectamente constituye un alza de precios (Krugman & Wells, 2007). En general existe el consenso. En las primeras aplicaciones del Sherman Antitrust Act, el Derecho de Competencia en Estados Unidos de América mantuvo un criterio de prohibición absoluta respecto al "minimum resale price maintenance" o fijación de precio mínimo de reventa. Con lugar al caso Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park and Sons (1911), la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, estableció a la fijación vertical de precio mínimo como una forma de acuerdo colusorio ilegal, sin consideración alguna a sus circunstancias específicas. Casi un siglo después, con el caso Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. (2007), el criterio de la Corte fue flexibilizado, por nuevos razonamientos que consideraban el contexto y los efectos económicos reales del acuerdo, declarando como válidas las fijaciones verticales de precio, cuando estas procuren mayor

eficiencia económica, en la que participen también los consumidores (Cortázar Mora, 2011)

En principio, toda práctica comercial tiene como fin el beneficio particular, el aumento de la rentabilidad; esto puede producirse mediante el incremento del volumen de la producción o mediante regulación estratégica del precio (Havenan & Knopf 1967). Así, las empresas que opten por concertar sus precios –sin cuestionar la legalidad de dicha actuación– buscan su beneficio particular. La fijación de precios mínimos vela por la existencia de márgenes de utilidad constantes, mientras que la fijación de precio máximo detiene el aumento de precio en las cadenas de distribución que puedan desplazar la demanda a favor de productos menos costosos; ambos mecanismos se dirigen a mantener la rentabilidad de los operadores económicos involucrados. Pero, ¿pueden perjudicar a los demás competidores, a la estructura misma del mercado?

2.3. Los problemas de la fijación vertical de precios para el Derecho de Competencia.

El Derecho Antitrust o de Competencia mantiene como norte para la implementación de prohibiciones o sanciones de determinadas conductas el riesgo o perjuicio que estas causen en el mercado. La concertación vertical de precios, al ser parte del catálogo de conductas reprimidas por su contenido anticompetitivo, supone repercusiones relevantes para el Derecho de Competencia. Aun si sus efectos no resultan efectivamente nocivos, el mero concierto de voluntades privadas para el control de la formación de los precio, convierte a la fijación de precios vertical en un problema de relevancia jurídica, esto sin perjuicio de que sea susceptible o no de sanciones.

Desde los orígenes del Derecho Antimonopolios los acuerdos de precios a nivel horizontal han sido catalogados como las conductas anticompetitivas por excelencia, contrarias a la libre concurrencia de oferentes y demandantes; prohibición que por limitaciones teóricas se extendió a las modalidades verticales (Cortázar Mora, 2011), juzgando únicamente el concierto de voluntades sin tomar en cuenta el contenido económico que diferencia a la colusión relevante para el Derecho de Competencia, de aquella puramente civil. Si bien en sus inicios las concertaciones a nivel vertical tuvieron un trato similar a las horizontales,

actualmente existen posturas de mayor flexibilidad para su tratamiento que reconocen su carácter ilegítimo sujeto a circunstancias específicas (Marín Sevilla, 2013).

Alrededor del globo, en los últimos años, las concertaciones verticales han optado por un tratamiento especial y diferenciado de otras formas anticompetitivas (Cortázar Mora, 2011). Tanto por sus agentes intervinientes, como por los potenciales beneficios macroeconómicos que podrían promover, el acuerdo de precios a nivel vertical supone condiciones de análisis y retos a nivel probatorio diferentes a otras modalidades colusorias, incluso, en relación a los acuerdos a nivel horizontal. Por consiguiente –y para efectos de nuestra investigación– los problemas que en particular suponen los acuerdos verticales de precios serán revisados.

El primer problema identificado por la doctrina en las concertaciones verticales es que supone la comunicación entre agentes de una misma línea de producción, operadores económicos que efectivamente mantienen relaciones de dialogo entré sí, sin que esto sea considerado ilícito. Dicha comunicación solo se hace relevante para el Derecho de Competencia cuando tiene como fin tergiversar las condiciones competitivas preexistentes en un mercado (Pinkas, 2002), en especifico, relativas al precio.

En general, son dos los criterios de clasificación respecto a los efectos de cualquier conducta anticompetitiva: horizontales y verticales. Por efectos horizontales se entienden a aquellos que se generan de uno o varios operadores económicos y afectan a otros en su mismo nivel de la cadena productiva (Herrero, 2006); por ejemplo, se verifican efectos horizontales en un acuerdo realizado entre distribuidores cuando éste repercute en los demás distribuidores no concertados. Los efectos verticales, en cambio, tienen se verifican entre los distintos eslabones de la cadena productiva, sea a nivel interno de cada marca o en general respecto a otros operadores económicos (Herrero, 2006). La cuestión más problemática respecto a las fijaciones verticales es la posibilidad de que estos generen efectos horizontales y, por consiguiente, de mayor potencial anticompetitivo.

Una de las cuestiones problemáticas de los acuerdos verticales de precio se da con el análisis de sus efectos horizontales cuando estos se vuelven frecuentes en las relaciones de distribución de la totalidad de oferentes; es decir, sus efectos acumulativos. En la Unión

Europea se ha dado especial atención al potencial perjuicio que puede existir para la eficiencia económica en los casos en que el mercado se encuentre controlado por redes de distribución, nacientes de acuerdos verticales, por lo cual ha excluido de todo beneficio de exención a las concertaciones verticales de reventa cuando se verifique la existencia de situaciones paralelas entre los demás oferentes (Creus, 2006). Sobre este tema se profundizará en la parte pertinente de la presente investigación.

Aun cuando las concertaciones verticales impliquen condicionamientos relativos al precio, si se parte del presupuesto que no poseen el mismo potencial anticompetitivo que las horizontales (Cabanellas, 2005), para que el Estado intervenga mediante sus organismos de control imponga medidas coercitivas en contra de los operadores concertados deben verificarse efectos distorsionadores que perjudiquen a los demás operadores del mercado y/o a los consumidores. Esta afectación se refleja en su sistemática exclusión o limitación al acceso en el mercado, y, en el caso de los consumidores, se da con el alza de precios (Delelaux, 1982).

Teniendo en cuenta los usos impuestos desde el siglo XX, relativos a la implementación de distintos niveles de distribución en los que pueden concurrir proveedores mayoristas, minoristas, intermediarios vía internet y distribuidores a domicilio (Montt & Nehme, 2010), determinar efectivamente la individualidad de los involucrados hasta la comercialización de un bien resultaría complejo; tanto por la multiplicidad de los mismos, como por la posible pertenencia de los agentes intervinientes en el proceso productivo a más de una jurisdicción estatal. La normativa de la Unión Europa ha procurado establecer un sistema de Derecho Antitrust internacional dentro del territorio comunitario (Cabanellas, 2005) que permiten mayor flexibilidad respecto a la determinación del mercado relevante. Así también la Comunidad Andina de Naciones, en la Decisión 608, busca la integración regional en materia antimonopolios (Cevallos Vásquez, 2001)

La dificultad a nivel probatorio que supone la concertación vertical de precios es quizás el problema práctico de mayor relevancia para las legislaciones antimonopolio. Como ya se ha revisado, el acuerdo de precio puede realizarse de forma verbal, escrita o de manera meramente tácita con la mera coordinación intencional actividades para alcanzar objetivos comunes (Cortázar Mora, 2011). De existir el respaldo físico de la voluntad escrita de las

partes sobre realizar actos colusorios no se presentarían mayores complicaciones para los entes de control; pero, la situación cambia con el acuerdo verbal en que, tradicionalmente, la práctica jurídica procesal se ha valido de pruebas testimoniales e indicios materiales indirectos para probar su existencia.

La situación adquiere mayor complejidad cuando el acuerdo es tácito, debido a que las legislaciones antimonopolios deberían prever mecanismos presuntivos para la verificación de los acuerdos, teniendo en cuenta la inexistencia de respaldo material para sostener la existencia de una coordinación de voluntades y pudiendo únicamente verificar que los operadores económicos efectivamente se encuentran realizando actividades paralelas o aparentemente organizadas (Cabanellas, 2005).

Es importante resaltar que, por la naturaleza misma de esta forma de concertación, puede llegar a confundirse con abusos unilaterales (Cabanellas, 2005), teniendo en cuenta que los eslabones de una misma cadena productiva pueden encontrarse en un mismo operador económico; de ahí la importancia de la correcta individualización de los agentes intervinientes. Esto teniendo en cuenta que las legislaciones pueden prever distintas sanciones para los actos unilaterales y los concertados, o establecer mecanismos de exención diferenciados.

2.4. La fijación vertical de precios en el Derecho ecuatoriano

Como quedó expresado en la introducción a la presente investigación, no sino hasta el año 2011, con la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, cuando las normas relativas a la defensa de la libre competencia tuvieron un marco de aplicación definido. Así también, en el mismo momento, la concertación vertical de precios o fijación de precios de reventa obtuvo independencia conceptual clara y fue incluida expresamente entre las conductas sancionadas. Es por esto que el análisis sobre la situación normativa de la fijación vertical de precios en el Ecuador, se centrará exclusivamente en la mencionada norma, con arreglo a su respectivo Reglamento.

2.4.1. La Concertación Vertical de precios en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado determina las modalidades de conductas colusorias de forma más detallada y pormenorizada que el catálogo constante en la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones. Más importante aún, define con mayor claridad los elementos generales del acuerdo ilegitimo en el primer inciso de su Artículo 11, que dice:

> *Artículo 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidas y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción en intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general*

En la citada norma, el legislador ha procurado contener la forma tácita de expresión de la voluntad de los operadores económicos a través de conductas conscientemente paralelas. También ha procurado detallar los fines nocivos a los que debe estar direccionado el acuerdo, para considerarse ilícito que, al igual que la doctrina, se reducen en la afectación a la eficiencia económica o a los consumidores (Rodriguez Cano, 2011) Esto en concordancia con el Artículo 3 de la Ley, que consagra el principio de primacía de la realidad que expresa lo siguiente:

> *Artículo 3.- Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.*
>
> *La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico.*

Son dos las conductas colusorias, catalogadas en el Artículo 11 de la Ley, las que tienen especial relevancia para la presente investigación: las de los numerales 1 y 17. El numeral primero tipifica a la concertación de precios, desde su contenido general, como una conducta colusoria, distorsionadora de la competencia que pretende *"manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, y otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto"*. La norma, como expresa Javier Cortázar Mora, no se limita a considerar la fijación de precios desde la estandarización del valor monetario de un bien, sino que se refiere a *"la determinación o determinabilidad del precio de venta o de compra"* (2011: p. 65)

Otra peculiaridad del numeral 1 del Artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado es que no prohíbe exclusivamente el pacto de precios vertical u horizontal, sino que parecería abarcar ambas modalidades colusorias. Pero, la situación adquiere más claridad si se toma en cuenta el numeral 17 de la misma norma, que establece un acuerdo o práctica prohibida a la *"fijación concertada e injustificada de precios de reventa"*

Como ya se ha revisado, a las concertaciones de precios verticales también se las conoce como de reventa o "retail", debido a que sus efectos se exponen al público en el proceso de distribución, cuando los agentes intermediarios 'revenden' los bienes los bienes producidos por agentes económicos anteriores en la cadena productiva (Zuleta Londoño. 2011). Así el Legislador ecuatoriana ha considerado, de forma independiente, el pacto de precios vertical y establece un presupuesto especial para que sea considerada prohibida. Esto es que sea *"injustificada"*

Si bien parecería que los numerales 1 y 17 del Artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado no se excluyen entre sí, y podrían servir de forma conjunta para el juzgamiento de acuerdos verticales, estas dos disposiciones legales se ven desarrolladas de forma distinta por el Reglamento y contienen distintas implicaciones jurídicas que pueden conllevar a diferentes resultados dentro del análisis del específico de cada caso.

El Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en su Artículo 8, dice textualmente:

> *Art. 8.- Presunción de práctica restrictiva.- Se presumirá que tienen por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, que afectan negativamente a la eficiencia económica y al bienestar general, todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o practica concertada o conscientemente paralela, y en general cualquier acto o conducta realizados por dos o más operadores económicos, competidores, reales o potenciales, que directa o indirectamente:*
>
> *1. Fijen de manera concertada o manipulen precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambien información con el mismo objeto o efecto.*
>
> *2. Repartan, restrinjan, limiten, paralicen, establezcan obligaciones o controlen concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios.*
>
> *3. Repartan de manera concertada clientes, proveedores o zonas geográficas.*
>
> *4. También están sujetos a la presunción establecida en este artículo los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.*
>
> *Para los casos de prácticas entre competidores, reales o potenciales, distintas a las señaladas en este artículo, así como las prácticas entre no competidores, reales o potenciales, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado analizará, caso por caso, si la conducta tiene por objeto o efecto, real o potencial, impedir, restringir falsear o distorsionar la competencia, afectar negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.*

La precitada norma establece una suerte de presunción de anticompetitividad en contra de las conductas que enumera; entre estas se encuentra aquella contemplada en el numeral primero de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, no la del numeral 17, la fijación concertada e injustificada de precios de reventa. En términos prácticos, y en razón inciso final de la norma, la presunción de anticompetitividad da a la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado la potestad de adelantar que el objeto de dichas conductas colusorias afectar al libre mercado, sin que medie un análisis particularizado; es decir, se presume la finalidad ilícita. Esto, bajo los criterios generales del Derecho Procesal, invierte la carga probatoria (Fernandez, 2006) en contra de la parte enjuiciada o sujeta al proceso de investigación, debiendo demostrar por su cuenta que el objeto de su concertación no era ilícito, esto sin perjuicio de que se verifiquen o no efectos lesivos para la libre concurrencia o para los consumidores.

Si bien el tratamiento que el Reglamento otorga a la concertación de precios contemplada en el numeral primero del Artículo 11 de la Ley parecería más rígido y perjudicial para los operadores económicos, el numeral 17 contempla de forma explícita los pactos a nivel vertical, específicamente cuando el precio tiene incidencia en la reventa, en su distribución a los consumidores. A esto, la disposición del numeral 17 será entendida como la prohibición hacia la concertación vertical de precios en lo que sigue de la presente investigación.

Capítulo 3: Exclusión del carácter anticompetitivo de la concertación vertical de precios

Como consta en el Primer Capítulo de la presente investigación, se entiende una conducta por anticompetitiva cuando esta modifica de forma unilateral las condiciones del mercado en perjuicio de los demás operadores o de los consumidores. Si se reconoce al Derecho de Competencia como el mecanismo de protección del libre mercado, entendido como bien jurídico, los sistemas jurídicos antimonopolios o de competencia, para efectos de determinar la existencia de un ilícito, deben establecer fórmulas para que demuestren el contenido anticompetitivo de las conductas realizadas por los operadores económicos (Rojas, 2010).

A esto, las presunciones y demás mecanismos de orden puramente jurídico permiten vincular las conductas con las normas, pero no proveen de un criterio integral que comprenda y trate sus circunstancias o sus efectos. La cuestión de la exclusión del carácter restrictivo de una conducta, inicialmente tipificada como ilegal, responde a la exposición de su realidad económica. Tanto por la Doctrina como por el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la concertación vertical de precios es un acuerdo ilegal, una conducta económicamente ilegítima. Aun así, por su contenido y circunstancias, en teoría, toda conducta prohibida por las normas de defensa de la competencia puede ser reconsiderada para ser tratada como legal e, incluso, beneficiosa para el sistema de mercado en casos puntuales.

La experiencia ecuatoriana en la regulación de la actividad económica desde la perspectiva del Derecho de Competencia es relativamente nueva. Aún con la institucionalidad de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por su relativa novedad desde el momento de su implementación, sus lineamientos carecen del desarrollo necesario para formar un criterio definitivo, especialmente en lo que al análisis casuístico concreto se refiere.

El sistema ecuatoriano se encuentra profundamente inspirado por las normas comunitarias europeas de defensa de la competencia. Sea por su estructura normativa – que lo diferencia del Common Law– o por las raíces comunitarias de los primeros razonamientos sobre la

defensa de la competencia, el legislador ecuatoriano optó por apegarse a la línea europea, sin que ello excluya el antecedente común del Derecho de Competencia en el sistema anglosajón. La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado es el marco del Derecho de Competencias ecuatoriano. Como ya consta en el Capítulo Segundo de la presente investigación, la concertación vertical de precios se encuentra catalogada entre los acuerdos prohibidos; es enunciada como "*fijación concertada e injustificada de precios de reventa*". Pero, ¿cuáles son los presupuestos o condiciones que podrían justificar el acuerdo y, en efecto, excluirlo de la prohibición? El Derecho ecuatoriano, desde la Ley y su Reglamento, toma dos caminos para responder dicha pregunta: el criterio general de evaluación y el régimen de exenciones.

Por criterio general de evaluación hacemos referencia al proceso que la autoridad de control y vigilancia de la libre competencia realiza para verificar determinados supuestos que hacen a una conducta potencialmente anticompetitiva, relevante para el Derecho de Competencia. La exención, en cambio, se concretiza con el cumplimiento de determinados presupuestos que vuelven 'tolerable' por el Derecho a una conducta que, en prima facie, contuvo indicios de ser anticompetitiva. Es importante resaltar que ambas posibilidades no son excluyentes entre sí, por cuestiones técnicas resulta más conveniente revisar el régimen de exenciones para después analizar el criterio general de evaluación utilizado por la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado durante las investigaciones.

3.1. Régimen de Exenciones

Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental define a la exención como *"situación de privilegio o inmunidad de que goza una persona o entidad para no ser comprendida en una carga u obligación"* (Cabanellas, 2008: p. 155). Del precitado concepto se puede identificar a la exención como una situación extraordinaria da paso a la exclución a una conducta de la prohibición general. Es decir, la exención se aplica cuando una conducta se encuentra inmersa en la prohibición, cuando ha cumplido todos los requisitos para ser sancionada.

3.1.1. Presupuestos generales

El Artículo 12 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece las exenciones aplicables a toda conducta que se encuentre que se configure como acuerdo o concertación. Es importante señalar que dicho régimen resulta únicamente aplicable a aquellas conductas identificadas por la Ley como "acuerdos y prácticas prohibidas"; es decir, el catálogo de conductas del Artículo 11 de la Ley. Así su primer inciso dice textualmente:

> *Art. 12.- Exenciones a la prohibición.- Están exentos de la prohibición contenida en el artículo anterior los acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria autorización previa, siempre y cuando se cumplan todas las siguientes condiciones:*

De la precitada norma se puede extraer que, en síntesis, existe una condición general para que los acuerdos señalados en el Artículo 11 de la Ley se vean exentos de la prohibición: que contribuyan al beneficio en términos económicos. Dichos resultados deberán expresarse en mejoras en los procesos que corresponden a los eslabones de la cadena de producción, sea en la fabricación del producto o en su efectiva comercialización, o en la promoción del desarrollo tecnológico o económico. A continuación se realizará una revisión pormenorizada de las situaciones que podrían configurarse como presupuesto general para la aplicación de la exención.

3.1.1.1. Mejora de la producción

Que un acuerdo vertical de precios pueda dar paso a mejoras en el proceso productivo no es una cuestión extraña para el Derecho de Competencias. La comunicación estratégica, como ya consta se ha revisado, es un situación necesaria para la formación de los precios cuando de la cadena productiva intervienen varios operadores económicos (Montt & Nehme, 2010). Los productores y distribuidores al momento de mantener transacciones entre sí marcan el precio que posteriormente deberán pagar los consumidores, pero son estos últimos los que directamente fijan los precios cuando presentan los productos al público. El acuerdo vertical de precios podría permitir que productores mantengan cierto

control sobre su producto en el mercado, permitiendo así la implementación de estrategias de crecimiento o de incremento de la producción que finalmente se traducirían un mejor aprovechamiento de los recursos.

Las fijaciones de precios máximos son los mecanismos más consecuentes para que los productores puedan garantizar el incremento de la demanda, debido a que se limita la facultad del distribuidor de aumentar su ganancia inmediata para facilitar la consolidación y expansión del producto en el mercado, lo cual conlleva a mayores beneficios para toda la marca a mediano y largo plazo

3.1.1.2. Mejora de la comercialización y distribución

La comunicación estratégica, en lo concerniente al precio, que permita a los productores reflejar sus intereses y perspectivas en la comercialización a cargo de los distribuidores puede promover beneficios para toda la marca (Bosch, Sánchez, & Vaquer, 2012) con la organización de sus transacciones internas, evitando ganancias arbitrarias en la reventa que se reflejen en el precio final del producto.

El acuerdo vertical de precio mínimo puede también implicar beneficios tangibles en la mejora de los procesos de distribución. Que los productores acuerden la venta de sus productos con los agentes distribuidores a determinado precio para garantizar el cumplimiento de prestaciones mínimas a favor de los consumidores, es una alternativa para el posicionamiento de la marca. Aun así los efectos acumulativos que puede traer la implementación generalizada de acuerdos verticales de precios mínimos en el mercado de referencia pueden resultar altamente perjudiciales para los consumidores

En definitiva, desde la perspectiva de los oferentes, la implementación de un acuerdo vertical siempre tendrá la finalidad de mejorar las relaciones internas de la marca. Sea para ampliar la red de distribución o para garantizar prestaciones mínimas en favor de los consumidores, la comunicación entre los eslabones de una cadena de producción buscará incrementar la eficiencia de sus actuaciones. Aun así, desde la perspectiva de los consumidores y como consta en los Capítulos anteriores de la presente investigación, dicha mejora en los procesos productivos podría implicar un perjuicio a las economías

particulares. De ahí que la Ley prevea presupuestos particulares para la justificación de la conducta.

3.1.1.3. Promoción del progreso técnico o económico

La tecnología se puede definir como *"el conjunto de conocimientos propios de un arte industrial, que permite la creación de artefactos o procesos para producirlos"* (Cegarra, 2012: pág. 19) y su desarrollo es *"la búsqueda constante de mejorar (actualizar) ese orden de conocimientos de tal forma de poderlos aplicar en algo, ya sea una máquina o el mismo cuerpo humano."* (Benitez, 2004: pág. 1). Ya en lo concerniente a la presente investigación, una conducta que promueva el desarrollo tecnológico o económico se da cuando tiene como finalidad o acarrea mejoras en las herramientas utilizadas en el proceso productivo.

Las fijaciones de precio máximos pueden propiciar el aumento de la demanda, permitiendo la reducción de costos fijos que se plasmarían en mejoras técnicas o en la adquisición de mejores utensilios para la producción (Parkin & Esquivel, 2006). Así también las fijaciones de precios mínimos podrían asegurar márgenes de ganancias a los distribuidores que le permitan invertir tecnologías que faciliten la distribución. Un claro ejemplo del avance de los medios de distribución en los últimos años a causa de la implementación de la tecnología es la utilización de servidores virtuales que facilitan la presentación de los productos y su venta a nivel internacional.

3.1.2. Condiciones particulares

Los literales a), b) y c) del Artículo 12 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de mercado prevén otras condiciones particulares a verificarse para que un acuerdo se vea beneficiado por la exención:

a) *"permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas;*
b) *no impongan restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y,*

c) *no otorguen a los operadores económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados".*

En el caso que el acuerdo vertical de precios se apegue a estos tres particulares –habiéndose verificado uno o ambos presupuestos generales– se entenderá justificado. Es importante destacar que dichos presupuestos deben cumplirse simultáneamente, mientras que bastaría que el acuerdo o contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes, o promuevan el desarrollo tecnológico o económico

3.1.2.1. Que participen los consumidores del beneficio

La posibilidad de que un acuerdo vertical de precios pueda promover la participación equitativa entre productores y consumidores de los beneficios que pueda resultar éste, ha sido elaborada y defendida desde distintas visiones por los tratadistas. Desde la eficiencia, la comunicación estratégica que la concertación vertical de precios ofrece a los operadores que la conforman podría permitir la reducción de costos de producción, dando paso a mejoras tecnológicas, mayores facilidades transaccionales o simplemente la reducción de precio final al público (Montt & Nehme, 2010).

En la Jurisprudencia estadounidense, específicamente con la resolución del caso Leegin Creative Leather Products vs PSKS (2007), la utilización de la fijación del precio de reventa mínimo para que los distribuidores no puedan aplicar descuentos con el fin de posicionar el producto entre estratos poblacionales con mayor capacidad adquisitiva, se tiene como un motivo legítimo y no restrictivo para el mercado, debido a que propiciaría la competencia entre distribuidores por medio de mejoras en el servicio y no exclusivamente la reducción del precio (Justitia US, 2015). Si bien las fijaciones de un precio mínimo o estático implican indirectamente un aumento de precio, en el caso que la realidad perseguida por el productor sea ingresar a otro segmento del mercado, competir con otros operadores económicos por consumidores que se encuentran habituados a precios mayores por esa gama de productos, el aumento de precio se encontraría justificado (Cornell University Law School, 2007). Indirectamente la cotización entre consumidores con mayor

capacidad de pago implicará que los oferentes agreguen mayor valor al producto final, que lo perfeccionen y, en efecto, esto beneficiaría a los consumidores.

El posicionamiento del producto entre consumidores con menor capacidad adquisitiva, también es una posibilidad que debe contemplarse como un argumento en favor del cumplimiento del presupuesto contemplado en el literal b) del Artículo 11 de la Ley. La fijación de precios máximo permite la estabilidad de los precios con la consecuencia de imponer un límite de la capacidad del distribuidor de agregar valor; precios únicamente sujetos a posibles descuentos es uno de los factores determinantes para que aumente el número de consumidores con presupuestos más pequeños. Si bien en principio el acuerdo de precio máximo a nivel vertical puede llegar a constituir barreras para el desarrollo de los servicios ligados a la distribución, el aumento de la demanda puede permitir el desarrollo de la marca por medio de estrategias de económica de escala.

En general, sea por medio de la estabilidad del precio o las facilidades que los distribuidores podrían ofrecer al agregar valor al producto, los consumidores participarían de los beneficios de la concertación vertical de precio; aun así su carácter restrictivo para la competencia o para la elección de los consumidores será siempre relativo a la situación particular del mercado de referencia. A esto la inexistencia de productos sustitutos o la dificultad de mantener transacciones con otros oferentes por razones física (territoriales), pueden dar paso a la calificación de un pacto vertical de precios como restrictivo, teniendo en cuenta que la posibilidad de elección de los consumidores de optar o no por los servicios paralelos a la distribución de por sí se encuentra condicionada por la naturaleza del mercado.

3.1.2.2. Que no impongan restricciones secundarias

El requerimiento que la Ley impone de que los acuerdo "*no impongan restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivo"*, determina a que estos no pueden contener cláusulas o pactos secundarios que representen restricción a la competencia y se alejen de las condiciones del Artículo 12. Así, por ejemplo, si en la implementación de un acuerdo vertical que pretenda reducir el precio final al consumidor con la intensión expandir el alcance del producto, además se incluye un pacto que restrinja

el territorio en el que podrán operar los distribuidores (numeral 3 Artículo 11 LORCPM), se entenderá que dicha concertación sobre pasa los condicionamientos de la exención.

3.1.2.3. Que no posibiliten la eliminación de la competencia

La postura general sobre el potencial anticompetitivo de los acuerdos de precios verticales, en tanto puedan desplazar a los demás competidores del mercado de referencia, es bastante problemática. Como ya hemos revisado, los efectos acumulativos traen consigo los acuerdos verticales podrían dar paso a restricciones de carácter horizontal que dificulten el acceso a nuevos competidores e, incluso, desplacen a los ya existentes (Creus, 2006). Por esto, para que un acuerdo vertical sea beneficiado de la exención deberá observarse la situación general del mercado: la incidencia a otros acuerdos verticales relativos al precio que puedan, en conjunto, crear barreras para la competencia.

La posición dominante es otro de los elementos a considerar. En el caso de que el productor tenga una cuota preferencial en el mercado respecto a sus competidores, la implementación de acuerdos de precios con sus distribuidores podría servir de barrera para la comercialización, cuando los demás productores no puedan mantener las mismas condiciones que el operador dominante. Vale señalar que el numeral 20 del Artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado prevé como una práctica prohibida la fijación de precios de reventa, impuesta unilateralmente por un operador con posición dominante en el mercado de referencia. Es decir, que de existir una situación de dominación territorial o de la producción por parte de una marca, así no se verifique la existencia de una concertación de voluntades entre productor y distribuidor, se entenderá la fijación vertical del precio como ilegal. Esta conducta, en cambio, no se encuentra amparada por la exención del Artículo 12 del mismo cuerpo normativo.

Los efectos acumulativos de puedan traer los acuerdos verticales es una de las variables que se debe considerar para determinar las potenciales restricciones de carácter horizontal que podrían propiciarse. La resolución No. 003 de La Junta De Regulación De La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicada en el Registro Oficial No. 291 del 17 de Julio de 2014, dispone que en el caso de que el 30% del mercado de referencia se encuentre cubierto por operadores económicos organizados bajo acuerdos

paralelos se entenderá que existen efectos acumulativos. Vale señalar que la dicha disposición únicamente se limita a la aplicación de la regla de mínimis, la misma que será revisada en la parte pertinente del presente capítulo.

3.1.3. Reglas de Aplicación

El Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, en su Artículo 10, agrega más disposiciones para la aplicación de la exención, y dice textualmente:

> *Art. 10.- Exención.- A efectos de la aplicación de la exención establecida en el artículo 12 de la Ley, se estará a las siguientes reglas:*
> *1. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el artículo 11 de la Ley que no cumplan las condiciones del artículo 12 de la misma están prohibidos y serán sancionados de acuerdo con la Ley.*
> *2. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el artículo 11 de la Ley que reúnan las condiciones del artículo 12 de la misma no están prohibidos, sin que sea necesaria autorización previa alguna a tal efecto.*
> *3. En todos los procedimientos de investigación y sanción el o los operadores económicos que invoquen ser beneficiarios de la exención establecida en el artículo 12 de la Ley deberán aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho artículo.*

De la precitada norma se entiende que todo acuerdo beneficiado por exención no requiere de ninguna clase de autorización o procedimiento previo para que sea permitido por el ordenamiento jurídico, sino que solamente requiere haberse configurado en base a los presupuestos del Artículo 12 de la Ley, y se entenderá válido. Pero, de existir algún procedimiento administrativo por parte de la Superintendencia respecto al acuerdo, los operadores económicos involucrados deberán probar la legalidad del acuerdo.

Del texto del numeral tercero del Artículo 10 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado se determina que no corresponde a la Superintendencia dilucidar los elementos que prueben los presupuestos de la exención,

sino que esto corresponde a los agentes concertados. Esto también constituye una diferencia esencial respecto al criterio general de evaluación, y afirma su carácter de excepción: mientras que el criterio general de evaluación es un requisito indispensable para las investigaciones del ente sancionador, el régimen de exenciones se vuelve aplicable por iniciativa de los procesados.

Quizás uno de los elementos más interesantes que presenta el régimen de exenciones se encuentra en el numeral 1 del Artículo 10 del Reglamento. A diferencia del sistema europeo y el estadounidense, el legislador ecuatoriano ha dejado abierta la posibilidad de que, en teoría, puedan ser justificados incluso los acuerdos horizontales. Aun así dicha posibilidad puede traer dificultades prácticas concernientes al cumplimiento de las condiciones previstas por el Artículo 12 de la Ley.

3.1.4. El criterio normativo de la Unión Europea.

Así como la ciencia jurídica en general, el Derecho de Competencia puede estudiarse desde dos grandes sistemas: el Románico o Continental y el Common Law anglosajón. Si bien su antecedente remoto se originó en el segundo, el sistema continental en Europa ha alcanzado matices propios y ha desarrollado las peculiaridades que exige un ordenamiento normativo para tratar la anticompetitividad de los actos comerciales. A diferencia de cualquier otra región en el globo, la experiencia comunitaria europea ha forjado un sistema de defensa de la libre competencia coherente y eficaz, en razón a las necesidades locales y regionales. El Derecho Antitrust de la Comunidad Europea encuentra su marco en la Tercera Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (1957) que, en su Título VII sobre las "Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones" establece las prohibiciones que para los operadores económicos dentro del territorio comunitario. Entre estas se encuentra el pacto de precios. Así el Artículo 81 –101 de la versión consolidada del Tratado– prohíbe la fijación de *"los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción"*

De dicha norma se puede extraer que no existe una diferencia clara entre la concertación vertical y la horizontal, al menos en lo que al enunciado se refiere. Pero, Reglamento (UE) N o 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 establece un régimen de exenciones

específico para los acuerdos verticales. Así el apartado primero del Artículo 1 dice textualmente:

> *"«Acuerdos verticales», los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios".*

A diferencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Reglamento define al acuerdo vertical en razón a los operadores económicos involucrados (que deben pertenecer a una misma cadena de producción) y por su objetivo, que es la manipulación del precio o de las condiciones que indirectamente lo modifiquen en los procesos intermedios de reventa.

De la lectura de la precitada norma parecería que los acuerdos verticales se encuentran excluidos de la prohibición del Artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pero en sus numerales siguientes se desarrollan las condiciones de la exención. Entre estas se encuentra que el acuerdo vertical sea celebrado por una asociación de empresas y sus miembros o entre una asociación y sus proveedores, se considera el volumen de negocios anual de cada miembro interviniente no supere los 50 millones de euros, lo que el Reglamento identifica como comercializadores "minoristas".

El Artículo 3 del Reglamento establece como condición general para la exención de todo acuerdo vertical que la cuota de mercado acumulada de las empresas involucradas no supere el 30%. El criterio utilizado por el Reglamento para abarcar la totalidad del volumen de negocios, toma como referente sobre el valor de las compras realizadas en el mercado durante el último ejercicio económico anual. Aun así la norma otorga el beneficio de la exención a operadores económicos con una cuota mayor al 30% pero menor al 35% por un máximo de dos años consecutivos, y por un año cuando la cuota, inicialmente inferior al 30%, supere el 35% del mercado de referencia.

En general el régimen de exenciones abarca a la totalidad de acuerdos verticales, separándolos del tratamiento de aquellos que impliquen restricciones horizontales. Aun así la norma en su Artículo 2 establece las excepciones a la regla general respecto a los acuerdos recíprocos de no competencia. Así, la no competencia se encuentra definida el Reglamento como *"cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, o cualquier obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80 % del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor o, cuando sea la práctica corriente en el sector, del volumen de sus compras en el año precedente"*

También, en su Artículo 4, el Reglamento excluye del beneficio de la exención ciertas formas de acuerdos verticales que por su naturaleza implican restricción a la competencia. En relación al objeto de la presente investigación es el numeral a) el que presenta especial relevancia, y dice textualmente:

> *a) la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes;*

De la precitada norma se desprende que la Comisión Europea optó efectivamente por diferenciar la concertación de precios máxima de la mínima, siendo solamente la primera beneficiada por la exención. Como ya se ha revisado, la diferencia entre las fijaciones de precio máximo y mínimo no es únicamente formal sino que también implica situaciones, finalidades y resultados económicos diferentes.

Quizás la norma más controversial relativa al régimen europeo de las concertaciones verticales se encuentra en el Artículo 6 del Reglamento que prevé la facultad de la Comisión Europea de retirar el beneficio de la exención a los acuerdos verticales cuando en el mercado de referencia existan redes paralelas de acuerdos entre otros operadores

económicos que represente más del 50% de la cuota de mercado. Esto, en definitiva muestra la preocupación de las autoridades europeas sobre los efectos acumulativos que pueden tener los acuerdos verticales. También vale señalar que, diferencia del régimen de exenciones ecuatoriano, la Comisión europea optó por diferenciar a los acuerdos verticales de los horizontales, beneficiando únicamente a los primeros con la exención.

3.2. El criterio general de evaluación

El Artículo 4 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado textualmente dice:

> *Art. 4.- Criterio general de evaluación.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.*

De la precitada norma se puede extraer los cuatro resultados que el Derecho ecuatoriano contempla para que una conducta sea relevante para el Derecho de Competencia: la distorsión o restricción de la competencia, el atentado contra la eficiencia económica, el menoscabo de los derechos del consumidor y al bienestar general. Si bien la norma expone sus definiciones, la doctrina económica y el Derecho Antitrust han desarrollado su contenido.

3.2.1. Distorsión o restricción de la Competencia

La posibilidad de que agentes económicos particulares puedan distorsionar la competencia, como consta en los capítulos anteriores de la presente investigación, es el presupuesto principal y originario para la existencia del Derecho de Competencia (Cabanellas, 2005). Para la Economía la distorsión se entiende como el *"desequilibrio de una estructura deseada"* (Bernard & Colli, 1985: p. 543); a esto, para dilucidar el concepto de distorsión

aplicado al Derecho de Competencia, se debe delimitar la estructura del mercado competitivo ideal o 'deseado'.

El mercado, como lugar ideal donde la sociedad realiza intercambios económicos, se constituye desde las fuerzas oferta y demanda. La competencia es el resultado del afán individual de cada oferente por inducir a los demandantes al consumo de sus productos; afán que puede plasmarse en la mejora de la calidad del producto, la disminución de los precios o la prestación de facilidades para el consumo. Cuando los operadores pretenden sobresalir dentro del margen legal y ético, los beneficios de la competencia resultan evidentes en los resultados económicos de bienestar del consumidor y de perfeccionamiento de los productos ofertados (Hernandez, 2007)

Por restricciones a la competencia se entiende a la imposición de condicionamientos a los agentes económicos para la realización de sus transacciones (Pinkas, 2002). Las restricciones pueden fundarse en el orden público bajo el imperio del Estado o ser de orden puramente comercial entre los mismos particulares, siendo estas últimas las relevantes para el Derecho de Competencia. Para Flint Pinkas (2002) las restricciones, sean concertadas o unilaterales, permiten a los operadores económicos que las imponen mantener transacciones más favorables para sí, en relación a un mercado competitivo.

En general, el carácter restrictivo o distorsionador de una conducta dependerá de resultados económicos concretos: del beneficio del o los agentes que configuran la restricción a costa de los demás oferentes. En el caso específico de las concertaciones verticales de precios la restricción a la competencia se puede verificar en las relaciones de los agentes de la cadena de producción (productor – distribuidor), o en la relación de la marca con terceros (Rojas, 2010). Cuando la restricción afecta exclusivamente a la cadena de producción, en beneficio de uno o varios de los agestes involucrados sean productores o distribuidores, la identidad de la conducta como concertación y no como una forma vertical de abuso de posición dominante resulta problemática. Es ahí cuando se convierte en necesario el dilucidar la existencia de dos supuestos al momento de la realización de la restricción: si dependió de imposiciones por parte de ciertos operadores involucrados y si estos obtuvieron beneficios acostas de lo demás. De cumplirse estas condiciones se está tratando una conducta unilateral abusiva, más no una forma de acuerdo (Rojas, 2010)

La jurisprudencia estadounidense permanentemente se ha planteado la posibilidad de que un acuerdo vertical provoque efectos horizontales; es decir, que las operaciones coordinadas entre los agentes pertenecientes a una marca puedan afectar a las demás marcas competidoras (Cortázar Mora, 2011). La distribución selectiva puede propiciar dicha posibilidad debido a que comúnmente implica la comercialización exclusiva de los bienes de determinadas marcas (Creus, 2006); esto, acompañado de limitaciones geográficas o posición de domino de los distribuidores, puede afectar a los productores de bienes paralelos carentes de redes de distribución.

Las redes de distribución selectiva, en el caso de volverse frecuentes o generalizadas en el mercado de referencia, podrían dar lugar a efectos horizontales: la imposición de condiciones de mercado casi imposibles para el ingreso de nuevos competidores ajenos a los acuerdos de distribución realizados entre los operadores económicos ya establecidos. Los efectos acumulativos que pueden darse por los acuerdos verticales de precio distan de los resultados detectables en los análisis individualizados (Creus, 2006); por esto, y en base a la abstracción que supone la regulación por medio de normas generales, es adecuado que exista control preventivo por parte de las autoridades respecto al establecimiento de redes de distribución selectiva.

3.2.2. Atentado contra la eficiencia económica

La eficiencia económica es el resultado de la utilización de *"los factores de producción en combinaciones de menor coste, en consumo, asignación de gastos que maximicen la satisfacción (utilidad) del consumidor"* (Todaro, 1997: p. 687). Del concepto general de eficiencia Michael Parkin (2004) diferencia a la económica, que implica la disminución de costes para el incremento de beneficio, de la tecnológica, que identifica el aumento de los beneficios en la mejora tecnológica aplicada al proceso productivo. En general, la eficiencia económica es una calidad que permite a los oferentes maximizar sus beneficios en razón a mejoras de la producción, sean tecnológicas o de racionalización de los insumos, que finalmente reflejan un producto final más conveniente para los consumidores.

El sistema antimonopolios chileno contempla a la eficiencia económica, junto a la defensa de la competencia, como uno de sus objetivos principales (OCDE; Banco Interamericano de Desarrollo, 2007). La eficiencia económica es un concepto mucho más amplio que el de competencia; de lo expuesto, se entendería que un mercado competitivo podría ser determinante para la consecución de la eficiencia económica, teniendo en cuenta que en la búsqueda de sobresalir cada competidor podría optar por mejorar las condiciones de su producto o procurar aumentos de rendimiento que permitan la disminución del precio (Todaro, 1997). En definitiva, una de las razones para concluir la necesidad de un mercado competitivo es que es un agente conductor de la eficiencia económica.

La cuestión específica de la eficiencia económica que atañe al Derecho de Competencia se resume en cómo aquella puede verse impedida por conductas particulares de operadores económicos. A esto, la doctrina ha reconocido dos caminos para calificar una conducta como atentado a la eficiencia económica: la mera restricción a la producción –teoría vigente en el sistema estadounidense– y el enfoque de la Comunidad Europea que amplía a la eficiencia económica al dinamismo del mercado, a su perfeccionamiento (Herrero, 2006). Por restricción a la producción se entenderían a todas las actividades tendientes a limitar el acceso de los bienes y servicios ofertados a los consumidores; dicha postura se fundamenta en que los límites arbitrarios al potencial de oferta del mercado implican un estancamiento al desarrollo económico. (Chapman, 2006)

Las fijaciones verticales de precio máximo han presentado un problema específico para la eficiencia económica, en tanto en un momento la postura dominante del Derecho de Competencia estadounidense las identificó como mecanismos limitante de los servicios a cargo de los distribuidores. Así, el argumento de la Corte Suprema en el caso Albrecht v. Herald Co. (1968) determinó que, debido a que el precio máximo tiene impone un límite en lo que ha de pagar el consumidor por un producto determinado, los distribuidores podrían verse estancados respecto a los servicios o facilidades adicionales que podrían proveer a los consumidores, lo cual resultaría contrario al desarrollo económico del mercado. A esto la resolución de la Corte Suprema de los Estados Unidos del caso State Oil Co. v. Khan (1997), que consideró a las concertaciones de precio máximo como conductas anticompetitivas dependientes de sus resultados y de la situación de mercado

específico. Aún con dichos argumentos, la Comunidad Europea optó por favorecer con su régimen de exenciones a las fijaciones verticales de precios máximos.

En general, la doctrina ha reivindicado las virtudes de la concertación vertical de precios desde la perspectiva de la eficiencia económica, calificándola como un mecanismo que puede *"mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de distribución al permitir una mejor coordinación de las empresas participantes"* (Bosch, Sánchez, & Vaquer, 2012: p. 1469). Los beneficios que puede traer consigo la concertación vertical de precios a nivel interno de cada marca se pueden observar en la distribución selectiva que por medio de la coordinación entre en los distribuidores y productores se garantiza facilidades y beneficios al consumidor.

3.2.3. Afectación de los derechos del consumidor

La Constitución ecuatoriana en la sección novena de su Capítulo Segundo establece el marco de las garantías del consumidor y de obligaciones de los oferentes. Pero, no es sino la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor la norma que provee de un catálogo de Derechos que a continuación serán explicados y contrastados con el Derecho de Competencia; así el inciso primero y el numeral segundo del artículo 4 dice textualmente:

> *Art. 4.- Derechos del consumidor.- Son derechos fundamentales del consumidor, a más de los establecidos en la Constitución Política de la República, tratados o convenios internacionales, legislación interna, principios generales del derecho y costumbre mercantil, los siguientes:*
> *2. Derecho a que proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad*

En lo directamente relacionado al Derecho de Competencia, la precitada norma establece el derecho a un mercado competitivo y a la libertad de elección. Como ya consta en la presente investigación, la regulación antimonopolios aparece de la necesidad de un mercado competitivo, tanto para la formación de precios equilibrados como para el perfeccionamiento de los productos (Havenan & Knopf, 1967); a esto, la legislación eleva a derecho la existencia de un mercado competitivo, lo cual tiene sentido si se considera que

los mercados monopolizados abren el camino a arbitrarios aumentos en el precios y a diezmar la posibilidad de los consumidores de elegir los productos que les sean más favorables o atractivos.

La libre elección o elección individual es el nivel básico de los problemas microeconómicos y la cuestión principalísima de los operadores económicos para conseguir la venta de sus productos (Krugman & Wells, 2007). La libre elección –aun cuando la legislación ecuatoriana la identifica como derecho del consumidor– es un hecho, una condición de la naturaleza económica del ser humano que por su subjetividad individual y sus necesidades particulares escoge aquellos bienes o servicios que satisfagan de forma más eficiente sus necesidades y sean accesibles en función de su capacidad adquisitiva. (Ávila, 2004).

Los sistemas de distribución selectiva suponen tensiones para los consumidores, desde la perspectiva de su derecho de elección y en razón a los efectos acumulativos de los acuerdos. Por principio, la distribución selectiva otorga exclusividad para la distribución en favor de ciertos operadores económicos, debiendo estos cumplir con ciertos requisitos técnicos, concesiones respecto al precio de venta al público y prestar ciertas facilidades o servicios a los consumidores (Marketing Publishing Center, 1991); la situación se complica cuando en el mercado de referencia no existen otros oferentes o todos los productos paralelos y sustitutos se encuentran sujetos también a la distribución selectiva, esto conlleva a la adquisición condicionada o atada de un producto por el pago de servicios de orden suplementario.

El numeral 4 del Artículo 4 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece el derecho a la información relativa a las condiciones relevantes del producto en los siguientes términos:

> *4. Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren prestar;*

Que los consumidores se encuentren informados sobre las características de un producto y sus condiciones de transacción es un presupuesto indispensable para su elección libre y consiente (Krugman & Wells, 2007); aun cuando la realidad de un producto pueda perjudicar su venta o valorización, siempre debe encontrarse al alcance del consumidor para que así pueda formar una elección en razón a sus necesidades. Para el Derecho de Competencia ecuatoriano la promoción de productos con calidad inferior a la real no es considerada como un acuerdo anticompetitivo, pero es catalogada como un acto de engaño bajo el régimen de competencia desleal, según el numeral segundo del Artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que dice textualmente:

> *"2.- Actos de engaño.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.*
>
> *Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje."*

La concertación vertical de precios, por su naturaleza, no parecería tener una relación directa con los derechos del consumidor pero no por eso dicha posibilidad debe excluirse. Desde la perspectiva del consumo, las relaciones a nivel vertical que mantengan los oferentes puede afectar al consumidor de existir alzas en los precios que le obliguen a presidir del producto o que diezmen su capacidad adquisitiva. A esto, resulta problemático

verificar dichos resultados en los acuerdos verticales, teniendo en cuenta que los consumidores tienen la facultad de elegir un producto similar o sustituto de la marca que les sea más conveniente (Ávila, 2004). Pero, de estar en una situación de monopolio o posición dominante por parte de los agentes concertados seguramente el consumidor se verá perjudicado (Krugman & Wells, 2007).

3.2.4. Menoscabo del bienestar general

El bienestar general es uno de los conceptos más controversiales para la Económica y la ciencia política debido a su tendencia al matiz ideológico y a la inexistencia de consensos respecto a sus variables. La acepción más genérica, desarrollada por el liberalismo económico, define al bienestar como *"la suma de los intereses individuales"* (Sánchez, 2004: p. 129) de las personas naturales pertenecientes a una comunidad. Dicha definición no considera la esfera social ni los segmentos culturales de cada comunidad y, en efecto, utiliza únicamente indicadores de crecimiento económico individual y el acceso al derecho de propiedad (Sánchez, 2004)

Desde un estricto análisis microeconómico, el bienestar se lo identifica como el excedente total. El excedente es *"la parte de la producción que no es absorbida para los pagos necesarios para la misma producción"* (Singer, 1999: pag. 58); es decir el beneficio resultante de una actividad económica. La teoría marginalista de la economía, enfocandose en el punto de vista del consumo, asimila al excedente con el ahorro, la porción del patrimonio de los consumidores que no es destinado para curbir sus necesidades (Singer, 1999) y que, por consiguiente, permite el acceso de nuevos bienes y servicios para complementar el estilo de vida de los individuos.

Desde mediados del siglo XX, con el ascenso del Estado de Bienestar en Europa continental, el paradigma netamente individualista del desarrollo económico fue sustituido por consideraciones de contenido social y pluricultural. Así también, con el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 la acepción de bienestar se constituye bajo una base social, de contenido cultural y proyectado a la generalidad de individuos (Mayorga, 1990). En Economía el cambio de paradigma de bienestar implica modelos de intervención estatal con mayor incidencia en relación al liberalismo clásico, en

especial en la prestación de servicios públicos e imposición medidas proteccionistas a favor del sector productivo local (Schnitzer, 2007)

No se debe caer en el equívoco de asimilar el bienestar general con el orden público: este último es un concepto netamente jurídico que hace referencia al correcto desenvolvimiento de las instituciones políticas y jurídicas (Solar, 1979), mientras que el bienestar sugiere una situación económica ideal en la que existe plena satisfacción de necesidades y acceso a bienes básicos (Sánchez, 2004). Más allá de los matices políticos, el bienestar depende de un conjunto de medidas públicas dirigidas a excluir estados extremos de necesidad que puedan poner en riesgo la vida o el desenvolvimiento cultural de las personas.

Si bien la Constitución ecuatoriana no establece una acepción de bienestar general, en su Artículo 283, reconoce el sistema económico como *"social y solidario"* y a la sociedad, al Estado y al mercado como ejes que deberán estar en coordinación y armonía con la naturaleza. La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, al igual que su Reglamento, se refiere a la afectación del bienestar general como uno de los presupuestos para la prohibición de conductas; sean concertadas, abusivas o de concentración económica, la afectación al bienestar general se mantiene como un concepto recurrente en los ilícitos antitrust.

Ya en el análisis que concierne a la presente investigación, la afectación al bienestar general se podría entender como aquello tendiente a empeorar el aumento del beneficio económico, del excedente total. Así, del Derecho de Competencia ecuatoriano se pueden identificar como conductas de potencial afectación al bienestar general a aquellas que restrinjan la producción, sus avances, o que pretendan fijar precios excesivos que diezmen la capacidad de ahorro de los consumidores.

El precio de ciertos productos o servicios –desde la perspectiva del bienestar general– calificados de indispensables o de demanda inflexible, tendría que ser revisado con mayor cautela: los precios de los bienes y servicios de gran demanda estaría menos expuesto a manipulaciones de los oferentes y su alza sería tratada con mayor severidad por parte de las autoridades de control, en razón al impacto a las economías particulares y al sector productivo a largo plazo. La concertación vertical de precios, de no implicar incremento de

precios a costas del consumidor resultaría indiferente al bienestar general. Ya en lo que concierne a las relaciones internas de la marca, si los precios fijados dan lugar al estancamiento del beneficio económico, contravendrían el bienestar general

3.2.5. El Derecho antitrust estadounidense

En el Derecho Estadounidense los lineamientos para el análisis de las conductas tipificadas como contrarias a la competencia es el resultado del esfuerzo jurisprudencial por vincular las normas jurídicas antimonopolio con el contexto específico de cada caso. En el Ecuador, siguiendo el criterio de europeo continental, son dos los caminos para considerar el contenido de una conducta para separarla de la prohibición: la evaluación de su carácter restrictivo y la exención. Con todo, y para efectos del presente estudio, se revisaran los criterios utilizados en el Derecho Antitrust de Estados Unidos de América, por los países europeos a nivel comunitario, y la situación ecuatoriana a la luz de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

El *Sherman Antitrust Act* (también conocido como Ley Sherman), la norma base del Derecho de Competencias estadounidense, no contempla ningún referente para la calificación de una conducta como ilegal, solo se limita a enumerar de forma abierta las conductas prohibidas y a establecer sus respectivas sanciones. Fueron los tribunales estadounidenses por medio de jurisprudencia los responsables de la formación de los parámetros a seguir para calificar una conducta como contraria a la libre competencia (Cabanellas, 2005)

Esencialmente, el Derecho Antitrust estadounidense consagra dos metodologías para determinar el carácter anticompetitivo de las conductas concertadas: el criterio *per se* y la regla de la razón o *rule of reason* (Cortázar Mora, 2011). Las dos formuladas en la práctica judicial, aunque siguen caminos opuestos.

El criterio *per se* opera bajo la presunción de ilicitud de una conducta, lo cual la vuelve ilegitima sin perjuicio de sus efectos económicos ni sus motivos. Así, una conducta que se encuentre condicionada al criterio *per se* es siempre contraria a la competencia, por el mero hecho de realizarse (Marín Sevilla, 2013). A esto, los organismos encargados de

vigilar la libre competencia deben únicamente verificar la existencia de la conducta, sea concertada o simplemente abusiva, para así calificarla como ilícita.

Es importante resaltar que, aun cuando el criterio de prohibición per se determine como ilegal a una conducta señalada en las normas sin consideración de sus efectos, la restricción a la competencia es una categoría existente pero que se presume por la mera realización de los elementos constitutivos de determinadas conductas. De esta forma el ordenamiento jurídico reconoce como injustificables e irracionales ciertas prácticas, ya que necesariamente llevan consigo restricciones ilegitimas a la competencia. (Taft, 1914)

La regla de la razón, en cambio, implica una serie de parámetros o presupuestos específicos que una conducta relevante para el Derecho Antitrust debe cumplir para que pueda ser tratada como ilegal. La regla de la razón es la metodología que sostiene la necesidad de evaluar la realidad económica de cada situación para así determinar su contenido ilícito y sus posibles justificaciones. (Cortázar Mora, 2011). En definitiva, es una oposición a la aplicación presuntiva de las prohibiciones en materia antitrust.

La resolución del caso Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. (2007) es uno de los precedentes jurisprudenciales de mayor relevancia para nuestra investigación debido a que se refiere a los acuerdos verticales de precio mínimo. El argumento principal de la defensa de Leegin Creative Leather Products consistió en que por principio la competencia interna entre los eslabones de la cadena de producción, de no haber situaciones de dependencia, permite el fortalecimiento de la marca (mayor valor agregado por parte del distribuidor y mayores garantías para el productor), sin que esto implique un alza o una disminución del precio. Esto teniendo en cuenta que la función esencial de la legislación antitrust no es velar por el precio nominal de los bienes o servicios, sino que la formación del mismo se ajuste a las leyes de oferta y demanda. Y, aun cuando en una marca existan consensos respecto al precio, eso no excluye la existencia de ofertas distintas a nivel horizontal y, en el caso particular relevante para la controversia, el mercado se encontraba lleno de distintas marcas competidoras (U.S Supreme Court Media, 2009).

Así como para la prohibición per se la tipificación de una conducta es el sustento único para determinar su carácter anticompetitivo, bajo la regla de la razón se requiere verificar

algún resultado lesivo, definido por la misma jurisprudencia estadounidense como "*restricción irracional*" de la competencia (USlegal, 2003). A esto, resulta imposible para las autoridades reguladoras de la competencia determinar la ilegalidad de una conducta sin que medie un análisis económico de la afectación que la actuación del agente económico en cuestión haya causado en el mercado específico. Sea optando por la protección a los consumidores o a los demás competidores, la regla de la razón rompe el esquema presuntivo para enmarcarse en cada caso.

Para Lawrence A. Sullivan y Warren S. Grimes (2006), desde la regla de la razón, el carácter nocivo de las concertaciones verticales de precios debe analizarse desde los siguientes supuestos:

a) Si se trata de precio máximo se entiende que estos no comprenden repercusiones generales negativas, excepto cuando el acuerdo provenga de imposiciones arbitrarias del productor y que el precio máximo establezca márgenes insostenibles para el o los distribuidores (Sullivan & Grimes, 2006).
b) Si la fijación de precios no es producto de imposiciones o iniciativa particular de uno de los operadores, y todos los intervinientes no tienen cuotas considerables de mercado, se entiende que no existe daño a la competencia. Esto sin que se excluya la posibilidad de responsabilidad civil entre los operadores intervinientes (Sullivan & Grimes, 2006).
c) Si existen factores que faciliten o restrinjan la diversidad de distribuidores. La presencia de redes paralelas de distribución, excluidas del acuerdo de precios, es un elemento a considerar en pro de la licitud de un acuerdo; así también la existencia de barreras efectivas para el ingreso de nuevos distribuidores puede hacer a la fijación de precios vertical lesiva para la competencia (Sullivan & Grimes, 2006).

En definitiva los ejes principales de la aplicación favorable de la regla de la razón, en los casos concernientes a la implementación de acuerdos verticales de precios, que considera el precitado autor son los siguientes: que el acuerdo en cuestión no venga de imposiciones arbitrarias de los productores; que no exista posición dominante; que exista diversidad redes paralelas para la distribución de los productos.

3.3. Regla de Mínimis

El legislador ecuatoriano, en el Artículo 13 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ha eximido de responsabilidad por la realización de prácticas colusorias a aquellos operadores económicos que no tengan mayor relevancia en el mercado, sea por una pequeña escala de operación o escasa significación. La regla mínimis, deviene del latinismo jurídico *mínimis lex non curat (la Ley no se ocupa de asuntos triviales)* (Marín Sevilla, 2013) que establece la máxima jurídica que el Derecho no debe interferir en cosas pequeñas o insignificantes; dicho axioma se aplica específicamente en el Derecho de Competencia para descartar la responsabilidad de agentes económicos que incurran en conductas restrictivas pero que por su poca cuota de mercado no son condicionantes para la libre competencia ni para la formación de los precios (Ortiz, 2009)

Determinar el volumen de negocios que hace a un operador económico beneficiado por la regla de mínimis corresponde a la Junta de Regulación de la LORCPM, según el Artículo 13 de la Ley y el literal e) del Artículo 42 del Reglamento. Ya en 2014 dicho organismo, con la Resolución 003, publicada en el Registro Oficial No. 291 del 17 de Julio de 2014, estableció los parámetros de aplicación de la regla bajo los siguientes términos:

a) *Las conductas entre operadores económicos real o potencialmente competidores, cuando la cuota de mercado conjunta de los participantes en el acuerdo no exceda el catorce por ciento (14%) en ninguno de los mercados relevantes afectados;*
b) *Las conductas entre operadores económicos no competidores, ni reales ni potenciales, cuando la cuota de mercado de cada uno de los partícipes no exceda el quince por ciento (15%) en ninguno de los mercados relevantes afectados;*
c) *Cuando, en un mercado relevante, la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos paralelos para la venta de bienes o servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes, los porcentajes de cuota de mercado fijados en los apartados anteriores quedarán reducidos al cinco por ciento (5%). Se entenderá que existe un efecto acumulativo si al menos el treinta por ciento (30%) del mercado de referencia está cubierto por redes paralelas de acuerdos.*

De la lectura de la norma se deprende que el organismo de control ha considerado el tratamiento de dos realidades económicas diferenciadas: los acuerdos horizontales y los verticales. El literal a) al referirse a los "*operadores económicos real o potencialmente competidores"* se concentra en aquellos con relaciones de carácter horizontal, es decir, competidores directos. En cambio, el literal b), se limita a los agentes económicos *"no competidores"*, por tanto, aquellos que mantienen relaciones verticales dentro de un mismo proceso productivo.

La Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado haya optó por permitir una mayor cuota de mercado en el caso de los operadores que respondan a acuerdos verticales, pudiendo estos tener máximo 15% cada uno, en comparación al 14% como límite permitido entre todos los agentes que mantengan acuerdos horizontales. Dicho particular responde a la lógica que ha marcado el razonamiento jurídico relativo a la defensa de la competencia: las restricciones horizontales tienden a tener efectos más marcados desde el punto de vista económico.

Los efectos acumulativos juegan un rol decisivo en la aplicación de la regla de mínimis; tanto así que el margen de tolerancia para los acuerdos horizontales y verticales quedarían reducidos al 5% en el caso que se verifique la existencia de redes paralelas de acuerdos que cubran más del 30% de los mercados de referencia. La consideración de la situación general del mercado, como hemos revisado, es uno de los elementos más importantes en el análisis de los acuerdos verticales de precios, específicamente en los casos de distribución selectiva que, cuando se vuelven una regla general en la comercialización de determinados bienes y servicios, podría suponer perjuicios para los consumidores.

La regla de mínimis no es solamente un criterio del Derecho concerniente a la relevancia de los hechos y actos jurídicos, sino que responde a la postura general que mantiene la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado respecto a la ilicitud de las prácticas restrictivas: solamente se considera como prohibida la práctica que, a más de incurrir en los presupuestos previstos por las normas, contenga efectos nocivos para el mercado, para los demás competidores y los consumidores, los mismos que se encuentran supeditados a un mínimo de volumen de negocios del operador económico.

Tanto el criterio general de evaluación al que se debe apegar la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado, como la exención en favor de las conductas concertadas tienen al rechazo de cualquier perjuicio económico como norte para el análisis casuístico. Esto hace a los resultados económicos concretos – y no presunciones de Derecho– el factor determinante para el análisis de la concertación vertical de precios, su legalidad y legitimidad económica.

A diferencia del criterio general de evaluación del Artículo 4 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que únicamente exige que las conductas no sea contrarias a la eficiencia, el régimen de exenciones requiere de la existencia de beneficios económicos reales verificables en el mercado, sea en el proceso productivo o en el desarrollo técnico.

La diferencia esencial que presenta el régimen de exenciones respecto al criterio general de evaluación, es que éste último debe ser considerado por la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado para el análisis y sanción de cualquier conducta potencialmente anticompetitiva: toda conducta para ser considerada ilegal deberá ser revisada desde la restricción que ejerza a la competencia, el retroceso que implique a la eficiencia económica, el menoscabo a los derechos de los consumidores y la lesión que cause al bienestar general. En cambio el régimen de exenciones, a más de encontrarse limitado en su aplicación a las prácticas colusorias o concertadas (Art. 12 LORCPM), es una institución que justifica una conducta una conducta en apariencia anticompetitiva.

Capítulo 4. Conclusiones: Criterios para la determinación de la concertación vertical de precios como conducta anticompetitiva de resultado.

De la totalidad del análisis realizado en la presente investigación se ha podido determinar que tanto la posición general de la doctrina como la situación normativa ecuatoriana hacen a la concertación vertical de precios prohibida por el derecho de competencia. Aun así, se puede afirmar que los acuerdos verticales se encuentran supeditados a sus efectos reales en el mercado, debiendo estos contener, en el caso ecuatoriano, restricciones a la competencia, lesión a los derechos del consumidor o atentar contra la eficiencia económica y el bienestar general.

En síntesis, el resultado económico de una concertación vertical de precios se encuentra determinado por el fin específico que pretenden alcanzar los operadores concertados y por la situación particular del mercado de referencia en función al número y relevancia de competidores que lo comprenden. Un acuerdo vertical que prevea mayor acceso de los productos a los consumidores o un mínimo de beneficios adicionales a costa del distribuidor se entiende como legítimo, en tanto promueve condiciones más favorables para la eficiencia económica sin lesionar los intereses de los consumidores. Así también, si en el mercado relevante no existen competidores reales con ofertas que supriman los servicios ofertados por la marca principal, se entenderá que no se da la posibilidad de elección del consumidor.

La hipótesis, razón de la presente investigación, postula que la concertación vertical de precios en el Ecuador no implica una distorsión a la competencia, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones o presupuestos normativos, afirmación que ya se encuentra verificada por la doctrina económica, el derecho comparado y por el sistema jurídico ecuatoriano. Debido al amplísimo margen de análisis que ofrece la normativa ecuatoriana y a que la fijación de precios de reventa se encuentra ubicada expresamente en el catálogo de conductas prohibidas, la cuestión esencial no recae en la afirmación de su carácter circunstancialmente anticompetitivo, sino en la determinación de cuáles son las condiciones o presupuestos que deben encontrarse para que sea considerada legal.

A esto, el presente capitulo pretende formular de forma sintética las condiciones normativas y la situación económica que un acuerdo vertical de precios debe contemplar para entenderse como legal bajo los principios e instituciones ecuatorianas. Cuando nos referimos a la situación o legitimidad económica hacemos referencia al supuesto ideal de la concertación vertical de precios que es irrelevante para el Derecho, en tanto no constituye restricción alguna. Las condiciones normativas o legalidad, en cambio, son aquellos elementos que en estricto Derecho deben verificarse en el acuerdo para que se entienda exento de la prohibición, tolerado por el ordenamiento jurídico. Así como la Jurisprudencia estadounidense concibió la regla de la razón y el sistema europeo formó su régimen de exenciones como camino para la consideración de las conductas anticompetitivas según sus resultados, el análisis o evaluación de cada conducta según su legitimidad económica o su cumplimiento de lo previsto por las exenciones es el criterio normativo del sistema ecuatoriano para determinar el carácter restrictivo de una conducta.

La legitimidad económica y la legalidad no son categorías contrapuestas o excluyentes, de hecho, aunque cumplan fines similares, representan momentos distintos para el análisis casuístico. La legitimidad económica hace referencia al contenido económico específico que hace que una conducta –en este caso la concertación vertical de precios– sea relevante para el Derecho de Competencia. Dicha relevancia se encuentra supeditada a las decisiones e investigaciones a cargo del órgano público rector de la materia. La legalidad, en cambio, hace referencia a la calidad de una conducta en tanto cumple con las formas jurídicas para que sea beneficiaria de la exención y, por tanto se entienda como justificada. Por esto, el beneficio de exención depende de cada operador económico que, bajo el principio de buena fe de las actuaciones privadas que no requieren de autorización alguna para realizar actos comerciales lícitos. La separación sistemática entre legalidad y legitimidad se ha realizado únicamente para efectos mayor facilidad en el análisis que se propone en la presente disertación.

4.1 La Legitimidad económica

La Real Academia Española define a la palabra legitimidad como la *"cualidad de lo legitimo",* legítimo a su vez se entiende sinónimo lícito, aquello apreciado como *"justo,*

permitido, según justicia y razón" (Real Academia Española, 2014). El concepto de legitimidad económica comprende la calidad de una conducta en tanto cumple con los ideales económicos del ordenamiento jurídico de defensa de la competencia. Cada normativa nacional puede presentar peculiaridades respecto a su política antimonopolios, de precios y comercial; de ahí que la legitimidad económica sea vea relativizada por el territorio y la coyuntura política. En parte, la legitimidad económica se relaciona al principio de primacía de la realidad, ya que ambos conceptos se refieren a situaciones económicas concretas sin referencia a formas jurídicas concretas.

La legitimidad económica se ve concretizada en el criterio general de evaluación del Artículo 4 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, ya que la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado debe realizar un estudio particularizado para cada caso según su afectación a la eficiencia, al bienestar general y de los derechos del consumidor. Todo esto para determinar el carácter restrictivo de una conducta y, si éste no llegare a verificarse, la conducta se entendería excluida de cualquier prohibición debido a que la potestad sancionatoria de la Superintendencia se encuentran condicionada a que en sus procesos investigativos se verifique indicios de restricciones a la competencia atribuibles a un operador económico.

Según el Artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado *"la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible"*, son los objetivos del sistema de defensa de la libre competencia ecuatoriano. La Constitución ecuatoriana, a su vez, mantiene una visión social de la Economía privada que deberá configurarse en base a intercambios justos que eviten la vulneración de los derechos del consumidor (Marín Sevilla, 2013). De lo anterior se puede extraer que existen dos ejes esenciales para la política económica de la libre competencia ecuatoriana: la eficiencia y el bienestar.

El grado en que una conducta no implique retroceso en el desarrollo de los procesos de producción o de las transacciones –que se refleje en mayores costos– es la clave para identificar su irrelevancia para eficiencia económica. Sea por medio de barreras directas al desarrollo técnico o por condiciones insostenibles para el mantenimiento de estándares,

que impliquen el aumento de los costos de producción, la concertación vertical de precios se entendería ilegitima desde el punto de vista económico. A esto, el problema del carácter restrictivo de las fijaciones de precios máximos –que se resume en la potencial limitación al desarrollo de los distribuidores– debe ser dilucidado en base a los objetivos del productor y a la carga efectiva que estos imponen al distribuidor. Cuando el acuerdo procure la estabilidad o un mayor despliegue del producto entre los distintos estratos económicos de consumidores y, a su vez, no imponga límites a mejoras potenciales en los procesos distributivos, se entenderá legítimo.

La reducción de costos causada por la concertación vertical es factible cuando el precio no es fijado por necesidades emergentes de los productores, pretensiones de aumentar su margen de beneficio o por la necesidad de los productores de ejercer control sobre los distribuidores; sino cuando es utilizada para posicionar la marca entre más o distintos consumidores. Es decir, cuando la fijación de precios tenga un objetivo comercial, sea para garantizar un mínimo facilidades que deberán otorgar los distribuidores a los consumidores –como en los casos de distribución selectiva– o para el posicionamiento del producto entre consumidores con capacidades adquisitivas mayores o menores.

El bienestar como criterio de legitimidad de las fijaciones verticales de precios se refiere al impacto real que estas pueden generar en las economías particulares y en la cadena de producción en general. Aun cuando el Estado reconozca las libertades económicas de los particulares, el mercado es un hecho social, que trasciende el análisis individualizada y comprende variables que pueden afectar el orden público. Así, las relaciones económicas que, por ejemplo, exploten el excedente de los consumidores o busquen el interés inmediato de los oferentes en perjuicio del beneficio total que podría generar el proceso productivo deberán ser investigadas por la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado.

La cuestión de los derechos del consumidor no presenta mayores complejidades debido a que estos por lo general se encuentran protegidos con el establecimiento de otro tipo de prohibiciones; así por ejemplo las limitaciones arbitrarias a la producción, al desarrollo tecnológico, el incumplimiento de estándares de calidad, la constitución de barreras al acceso de los servicios básicos relacionadas, entre otras, no son situaciones unívocamente

relacionadas con los pactos verticales, sino que se encuentran tipificadas independientemente, sea como conductas abusivas o concertadas. Aun así, vale resaltar que los precios abusivos, contrarios a los derechos del consumidor, puedan venir de acuerdos verticales.

El bienestar general podría verse interpretado bajo coyunturas políticas diversas y según los valores jurídicos de cada ordenamiento. Así, bajo los ideales sociales de la Constitución ecuatoriana del 2008 y la planificación económica que en base a esta se ha realizada, el bienestar general podría establecerse en el acceso a los bienes básicos para el desarrollo individual y social de las personas. Con esto, la concertación de precios que traiga consigo la exclusión de individuos del mercado que implique una limitación para que estos puedan satisfacer sus necesidades, se entenderá como ilegítima.

La regla de mínimis, contemplada en el Artículo 13 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, también es un elemento de consideración para determinar la legitimidad de una conducta, según sus efectos económicos. Si bien sistemáticamente la regla de mínimis no se encuentra vinculada al criterio general de evaluación contenido en el Reglamento a la Ley, su función es descartar de la prohibición y de cualquier responsabilidad a las conductas concertadas entre operadores que no tengan el suficiente peso económico para que se les atribuya restricción alguna de la competencia. Es decir, se ocupa un criterio de resultado para determinar que una conducta no va a restringir la competencia económica, en tanto sus intervinientes no tienen una cuota relevante de participación en el mercado.

A diferencia de la regla de la razón en el Derecho Estadounidense que formó sus criterios jurisprudenciales con el fin de determinar el carácter restrictivo de las conductas ya en el juzgamiento particular de cada caso, el criterio general de evaluación y la regla de mínimis del ordenamiento jurídico ecuatoriano pretenden determinar las condiciones que hacen a una conducta potencialmente anticompetitiva, con lugar a las investigaciones a cargo de la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado. Con esto, aun cuando una concertación vertical de precios sea ilegitima bajo los términos del criterio general de evaluación y sobresalga los márgenes de la regla de mínimis, esto no la hace

necesariamente ilegal debido a la posibilidad de que se verifiquen los elementos constitutivos de la exención.

4.2. La Legalidad

En términos de estricto Derecho, para que una conducta sea sancionada debe incurrir en los presupuestos en los presupuestos jurídicos que configuran la prohibición contenida en una norma previa. El Artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece el catálogo de conductas prohibidas a título de acuerdos ilegales, en su numeral 17 reconoce a la *"fijación concertada e injustificada de precios de reventa"*. Aun así, la misma ley prevé situaciones específicas que eximen a la conducta de la prohibición, volviéndolas légales y válidas para efectos de las obligaciones contractuales.

El beneficio económico en los procesos productivos o en la calidad del producto es el factor determinante para la aplicación de la exención en favor de una concertación vertical de precios; es decir, no basta con que el acuerdo no resulte perjudicial sino que debe promover beneficios concretos que la Ley identifica en *"mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico".* Dos son los caminos que pueden hacer a una concertación vertical de precios beneficiosa en los términos de la Ley: el incremento de la cobertura del producto a los diversos estratos de consumidores y la implementación de mayores prestaciones a cargo de los distribuidores.

Como ya quedó expuesto en capítulos anteriores de la presente investigación las fijaciones de precios tienen dos finalidades diferenciadas, que son la configuración de un precio mínimo o de un precio máximo. Más allá de que se ocupen mecanismos más sofisticados –como imposiciones de tasas, descuentos u otras fórmulas– las fijaciones de precios– únicamente cumplen dichas funciones. Tanto la jurisprudencia estadounidense como la doctrina han elaborado argumentos a favor de la concertación vertical de precios, llegando incluso a proponer beneficios potenciales de ambas modalidades. Un precio mínimo puede dar paso a que los distribuidores agreguen valor a los productos finales con mayores servicios, garantías o facilidades en favor de los consumidores, así también puede responder a estrategias empresariales concretas que busquen posicionar a la marca entre

distintos consumidores. Una fijación de precio máximo, que en principio limita a la marca de aumentar sus ingresos, es una potencial herramienta para desplegar el producto entre más consumidores, satisfaciendo así más necesidades económicas.

La experiencia europea permite concluir que la cuota de mercado de los operadores involucrados y las cantidad de competidores existentes son agentes determinantes para determinar el carácter restrictivo para de las concertaciones verticales de precios. Más allá de los beneficios económicos que pueda generar un acuerdo, para que los operadores económicos intervinientes se vean beneficiados por la exención, éste no debe representar ganancias únicamente para los operadores concertados, sino que deben incluir a los consumidores, como lo dispone el literal a) del Artículo 12 de la Ley. El beneficio de los consumidores se puede traducir en precios menores, mayores facilidades, aumento de la calidad del producto, etc. Que un producto no tenga competencia significativa –sea por la cantidad o la calidad de los competidores– hace que la formación de su precio tenga especial relevancia para los consumidores que de por sí se encuentran limitados en su capacidad de elección entre otros productos.

La fijación vertical que pretenda imponer un mínimo para la reventa para fortalecer la marca en términos de calidad puede contraponerse a los intereses de los consumidores cuando las condiciones del mercado impidan su libre elección, específicamente, en los casos de escasez de competidores. En los mercados dominados por marcas con sistemas de distribución selectiva–que por lo general implican más acuerdos verticales distintos al precio– la posibilidad de los compradores de obtener el producto sin servicios adicionales se ve imposibilitada. Así sea bajo el estandarte del beneficio económico, el derecho de elección de los consumidores no puede ser inobservado ni explotado por los oferentes para imponer prestaciones adicionales.

La fijación de precio máximo resulta mucho más factible de ser cubierta por la exención del Artículo 12 de la Ley, debido a que en el caso de que cumpla el requisito de promover beneficios económicos estos serían perfectamente extensibles a los consumidores. Así también, a diferencia de los acuerdos horizontales, de precio máximo que podrían representar restricciones a nuevos competidores que tendrían que ingresar a un mercado con precios insostenibles para empresas nacientes, los acuerdos verticales implican una

fijación del precio que surtiría efectos únicamente respecto a la estabilidad del precio a pagar por los usuarios de la marca. Es decir, del acuerdo vertical de precio mínimo no existen argumentos que afirmen su posibilidad producir efectos horizontales en el mercado.

Si se reconoce que tanto por su naturaleza misma como por la postura general del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el acuerdo vertical de precio requieren un análisis en función a sus resultados económicos, resultaría indispensable particularizar en lo posible su configuración ideal para que sea cubierto por la exención prevista en el Artículo 12 de la Ley. Con todo, la cuestión principal es determinar cuándo un acuerdo vertical de precios cumple con las condiciones legales y, en efecto, debería considerarse exento de la prohibición; a esto, podemos responder lo siguiente:

1) En los casos en que el acuerdo fije un precio mínimo para la reventa, su finalidad debe ser la prestación de servicios o beneficios adicionales a cargo del distribuidor, sea con lugar a un sistema de distribución selectiva o no. Además en el mercado de referencia territorial y del producto deberá existir multiplicidad de marcas sin fijaciones de precios, con el fin de que el consumidor no se vea obligado a pagar por servicios de orden suplementario para consumir el producto principal, evitando así efectos acumulativos perjudiciales.

2) En los casos en que el acuerdo fije un precio máximo para la reventa, su finalidad debe ser ampliar la difusión de la marca entre los distintos sectores de consumidores que por situaciones externas se encontraban privados al acceso del bien o servicio ofertado. Esto, en respuesta a estrategias de desarrollo empresarial y mejoras del producto.

Se ha optado por el tratamiento diferenciado del acuerdo de precio mínimo del máximo aun cuando no se prevea en el sistema jurídico de competencia ecuatoriano; esto, debido a que sus caracteres específicos dan paso a realidades económicas distintas. Tanto la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado como su Reglamento, no imponen a la autoridad competente criterios de análisis inflexibles, sino simplemente prevé los caracteres que deberán reunir las conductas beneficiadas de la exención. Por lo tanto, la diferencia conceptual entre acuerdo vertical de precios máximo y mínimo, a más de

presentarse útil para efectos pedagógicos, podría facilitar la labor técnica de la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado, y ofrecería un mayor horizonte argumentativo para los operadores económicos durante los procesos sancionadores.

Recomendaciones

Como resultado de la presente disertación se ha desarrollado y defendido a la concertación vertical de precios como una conducta anticompetitiva sujeta a las condiciones o circunstancias específicas de cada caso. Así también, se ha determinado las circunstancias y el contenido económico que esta debe tener para que sea justificada y excluida de la prohibición bajo el régimen de exenciones. Aunque la Ley contiene en su catálogo de conductas ilegales a la concertación vertical de precios, bajo la denominación de fijación concertada e injustificada de precios de reventa, no existe un desarrollo pormenorizado de las situaciones a considerar en su análisis, al igual que en ninguna de las otras conductas tipificadas, como si lo ha hecho el sistema estadounidense y el europeo.

El Superintendente de Control del Poder de Mercado, bajo el numeral 6 del Artículo 44 de la LORCPM, es competente para establecer parámetros técnicos que permitan la aplicación y cumplimiento de la Ley; por esto, parecería pertinente que se realice especificaciones respecto al contenido económico de los acuerdos ilegales, específicamente la concertación vertical de precios, con observancia a sus formas de manifestación, finalidades y posibles justificaciones. Esto con el fin de garantizar la correcta aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en los procesos sancionadores.

Definir las potenciales virtudes que las fijaciones verticales de reventa, dentro del marco legal, pueden ofrecer al sector productivo del país es también recomendable. La causa del legislador ecuatoriano para establecer el régimen de exenciones en favor de los acuerdos ilegales es su reconocimiento de sus potenciales beneficios económicos, sin negar tampoco su tendencia a representar restricciones a la competencia; por lo cual, resultaría conveniente que se formulen y socialicen estrategias comerciales entre los operadores económicos para que puedan implementar acuerdos verticales de precios dentro de los límites legales.

La aplicación de la regla de la razón y del criterio general de evaluación son similares, tanto porque corresponde a las autoridades en cargadas de la vigilancia de la competencia realizarla, como por la amplitud que ofrecen para el análisis casuístico. A esto, resultaría indispensable que las autoridades nacionales de la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado se nutran de la experiencia jurisprudencial estadounidense para fortalecer su metodología y los parámetros técnicos aplicados en las investigaciones con lugar a los procesos sancionadores.

Aunque la prematura experiencia ecuatoriana respecto a la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, hasta la fecha, no ha revelado mayores inconvenientes en la utilización de la concertación vertical de precios, en Europa y Estados Unidos el intereses sobre dicha figura es evidente; por esto, al ser miembros de una comunidad mundial cada vez más cercana por los procesos de globalización, resulta necesario establecer un régimen normativo más amplio, claro y flexible.

Bibliografía

Smith, A. (1776). *Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* (Vol. I). (J. A. Ortiz, Trans.) Londres: En Valladolid.

Cabanellas, G. (2005). *Derecho Antimonopolio y defensa de la competencia .* Buenos Aires: Heliasta.

Fellner, W. (1949). *Oligopolio: Teoria de las estructuras de mercado.* Mexico D.F, Mexico: Fondo de Cultura Economica.

Zuleta Londoño, A. (Enero de 2011). LA REGULACIÓN SOBRE MANTENIMIENTO DE PRECIOS DE REVENTA: EL PRÓXIMO CAPÍTULO DEL DERECHO COLOMBIANO DE LA COMPETENCIA. *REVISTA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA* .

Havenan, Robert; Knopf, Kenyon. (1967). *El sistema de precios.* New York: Centro Regional de Ayuda Tecnica M. BA.

Ortiz Blanco, Luis; Lamadrid de Pablo, Alfonso. (2012). In X. Ginegra Serrabou, & O. Negrete, *Derecho de la Competencia Economica* (pp. 409-421). Mexico: Porrua.

Vives, X. (1999). *Oligopoly Prices: Old Ideas and New Tools.* Massachusetts, United States of America: Massachusetts Institute of Technology (MIT).

Parkin, Michael; Esquivel Gerardo. (2006). *Microeconomia: version para Lationoamerica.* Mexico: Pearson Educacion.

Delelaux, I. (1982). *Sistemas de Produccion y Consumo.* Murcia, Spain.

Pothier, R. J. (2007). *Tratado de las Obligaciones.* Buenos Aires: Heliasta.

Ortiz Baquero, I. (2011). *La Aplicacion Privada del Derecho de la Competecia.* Madrid: Wolers Kluwe La Ley.

Moffatt, M. (2014). *About Economics*. Retrieved 12 de Octubre de 2014 from About.com: http://economics.about.com/cs/businesscycles/a/depressions.htm

Santos Ballesteros, J. (2006). *Instituciones de Responsabilidad Civil.* Bogota: Pontificia Universidad Javeriana.

Cooter, R., & Ulen, T. (2009). *Derecho y Economia.* Estados Unidos: Fondo de Cultura Economica .

Shettino, M. (2002). *Introduccion a la Economia para no Economistas.* Mexico: Pearson Educacion Mexico .

Fuentes, R., & Matinez, C. (2001). *Introduccion a la Economia.* Alicante, Spain: Editorial Club Universitario.

Restrepo, N. (2011). *El precio: clave de la rentabilidad.* Bogota, Colombia: Planeta.
Krugman, P., & Wells, R. (2007). *Microeconomia.* Barcelona, Spain: Reverte.

Tapia, J. (2010). Acuerdos Horizontales Restrictivos de la Competencia: Una Vision Critica Aplicada Al Sistema Chileno. In P. Montt Rettig, & N. Nehme Zalaquett, *Libre Competencia Y Retail: Un Analisis Critico* (pp. 117-174). Santiago, Chile: Abeledo Perrot Legal Publishing.

Cerda, F. (2010). El Mercado Relevante como marco de referencia para un analisis de competencia. In P. Montt, & N. Nehme, *Libre Competencia y Retail: Un Analisis Critico* (pp. 9-28). Santiago, Chile: Abeledo Perrot Legal Publishing.

EUR-Lex. (09 de 12 de 1997). *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*. Retrieved 30 de 10 de 2014 from EUR-Lex: EU Law And Publications: http://eur-lex.europa.eu/legal-

content/ES/ALL/;ELX_SESSIONID=QQcTJSxZbbxHTWXZTf37ZZyVBbMQBjLz1yDh7pbG1c7lnL6XT0Kt!1263621023?uri=CELEX:31997Y1209(01)

Spencer, M. (1993). *Economia Contemporanea.* New York: Reverte S.A.

Argentina, M. d. (27 de Noviembre de 2001). *Secretaria de la Competencia, la Desregulacion*. Retrieved 5 de Noviembre de 2014 from InfoLEG: http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70302/norma.htm

Hart, O., & Tirole, J. (1990). Vertical Integration and Market Foreclosure. *Brookings Papers on Economic Activity* , 205-286.

Diez de Castro, E. (2004). *Gestion de Precios.* Madrid: ESIC Editorial.

Pinkas, F. (2002). *Tratado de Defensa de la Libre Competencia.* Lima, Peru: Pontificia Universidad Catolica del Peru, Fondo Editorial 2002.

Velasco, L. (2006). *Diccionario de derecho de la competencia.* Madrid: Iustel.
Barzallo Sacoto, J. (2013). Introduccion Historica. In M. Marin Sevilla, J. Durand, D.

Avila, T. Ojeda, J. Riofrio, F. Jaramillo, et al., *Regimen de Competencia* (pp. 19-27). Quito: Corporacion de Estudios y Publicaciones.

Marin Sevilla, M. (2013). Ley Organica de Regulacion y Control del Poder de Mercado. In M. Marin Sevilla, J. Durand, D. Avila, T. Ojeda, J. Riofrio, F. Jaramillo, et al., *Regimen de Competencia* (pp. 193-481). Quito: Corporacion de Estudios y Publicaciones.

Riofrio, J. (2013). Constitucion Politica. In M. Marin Sevilla, J. Durand, D. Avila, T. Ojeda, J. Riofrio, F. Jaramillo, et al., *Regimen de Competencia* (pp. 25-131). Quito: Corporacion de Estudios y Publicaciones.

Fernandez, M. (2006). *La carga de la prueba en la practica judicial civil.* Madrid: La Ley - Grupo Wolters Kluwer.

Ortiz, I. (2009). *La regla de minimis en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia.* Retrieved 5 de Diciembre de 2014 from Dialnet: http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3133572

Sixth Judicial Circuit of Florida. (2015). *The Sixth Judicial Circuit of Florida*. Retrieved 04 de Enero de 2015 from Jud6 Web Site: http://www.jud6.org

Cornell University Law School. (2010). *ADDYSTON PIPE & STEEL COMPANY , v. UNITED STATES.* Retrieved 5 de Enero de 2015 from Legal Information Institute: http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/175/211

Justitia US. (2015). *Justitia US Supreme Court*. Retrieved 05 de Enero de 2015 from Addyston Pipe & Steel Co. v. United States, 175 U.S. 211 (1899): https://supreme.justia.com/cases/federal/us/175/211/case.html

Bruckmann, B. (Febrero de 2007). *The Antitrust Source.* Retrieved 07 de Enero de 2015 from AmericanBar. Org: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/Feb07_Bruckmann.authcheckdam.pdf

Taft, W. (1914). *The Anti-trust Act and the Supreme Court.* Boston: Harper & Brothers.

Cornell University Law School. (2007). *STATE OIL CO. v. KHAN (96-871) 93 F.3d 1358, vacated and remanded.* Retrieved 11 de Enero de 2015 from Legal Information Institute: http://www.law.cornell.edu/supct/html/96-871.ZO.html

Adams, R. (2011). A Brief Review and Assessment of the Leegin Decision: Who Wins and Who Loses When Manufacturers Are Free to Set Retail Prices? *Business and Society Review* , 213–236.

U.S Supreme Court Media. (2009). *Oyez.org.* Retrieved 12 de Enero de 2015 from The Oyez Project at IIT Chicago-Kent College of Law: http://www.oyez.org/cases/2000-2009/2006/2006_06_480

Calderon Aguilar, L. (2003). LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS EN FUNCIÓN A LA REALIDAD DE LOS HECHOS ECONÓMICOS. *Quipukamayoc* , 62-74.

Rodriguez Cano, A. (2011). *Comentarios a la Ley de Competencia desleal.* Madrid: Aranzadi.

Rojas, N. (2010). Restricciones Verticales a la competencia en el ambito del retail. In P. Montt, & N. Nehme, *Libre Competencia y Retail: Un Analisis Critico* (pp. 175-210). Santiago, Chile: Adebedo Perrot Legal Publishing.

Areeda, P. (Junio de 1981). *Federal Judicial Center.* Retrieved Enero de 2015 from fjc.gov: http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/antitrust.pdf/$file/antitrust.pdf

Sullivan, L., & Grimes, W. (2006). *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook.* Eagan, Minnesota: Thomson West.

Medina, J. (2010). *Derecho Civil: Aproximaciones al Derecho de Personas.* Bogota, Colombia: Universidad del Rosario.

Solar, L. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado.* Santiago, Chile: Editorial Juridica de Chile.

Yañez, A. (2013). La Moral y las buenas costumbres como fuentes del Derecho Chileno. *Dereho, Cultura y Etica* .

Marketing Publishing Center. (1991). *El marketing mix: conceptos, estrategias y aplicaciones Volumen 13 de Biblioteca de manuales prácticos de marketing Manuales prácticos de marketing .* Madrid: Ediciones Díaz de Santos.

Creus, A. (2006). *Código de derecho de la competencia.* Madrid: La Ley.

Bernard, Y., & Colli, J. (1985). *Diccionario económico y financiero.* Madrid: Asociación para el Progreso de la Dirección.

Hernandez, F. (2007). *La política de competencia y el proceso de regulación en México.* Mexico : BIBLIOTECA VIRTUAL de Derecho, Economía y Ciencias Sociales.

OCDE; Banco Interamericano de Desarrollo. (2007). *Derecho y Politica de la Competencia para Latinoamerica.* Paris: Secretaria General OCDE.

Bosch, E., Sanchez, M., & Vaquer, A. (2012). *Derecho europeo de los contratos.: Libros II y IV del Marco Común de Referencia.* Barcelona: Atelier.

Ávila, J. (2004). *Introduccion a la Economia.* Mexico: Plaza y Valdes.

Cevallos Vásquez, V. (2001). *Libre Competencia, Derecho de Consumo y Competencia.* Quito, Ecuador: Editorial Juridica del eCUADOR.

Dávalos, M. (2004). *La dolarización en Ecuador: ensayo y crisis.* Quito: Abya Yala.

Sánchez, R. (2004). *Estado de bienestar, crisis económica y ajuste estructural en Costa Rica.* San Jose: EUNED.

Mayorga, R. (1990). *Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Schnitzer, J. (2007). *Manual de lenguaje económico.* Munich: Oldenbourg Verlag.

Vega, M., & Lamote de Grignon, J. (Diciembre de 2008). *Universitar de Barcelona.* Retrieved Febrero de 2015 from ub.edu: http://www.ub.edu/tig/GWBNet/docs/Social%20Indicators/ReportSocialIndicators%20SP%201esp.doc.pdf

Herrero, C. (2006). *Los contratos vinculados (tying agreements) en el derecho de la competencia.* Madrid: LA LEY.

Chapman, S. (2006). *Planificación y control de la producción.* Mexico: Pearson Educación.

Real Academia Española. (2014). *Diccionario Digital*. Retrieved 2015 from DIRAE.es: http://dirae.es/palabras/legitimidad

Parkin, M. (2004). *Economía.* Mexico: Pearson Educación.

Mankiw, G. (2008). *Principles of Economics.* Stamford: Cengage Learning.

Cabanellas, G. (2008). *Diccionario jurídico elemental* (19va ed.). Buenos Aires: Heliasta.

Cegarra, J. (2012). La Tecnología. In J. Cegarra, *Metodología de la Investigación Científica y Tecnológica* (pp. 19-39). Madrid: Ediciones Díaz Santos.

Benitez, A. (2004). *Becas: Instituto Balseiro.* Retrieved 2015 from Instituto Balseiro: http://www.ib.edu.ar/becaib/bib2004/

Singer, P. (1999). *Curso de introducción a la economía política.* Uruguay: Siglo XXI.

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Quito, 07 de septiembre de 2015

Declaración y Autorización

Yo, José Vicente Vera García, con cédula de ciudadanía 131221417-2, autor del trabajo de graduación titulado "LA LEGALIDAD DE LA CONCERTACIÓN VERTICAL DE PRECIOS A LA LUZ DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO", previa a la obtención del grado académico de ABOGADO en la Facultad de Jurisprudencia.

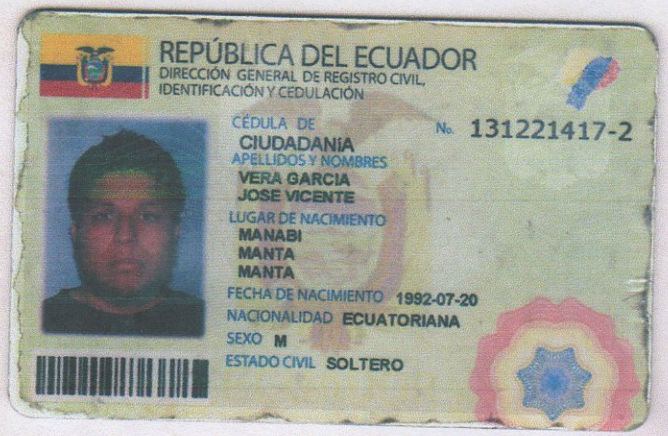
1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado 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



Firma

C.C: 1312214177-2



REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 131221417-2

APELLIDOS Y NOMBRES
VERA GARCIA
JOSE VICENTE

LUGAR DE NACIMIENTO
MANABI
MANTA
MANTA

FECHA DE NACIMIENTO 1992-07-20

NACIONALIDAD ECUATORIANA

SEXO M

ESTADO CIVIL SOLTERO



INSTRUCCIÓN
SUPERIOR

PROFESIÓN / OCUPACIÓN
ESTUDIANTE

V4444V4444

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
VERA ALAVA VICENTE BALMORY

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
GARCIA MENDOZA SONIA ESNILA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2012-07-17

FECHA DE EXPIRACIÓN
2022-07-17

DIRECTOR GENERAL

FIRMA DEL CEDULADO

0000884407