

## PRESENTACIÓN

Conscientes de la relevancia del Derecho de Competencia y de la necesidad de fomentar su desarrollo, el 8 de junio de 2017, junto con 20 profesionales del Derecho y la Economía, inauguramos el Instituto Ecuatoriano de Derecho de Competencia (IEDC). El IEDC tiene por objeto impulsar el estudio, análisis y monitoreo de esta disciplina, colaborando con diversos sectores desde un foro académico, profesional, crítico e independiente. Para el año 2018, vemos materializada esta labor en la primera edición de Estudios de Derecho de Competencia Ecuatoriano. En este volumen contamos con una selección de nueve artículos escritos por reconocidos profesionales ecuatorianos, abogados y economistas, que tratan un amplio espectro de temas relevantes para la comunidad académica.

En primer lugar, Michael Veintimilla, a través de un estudio de legislación comparada, realiza un recuento y análisis del régimen de compras públicas a la luz del Derecho de Competencia ecuatoriano. Por su lado, Diego Ponce ofrece al lector una perspectiva detallada y crítica acerca de las facultades normativas de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) y de la Junta de Regulación, así como del procedimiento que sirvió para su determinación. Daniel Castelo presenta una aproximación a la regulación y elementos correspondientes a la conducta de abuso de poder de mercado, bajo supuesto de dependencia económica, mediante la interpretación del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM). Posteriormente, Diego Pérez, Luis Marín Tobar y Mario Navarrete presentan un debate sobre el panorama de control de concentraciones, dentro del régimen de com-

petencia ecuatoriano, con mención de múltiples casos de relevancia.

Por su lado, Alberto Brown realiza un acercamiento a la divergencia entre el antitrust y la competencia desleal, proponiendo la incorporación de un régimen de tratamiento diferenciado, en la Ley de Competencia actual. Fabián Pozo Neira ofrece una serie de reflexiones respecto a la aplicabilidad de la regla per se dentro del Derecho de Competencia Ecuatoriano. Gabriela Pérez analiza la naturaleza de los compromisos de cese en el Ecuador, su funcionamiento práctico y los riesgos existentes en el empleo de este mecanismo de corrección de mercados. María Teresa Lara, Ricardo Montalvo y María Nazaret Ramos ofrecen una revisión crítica a la decisión de la Corte Nacional de Justicia sobre el caso RECAPT, analizando la pertinencia de la aplicación de la regla per se. Finalmente, Carlos Chavarría ofrece un acercamiento a la definición del mercado relevante, desde la perspectiva económica, como herramienta para diversas áreas del Derecho de Competencia.

Como la primera, de muchas contribuciones a la comunidad académica, jurídica y económica, es un placer para el IEDC poner a su disposición la primera edición de Estudios de Derecho de Competencia Ecuatoriano: el primer espacio exclusivo en el Ecuador para publicaciones de Derecho de Competencia.

Daniel Robalino  
*Director Ejecutivo*

Michael Veintimilla  
*Presidente*

# I. DERECHO DE COMPETENCIA Y COMPRAS PÚBLICAS

Michael Veintimilla<sup>1</sup>

## Abstract

Este trabajo pone a disposición de el lector los aspectos principales de la práctica colusoria conocida como licitación colusoria (*bid rigging* o *collusive tendering*). Abarca una descripción de las distintas modalidades en las que se puede presentar esta práctica y la dificultad que presenta su detección y posterior justificación. La jurisprudencia y experiencia extranjera deja ver los desarrollos en el tratamiento de estos aspectos en otras jurisdicciones. La jurisprudencia y experiencia local no ha tratado estos aspectos aún.

## Palabras clave

*Derecho de competencia, licitación colusoria, derecho comparado, compras públicas.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Este artículo hará una aproximación a uno de los momentos en los que el derecho de competencia y la contratación pública

1. Especialista en M&A, derecho corporativo y derecho de la competencia. Desde 2014, árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito. Abogado, 1999 (Pontificia Universidad Católica del Ecuador); LLM, 2000 (Universidad de Glasgow); LLM, 2001 (Ruprecht-Karls Universität Heidelberg); Diploma, 2014 (King's College London).

confluyen. Buscará explicar los motivos de esta interacción entre ambas ramas del derecho, así como determinar qué tipo de conductas prohibidas por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM) podrían recaer dentro del ámbito de la contratación pública.

También explicará las dificultades que representan su detección y posterior investigación. Finalmente, buscará exponer cómo han sido tratados estos casos en otras jurisdicciones, así como el avance que ha tenido su tratamiento en el Ecuador.

Si bien las conductas anticompetitivas son parte de una problemática mayor de control de corrupción y pueden estar sujetas a consecuencias de tipo penal, este artículo no abordará esta temática.

## **1.1 Compras públicas**

Está claro que uno de los principales actores de una economía, en particular de una como la del Ecuador<sup>2</sup>, es el mismo estado. Se trata de un actor quien, con la finalidad de la ejecución de proyectos de obras públicas, o para estar provisto de suficientes bienes y servicios para su habitual desenvolvimiento, requiere adquirir tales bienes y servicios dentro de un marco competitivo<sup>3</sup>. El estado, al abastecerse de tales bienes y servicios, usualmente tiene la obligación jurídica, salvo determinados casos excepcionales, de hacerlo contratando para este fin al

2. El artículo 283 de la Constitución de la República indica: “El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios”.
3. El artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública establece entre algunos de los principios que rigen la contratación pública el de *concurrentia y transparencia*.

mejor postor. Tal condición se traduce en la práctica y por definición legal a la adjudicación al oferente que ha propuesto el mejor costo<sup>4</sup>. Según fuentes oficiales, la compra pública representa el 8% del producto interno bruto nacional y un 24% del presupuesto general del Estado<sup>5</sup>. De ahí el impacto que un sistema de compra pública competitivo puede tener en la economía y en los consumidores quienes, al final podrían estar pagando bienes y servicios que, en virtud de acuerdos entre operadores, tienen sobreprecios.

Esto se traduce, en la práctica, en varias formas de invitaciones a ofertar dentro de procesos de contratación pública, en los que los oferentes, dentro de un marco de libre competencia, están llamados a efectuar su mejor propuesta, a fin de lograr el mejor costo para la entidad contratante del estado.

Desde una perspectiva económica, el mecanismo de subastas o licitaciones públicas significa un ahorro de costos de negociación<sup>6</sup> para el estado, pues con un llamado colectivo a varios operadores, se estaría evitando la necesidad de incurrir en negociaciones directas con cada operador. Esto también va en línea con el principio de transparencia y no discriminación que debe regir en este tipo de procesos<sup>7</sup>.

4. La Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública en su artículo 32 dice: “Adjudicación.- La máxima autoridad de la Institución de acuerdo al proceso a seguir en base al tipo de contratación, adjudicará el contrato al oferente cuya propuesta represente el mejor costo, de acuerdo a lo definido en los numerales 17, 18 y 19 del artículo 6 de esta Ley; y, a los parámetros objetivos de evaluación previstos en cada procedimiento”.
5. Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control de Poder de Mercado, *Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el desarrollo*, Quito, 2017.
6. Cuervo Mir, Miguel, “Subastas y contratación administrativa desde la perspectiva económica del derecho de competencia”, en: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Javier Guillén Caramés (dir.), Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 323.
7. *Ibidem*, p. 322.

Para una parte de la teoría económica en los *bidding markets*<sup>8</sup> o mercados de pujas o subastas<sup>9</sup>, las condiciones están dadas *per se* para que existan procesos competitivos puros en las licitaciones públicas, situación en la cual no habría necesidad de que las leyes de defensa de la competencia intervengan. En la práctica, no obstante, es dentro de ciertos procesos de contratación en los que se pueden dar varias formas de coordinación entre los operadores llamados a competir<sup>10</sup>. Por ejemplo, en procesos de licitación menos recurrentes y en los que exista un solo adjudicatario, la propensión a la colusión por parte de los operadores será menor. En procesos que son recurrentes y en los que puede existir más de una adjudicataria, por otro lado, la propensión a una posible colusión es mayor<sup>11</sup>.

Los operadores económicos están llamados a actuar en forma independiente, sin menoscabar el libre juego de la competencia. Por este motivo, la normativa secundaria de competencia, al menos en forma general, establece una interacción<sup>12</sup>

8. Según la OECD: “Definitions of ‘bidding markets’ typically include the following concepts: ‘Winner takes all’, so each supplier either wins all or none of the order. There is therefore no smooth trade-off between the Price offered and the quantity sold. ‘Lumpy competition’, that is, each contest is large relative to a supplier’s total sales in a period. [...] ‘Every contest is a new contest’. In other words, there is no ‘lock-in in’ by which the outcome of one contest importantly determines another [...] Sometimes, ‘entry of new suppliers into the market is easy’. Involves a bidding process”. OECD, *Competition and Procurement, Key Findings*, Competition Committee, 2011, p. 47.
9. Cuervo Mir, Miguel, “Subastas y contratación administrativa desde la perspectiva económica del derecho de competencia”, en: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, 2011, p. 329.
10. Klemperer señala que la idea de la aplicación de las leyes de defensa de la competencia a *bidding markets* es innecesaria, se basa sobre una triple falacia. Citado por Cuervo Mir, Miguel, “Subastas y contratación administrativa desde la perspectiva económica del derecho de competencia”, en: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, 2011, p. 326.
11. Coronado Saleh, Javier y Jiménez Latorre, Fernando, “Análisis económico de la colusión en mercado de subastas: pujas fraudulentas (*Bid rigging*)”, en: *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan (dirs.), Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 216.
12. El artículo 41 del reglamento a LORCPM dice: “Art. 41.- Compras públicas.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá implementar sistemas y mecanismos de monitoreo de los procesos de contratación y subcontratación realizados por operadores económicos contratantes del Estado, con el fin de vigilar que se observen y apliquen los prin-

entre las entidades contratantes del sector público, cuando prevé que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM) podrá monitorear los procesos de compras públicas para determinar que se cumplan con los fines de la LORCPM.

Las formas de coordinación dentro de este tipo de procesos pueden tomar varias formas<sup>13</sup>. Según la OCDE<sup>14</sup> pueden haber estas variantes: 1) El acuerdo entre competidores para que ciertos operadores propongan ofertas que, a sabiendas, contienen precios demasiado altos o condiciones que, de antemano, se sabe que no son aceptables (*cover bidding*); 2) La coordinación del contenido de las ofertas, a fin de que el “operador beneficiario” sea el adjudicado para la provisión del bien o servicio al estado; 3) Los acuerdos según los cuales ciertos competidores se abstienen de presentar una oferta dentro de un proceso o retiran una oferta presentada (*bid suppression*); 4) La coordinación por la que las empresas conspiradoras participan todas en determinado proceso, pero se turnan entre ellas en la adjudicación (*bid-rotation*); 5) Los acuerdos en los que los operadores en cuestión acuerdan respetar ciertas zonas geográficas o ciertos clientes de otros operadores (*market allocation*).

Estas y otras variantes recaen dentro de lo que, en materia del derecho de competencia, se conoce como una cartelización de operadores económicos. Esta es la forma más nociva<sup>15</sup> a la competencia de acuerdos a los que pueden llegar los operadores económicos.

---

cipios, derechos y obligaciones consagrados en la Ley, incluyendo las subcontrataciones que realicen las entidades previstas en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en calidad de contratistas, sea que apliquen o no los procedimientos de selección previstos en dicha ley [...]”.

13. Whish, Richard y Bailey, David, *Competition Law*, Oxford University Press, New York, 2012, p. 536

14. OECD, *Competition and Procurement, Key Findings*, Competition Committee, 2011, p. 12.

15. Whish, Richard y Bailey, David, *Competition Law*, p. 515.

Tal forma de cartelización presenta varias dificultades para las autoridades de competencia y las entidades contratantes afectadas por estas conductas: tanto en su detección, como en la forma de evitar estos acuerdos entre los operadores. Este artículo se enfocará en la primera de estas cuestiones, dado que la segunda pregunta, si bien es muy importante, entra en una esfera de la política de estado en materia de contratación y política de competencia.

## **1.2 Derecho de competencia**

### **1.2.1 La LORCPM**

Por definición legal, la conducta de posturas colusorias o carteles de subasta recaen dentro del ámbito del artículo 11 de la LORCPM. Esto no quiere decir que en el ámbito de la contratación pública no puedan existir otras conductas, como la de un abuso de posición de dominio o poder de mercado del artículo 9 de la LORCPM. Estas conductas en determinados casos sí pueden darse en estos procesos de contratación<sup>16</sup>. Este artículo se referirá exclusivamente a acuerdos entre competidores, conocidas como carteles de subasta o *bid rigging/collusive tendering*.

La LORCPM en su artículo 11 y su reglamento en su artículo 8, contemplan varios acuerdos que pueden ser considerados restrictivos. En esta rama se distingue entre los acuerdos verticales y acuerdos horizontales. Los primeros se dan entre

16. Cuervo Mir, Miguel, “Subastas y contratación administrativa desde la perspectiva económica del derecho de competencia”, en: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, 2011, p. 330. Según esto podrían darse situaciones en las que no se dan las condiciones para que existan *bidding markets* puros, cuando, por ejemplo, dada la ventaja que tendría un operador al participar en varios procesos consecutivos de la misma índole, así como las dificultades de ingreso de nuevos competidores en el mercado, este operador puede tener varias ventajas competitivas sobre sus adversarios. Esto haría que oferente tenga poder de mercado, que no se vería neutralizado con el poder de negociación del contratante. Esto podría llevar a prácticas abusivas del operador en cuestión.

operadores que no son competidores entre sí y que se ubican en distintos niveles de la cadena de producción<sup>17</sup>. Los acuerdos horizontales, por su lado, se dan entre competidores, es decir entre operadores en un mismo nivel de la cadena productiva<sup>18</sup>.

El caso de los competidores dentro de un proceso de licitación que han coordinado sus posturas se enmarca dentro de este tipo de acuerdos horizontales pues sus actores, al menos en forma temporal se encuentran, durante el proceso licitatorio, en la misma posición de oferentes ante la invitación a presentar una oferta efectuada por la entidad pública contratante.

El Art. 11 numeral 6 incluye dentro de los casos de un acuerdo restrictivo:

Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.

Adicionalmente, el numeral 21 del artículo 11, dice que se refiere a “los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan dar en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos”.

17. Whish, Richard y Bailey, David *Competition Law*, p. 617.

18. Ortiz Blanco, Luis; González-Orús, Jerónimo Máíllo; Ibáñez Colomo, Pablo y Lamadrid de Pablo, Alfonso, *Manual de derecho de la competencia*, Editorial Tecnos, Madrid, 2008, p. 106.

Este tipo de acuerdos, sobre todo los del numeral 6, tienden a ser especialmente nocivos para la libre competencia, tanto según nuestra ley como en la legislación comparada<sup>19</sup>. Los acuerdos descritos en el numeral 21 contemplan un caso en una relación vertical, cuando por un acuerdo entre el proveedor y la entidad contratante se beneficia a uno o unos determinados operadores, en detrimento de otros, que se verán excluidos por este tipo de acuerdos. Este artículo se referirá a los primeros, es decir a los contemplados en el numeral 6.

La LORCPM incluye la regla de *minimis* en su artículo 13, por la que las prohibiciones establecidas en el artículo 11 no se aplicarán a aquellas conductas de operadores económicos que, por su pequeña participación en el mercado, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. A este respecto, los operadores de un acuerdo vertical admiten un margen de cuota del 15% de cada uno de los operadores en el mercado bajo la regla de *minimis*. En cambio, el margen de tolerancia de los acuerdos horizontales admite un *margen conjunto* de los dos operadores económicos hasta un 14%<sup>20</sup>. La norma establece cierto margen de tolerancia mayor para los acuerdos verticales en comparación al establecido para los acuerdos horizontales. Esto quiere decir que ante la LORCPM estos acuerdos verticales no son abiertamente ilegales y son admisibles en varias circunstancias. Por el contrario, los acuerdos horizontales tienen un menor margen de tolerancia y casi siempre serán considerados perniciosos para la competencia, siendo muy reducida la posibilidad de obtener una exención<sup>21</sup>.

19. Coronado Saleh, Javier y Jiménez Latorre, Fernando, “Análisis económico de la colusión en mercado de subastas: pujas fraudulentas (*Bid rigging*)”, en: *Los acuerdos horizontales entre empresas*, 2009, p. 214.
20. Artículo 2 de la Resolución de la Junta de Regulación para “Determinar los criterios para la aplicación de la regla de *minimis* en materia de acuerdos y prácticas restrictivas”, R.O. 291 del 17 de julio de 2014.
21. Jones, Alison y Sufrin, Brenda *EC Competition Law*, Oxford University Press, New York, 2001, p. 651.

Ello implica, que los acuerdos o actuaciones dentro de un proceso licitatorio podrían ser considerados ilegales una vez que se determine que los actores tienen un margen conjunto por encima de este porcentaje, y entrarían a ser analizados si contravienen el artículo 11 de la LORCPM, numeral 1. Sobre esto, el reglamento de la LORCPM incluye una presunción a ser tratada a continuación.

### 1.2.2 *El reglamento a la LORCPM*

Por su lado, el reglamento a la LORCPM (en adelante el Reglamento) establece una presunción, por la que determinados acuerdos restrictivos se presume que tienen por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia. Estos están descritos en el artículo 8, numeral 4 del Reglamento y que son, entre otros, los acuerdos que:

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.

Aquellos acuerdos que recaigan dentro de una de estas conductas, aparte de tener una presunción de afectar la competencia, se excluyen de la aplicación de la regla *de minimis*. Esto significa que, sin importar la participación en el mercado de los operadores involucrados, estos acuerdos recaen dentro de las conductas prohibidas en el artículo 11 de LORCPM.

Por tal motivo, dada esta presunción reglamentaria, la regla de *minimis* no aplicaría a los acuerdos que entre competidores en un proceso de licitación pública se puedan llegar a dar. En otras palabras, el retiro de esta regla de *minimis* a este tipo de acuerdos demuestra lo poco tolerables que, según nuestra ley de competencia, pueden llegar a ser por sus efectos nocivos.

### 1.3 El problema del control y de la detección de pujas colusorias

Existen dos mecanismos para controlar prácticas colusorias en procesos de contratación pública. Una forma de actuación *ex ante* por parte de la SCPM que se contempla en el Reglamento<sup>22</sup> ocurre cuando esta debe coordinar con el Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante SERCOP) el que las disposiciones de la LORCPM sean cumplidas. Esto va de la mano con las recomendaciones de la OCDE<sup>23</sup> respecto de la tarea preventiva<sup>24</sup>, que las autoridades de competencia deberían efectuar por intermedio de sus departamentos de abogacía para la competencia.

Por otro lado, existe el control *ex post* por el que la SCPM debe efectuar sus labores investigativas de posibles conductas que atenten contra la libre competencia, dentro de sus facultades para descubrir y sancionar las conductas del artículo 11 de

22. “Art. 41.- Compras públicas.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá implementar sistemas y mecanismos de monitoreo de los procesos de contratación y subcontratación realizados por operadores económicos contratantes del Estado, con el fin de vigilar que se observen y apliquen los principios, derechos y obligaciones consagrados en la Ley, incluyendo las subcontrataciones que realicen las entidades previstas en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en calidad de contratistas, sea que apliquen o no los procedimientos de selección previstos en dicha ley. [...]”.
23. OECD, *Competition and Procurement, Key Findings*, p. 37.
24. OCDE, *Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*, Feb 2009, p. 5.

LORCPM. Nos vamos a referir solamente a este segundo tipo de control.

Como en la mayoría de los casos de los carteles, es muy improbable que los operadores dentro de un proceso de licitación documenten por escrito tales acuerdos o dejen evidencia escrita de ello. De existir un acuerdo de esta naturaleza, la posibilidad de que sea ilegal *per se* es muy alta. Este estaría sujeto a la sanción de nulidad del tercer inciso del artículo 11 LORCPM, aún si no alcanza los umbrales *de minimis*, según la presunción del artículo 8 del Reglamento. En ausencia de un acuerdo escrito, la cláusula general de la práctica concertada, que se contempla en la frase introductoria del artículo 11 LORCPM, sirve de herramienta para identificar estas conductas.

En estos últimos casos, la autoridad de competencia debe recurrir, en el supuesto de pujas colusorias a la prueba indiciaria<sup>25</sup> que la ejecución de estas prácticas pudiese dejar en el camino<sup>26</sup>. Suele suceder que determinados paralelismos en la conducta de operadores en el mercado pueden parecer ser, a primera vista, una consecuencia de una coordinación previa, cuando en realidad son consecuencia de un proceso competitivo sano. La dificultad en la labor investigativa de la autoridad de competencia radica en dilucidar cuándo la coordinación puede ser la única explicación posible para estos paralelismos en ausencia de alguna justificación económica objetiva<sup>27</sup>.

25. Coronado Saleh, Javier y Jiménez Latorre, Fernando, “Análisis económico de la colusión en mercado de subastas: pujas fraudulentas (*Bid rigging*)”, en: *Los acuerdos horizontales entre empresas*, 2009, p. 216.
26. Comisión Nacional de la Competencia, “*Guía sobre contratación pública y competencia*”, pp. 38, 39.
27. Coronado Saleh, Javier y Jiménez Latorre, Fernando, “Análisis económico de la colusión en mercado de subastas: pujas fraudulentas (*Bid rigging*)”, en: *Los acuerdos horizontales entre empresas*, 2009, p. 215

Autoridades de competencia de otras naciones, tales como la Comisión Nacional de la Competencia de España<sup>28</sup> o la *Anti-trust Division del Department of Justice*<sup>29</sup> de los Estados Unidos de América, coinciden en algunos de los indicios que pueden apuntar a que habría existido una coordinación entre los oferentes:

- a) Que la misma empresa gane siempre un concurso concreto mientras que las demás empresas se limiten a mandar ofertas sin relevancia.
- b) Cuando las mismas empresas participantes, al parecer cartelizadas, van cambiando al ganador de cada proceso.
- c) Una disminución en el número de oferentes en una subasta respecto de su número habitual.
- d) Cuando las pujas presentan precios mucho más altos a los presentados en pujas anteriores o en relación a sus costes de producción.
- e) Cuando los precios de una propuesta caen con la entrada de un nuevo competidor.
- f) Cuando subcontratan el ganador de un concurso con los perdedores.

Está claro que la presencia de uno o varios de estos indicios puede tener una explicación económica objetiva, como podría ser el caso bajo el supuesto a) de un mercado en el que las inversiones iniciales para un proyecto de infraestructura requieren de montos considerables, existiendo operadores presentes en tal mercado con operaciones posiblemente ya efectuadas y amortizadas. En tal caso, estos contarían con una ventaja competitiva al tener menos costos que sus competidores, lo que, dado el aho-

28. Comisión Nacional de la Competencia, *Guía sobre contratación pública y competencia*, 2010, pp. 38 y 39.

29. Citado en: Coronado Saleh, Javier y Jiménez Latorre, Fernando, “Análisis económico de la colusión en mercado de subastas: pujas fraudulentas (*Bid rigging*)”, en: *Los acuerdos horizontales entre empresas*, 2009, p. 217. Citado por Cuervo Mir, Miguel, “Subastas y contratación administrativa desde la perspectiva económica del derecho de competencia”, en: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, 2011, p. 338.

rro de costos, le permite presentar una oferta con precios muy inferiores a su competencia, sin que se trate de una actuación coordinada.

En el caso bajo el supuesto b) una explicación puede ser la existencia de restricciones de capacidad de los competidores<sup>30</sup>, cuando por ejemplo el ganador de un proyecto, dada su capacidad operativa requiere terminar un proyecto en marcha, a fin de poder participar en uno nuevo. Esto puede explicar una rotación entre un grupo reducido de oferentes, que por las condiciones del mercado, no pueden participar siempre en cada proceso.

Estas son algunas de las dificultades que trae el control *ex post* que puede efectuar la SCPM de las conductas colusorias en compras públicas.

## 2. EXPERIENCIAS EN OTRAS JURISDICCIONES

Casos emblemáticos conocidos en Europa datan desde el año 1973 con el *Re The European Sugar Case*<sup>31</sup> sobre prácticas colusorias en la región. En tal caso, la Comisión resolvió que varios productores de azúcar de Francia y Bélgica habían incurrido en la práctica colusoria de coordinar posturas en licitaciones en el mercado de azúcar blanca y azúcar no procesada. Con tales acuerdos se buscaba obtener devoluciones por exportaciones de este producto a países que no eran miembros de la Unión Europea. El ente consideró que este acuerdo, que constaba en correspondencia escrita entre estos operadores, tenía como objeto y

30. Coronado Saleh, Javier y Jiménez Latorre, Fernando, “Análisis económico de la colusión en mercado de subastas: pujas fraudulentas (*Bid rigging*)”, en: *Los acuerdos horizontales entre empresas*, 2009, p. 229.
31. OJ (1973) L 140/17, “European sugar industry”, *EUR-Lex. Official Journal of the European Communities*. 2 ene. 1973. Web. 26 sept. 2017. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:1973:140:FULL&from=EN>

efecto la restricción y distorsión de la competencia, que contra-venía al actual artículo 101 (1) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE).

El caso *Building and Construction Industry in the Netherlands*<sup>32</sup> llevó a la Comisión a concluir que un grupo de empresas y varias asociaciones de compañías de construcción habían incurrido en una práctica colusoria al concertar las ofertas de precio y fijar de forma directa o indirecta los precios de venta y otras condiciones de transacción en el mercado de los contratos de construcción, así como de distribuir entre sus miembros el mercado de la demanda con la designación previa de las empresas adjudicatarias y la protección de éstas (“derechohabiente”, según palabras del sistema de asignación dentro de sus estatutos) de presiones competitivas. Parte de la conducta sancionada fue todo un sistema de intercambio de información, por el que las empresas participantes transparentaban información de sus precios a ser ofertados para los proyectos de construcción.

En *Pre-Insulated Pipes*<sup>33</sup> la Comisión Europea determinó la existencia de un cartel a nivel europeo en el mercado de venta de tubos preaislados para calefacción urbana, originalmente iniciado en Dinamarca, por el que, a través de un sistema de “cliente establecido” en la mayoría de proyectos los operadores designaban un *proveedor tradicional favorito*, quien sería el adjudicatario del proyecto. Los demás operadores debían abstenerse de ofertar u ofrecer precios de “protección” más altos para que el proveedor favorito tuviese la certeza de ser el adjudicatario. En licitaciones para grandes proyectos en los que no había una relación preexistente con un cliente, el contrato se asignaba al operador que, según un sistema de repartición

32. OJ (1992) L 92/1, *Building and Construction Industry in the Netherlands*, *EUR-Lex*. Diario Oficial de la Unión Europea, 5 feb. 1992, Web. 26 sep. 2017. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:21997D0721\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:21997D0721(01)&from=EN)
33. OJ (1999) L24/1, “Pre-Insulated Pipes”. *EUR-Lex*. Comisión de la Unión Europea, 21 oct. 1998, Web. 26 sep. 2017, Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999D0060&from=EN>

de cuotas de mercado, también acordado por el cartel, le correspondía.

En estos casos, la autoridad de competencia europea determinó dentro del proceso el mercado relevante concreto. La necesidad de efectuar este análisis del mercado relevante, sin embargo, no ha estado libre de opiniones divergentes como la que se dio en el Tribunal de Defensa de la Competencia en España en el caso Materiales Radioactivos<sup>34</sup>. En cada uno de estos casos, la existencia de un acuerdo entre competidores se determinó a partir de prueba documental y testimonial<sup>35</sup>.

La posibilidad de que una conducta de esta naturaleza se pueda beneficiar de una exención de las establecidas en el artículo 101 (3) TFUE<sup>36</sup> sería muy reducida<sup>37</sup>, pues serán limitados los casos en los que los operadores involucrados puedan demos-

34. Miguel Cuervo Mir cita la resolución de TDC en España en el Expediente 565/03 del caso Materiales Radioactivos, en el que “[...] el TDC señala que en sede del artículo 1 LDC no se necesita definir el mercado relevante, puesto que lo que se juzga es una identidad de comportamientos en un momento dado, ‘algo que no depende en absoluto de cómo se defina el mercado’”. Tal criterio no fue compartido por el TS el que con el fin de determinar una posible explicación alternativa al comportamiento que en primera instancia se calificó como colusorio, efectuó el estudio de elementos circunstanciales de ese mercado de radiofármacos que no fueron tenidos en cuenta en la resolución del TDC. Por ello el autor concluye que “se podría derivar la idea de que el TS en los casos de posibles infracciones de la LDC en su artículo 1 y desarrollado el expediente en torno a la prueba de presunciones, exige el conocimiento o del análisis lo más completo posible del mercado empezando por su delimitación y estructura [...]”. Cuervo Mir, Miguel, “Subastas y contratación administrativa desde la perspectiva económica del derecho de competencia”, en: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, 2011, p. 344.
35. *Preinsaluted Pipes* Par 26, 27, 138,145. *Building and Construction* Par. 39, 78, *Sugar Case* Par. 18.
36. Esta norma equivale al artículo 12 de LORCPM que dice: “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:
  - 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. [...]”
37. *Building and Construction*, par. 115-131.

trar eficiencias que sobrepasen las restricciones a la competencia que estas conductas perniciosas<sup>38</sup> pueden conllevar.

### **3. LA EXPERIENCIA ECUATORIANA**

#### **3.1 Fallos**

En el Ecuador han existido pocos casos relacionados con prácticas anticompetitivas en materia de compras públicas. Por ejemplo, en el procedimiento de investigación Subcomp-001-2011<sup>39</sup> la anterior autoridad de competencia en el Ecuador, bajo el imperio de la Decisión 608 y el Decreto Ejecutivo No. 1614, inició un proceso de investigación, por el cual determinó que dos operadores económicos, Compsesa y Maint Cia. Ltda., habían incurrido en la práctica colusoria de concertar o coordinar posturas o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas<sup>40</sup> en un concurso de ofertas para proveer ciertos equipos al Ministerio de Finanzas. En este caso, la autoridad de competencia concluyó que existió una coordinación y concertación en la presentación de ofertas entre los operadores, pues no solo que presentaron ofertas idénticas<sup>41</sup> usando un léxico parecido, sino también con los mismos errores tipográficos<sup>42</sup>. De prueba testimonial también se concluyó que uno de los operadores había entregado la oferta al segundo operador antes de ser presentada<sup>43</sup>, y que las dos compañías imputadas participaron en la elaboración de las bases de licitación<sup>44</sup>. Una prueba adicional para la determinación de la coordinación fue el hecho de que

38. Official Journal L 317, 15/11/1983, *Cast Iron and Steel Rolls*, par. 61, *Web*. 29.10.2017. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31983D0546&from=EN>

39. Resolución 1, Registro Oficial Edición Especial 377 de Diciembre 14, 2012.

40. Literal e) del artículo 7 de la Decisión 608.

41. Punto 7.2. de la Resolución 1.

42. Punto 1 de los antecedentes de la Resolución 1.

43. Punto 6.1. de la Resolución 1.

44. Punto 8.6. de la Resolución 1.

ambos operadores imputados no ofertaron su precio más bajo, sino por el contrario ofertaron el más alto<sup>45</sup>. Si bien la resolución hace un análisis minucioso del mercado para efectos de determinar que se trata de un mercado concentrado y por ello proclive a que se den acuerdos colusorios<sup>46</sup>, al definir el mercado relevante concluye que el mercado relevante está conformado por todos aquellos productos que cumplan con las características técnicas económicas especificadas en los pliegos del proceso de licitación en el Ecuador entre enero y diciembre de 2011<sup>47</sup>.

Por otro lado, se tiene un reciente fallo emitido por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo en el proceso 17811-2016-01271<sup>48</sup>, que pese a aceptar parcialmente la demanda del operador económico Recapt S.A. y declarar que la multa aplicada por la SCPM no ha sido debidamente calculada, no cuestiona ni modifica en el fondo la determinación de la práctica anticompetitiva. En el caso concreto, se determinó la existencia de la práctica contemplada en el numeral 6 del artículo 11 LORCPM, sin que aparezca con claridad en el fallo judicial bajo qué forma ocurrió esta práctica<sup>49</sup>. Al tratar el aspecto del mercado relevante, el Tribunal acoge la definición efectuada por la SCPM, en la que se limitó a sostener que el mercado está conformado por los servicios materia de los pliegos de la licitación dentro del Ecuador<sup>50</sup>. La sentencia no presenta mayor análisis en otros aspectos económicos.

45. Punto 6.3. de la Resolución 1.

46. Punto 7.3.2.1. de la Resolución 1.

47. Numeral V de la Resolución 1.

48. *Sentencia Tribunal Contencioso Administrativo*. Función judicial de la República del Ecuador. Web. 17 oct. 2017, <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

49. Considerando 8.4. del fallo.

50. Considerando 8.3. del fallo.

### 3.2 Esfuerzos legislativos

La SCPM y el SERCOP, en un esfuerzo de tener herramientas jurídicas adicionales, han elaborado un Manual de Buenas Prácticas en Contratación Pública para el Desarrollo<sup>51</sup>. Este documento trae ciertas definiciones consistentes con la LORCPM y el Reglamento, que pueden ser una guía para funcionarios de las entidades contratantes.

## 4. CONCLUSIONES

Carteles o acuerdos entre operadores en procesos de compras públicas se enmarcan dentro de los acuerdos horizontales más nocivos para el proceso competitivo. A no ser que exista una explicación razonable a tal conducta, esta recaería dentro del ilícito del artículo 11 LORCPM. Ocurrido esto, es muy improbable que se puedan demostrar eficiencias económicas que puedan sobrepasar los efectos restrictivos, y que permitan acogerse a la exención prevista en el artículo 12 de la LORCPM.

Las facultades de investigación *ex post* por parte de la SCPM son tan solo una de las formas que tiene el estado para controlar que este tipo de conductas no se den. Si bien las multas que pueden ser establecidas dentro de un proceso de investigación pueden tener efectos persuasivos en los operadores, lo óptimo sería que estas conductas no se den. La tarea preventiva recae, en parte, en la SCPM, en conjunto con otras autoridades como el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) y las entidades que convocan estos procesos.

51. Servicio Nacional de Contratación Pública, Superintendencia de Control del Poder de Mercado, “Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el desarrollo”, Quito, 2017.

La mayor dificultad en la labor investigativa de la SCPM se encuentra en la detección de este tipo de carteles. Debe actuar en función de pruebas indiciarias, que no admitan, sino como única explicación, el que se haya dado una coordinación entre los competidores.

Experiencias tomadas de otras jurisdicciones demuestran que, en muchos casos, la colusión en licitaciones públicas se da de forma paralela a otras prácticas anticompetitivas como repartición de mercado, fijación de precios, intercambios de información, etc. Aquí también se ha demostrado la escasa posibilidad de justificar exenciones. Hay una tendencia a hacer un análisis minucioso del mercado, no solo para determinar el mercado relevante sino para verificar si no existe una explicación objetiva a la conducta.

En el Ecuador la experiencia práctica es aún reducida. En los pocos casos públicos que se han dado a conocer sobre carteles de compras públicas, la autoridad de competencia al analizar el mercado relevante lo ha equiparado a los bienes o servicios materia de la licitación concreta. Es de esperar que la casuística se desarrolle y que estos aspectos, como la validez de la prueba indiciaria, definición de mercado relevante y otros aspectos en este tipo de carteles, sean tratados con detalle.



## **II. FACULTADES NORMATIVAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO**

*Diego Ponce Pérez*<sup>1</sup>

### **Abstract**

Desde la promulgación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, hemos visto un evidente conflicto normativo y facultativo, entre la Superintendencia como parte de la Función de Transparencia y Control Social y la Junta de Regulación como parte de la Función Ejecutiva. Esto ha llevado a que dos entidades pertenecientes a dos funciones independientes del Estado intenten jerarquizarse entre sí.

### **Palabras clave**

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, conflicto normativo, Superintendencia, Junta de Regulación, jerarquía.

Tras varios años de propuestas y más de un proyecto archivado, en el mes de octubre del año 2011 se publicó en Ecuador la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado (en adelante la Ley). Esta Ley tiene como objeto evitar, prevenir,

1. Diego Ponce Pérez, abogado por la Universidad de las Américas, abogado senior del Estudio Jurídico Bustamante & Bustamante, con más de 10 años de práctica y asesoramiento en derecho de telecomunicaciones, competencia y corporativo. [diegoponceperez@bustamante.com.ec](mailto:diegoponceperez@bustamante.com.ec)

corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado. Igualmente, se regula la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas, así como el control de las operaciones de concentración económica y la prevención, prohibición y sanción de prácticas desleales. Por otro lado, el propósito de esta Ley es buscar la organización y eficiencia en los mercados, además de un comercio justo tendiente a beneficiar a los consumidores y usuarios en general, y de establecer lineamientos para una libre y correcta competencia. Están sometidos a esta Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio ecuatoriano.

La Constitución de la República prescribe que la rectoría, planificación, ejecución y evaluación de políticas públicas son competencia de la Función Ejecutiva. Esto también se prevé en la Ley. La misma señala que la regulación es competencia de la Junta de Regulación, que tiene la facultad para expedir normas con el carácter de obligatorias en las materias propias de su competencia, es decir actos normativos, sin que estos alteren o innoven las disposiciones legales. Las competencias de la Junta de Regulación que dispone la Ley están contenidas en el Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control (en adelante Reglamento), el cual prevé que la Junta de Regulación (en adelante Junta) tiene capacidad para expedir actos normativos para la aplicación de la Ley, respecto del control de abuso de poder de mercado, acuerdos y prácticas restrictivas, competencia desleal y concentración económica.

Sin embargo, la Ley también crea la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante la Superintendencia), un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad

jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa. Esta entidad, a diferencia de la Junta, pertenece a la Función de Transparencia y Control Social. La Superintendencia tiene facultad para expedir actos normativos en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales ni las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación. Es potestad de la Superintendencia, también, asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia. Además, este órgano se enfoca en la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, así como la identificación de los acuerdos y prácticas restrictivas, y conductas desleales contrarias al régimen previsto en la Ley. Igualmente se encuentra dentro de sus facultades el control, la autorización y, de ser el caso, la sanción de la concentración económica. Adicionalmente, cabe señalar que la Ley le otorga al Superintendente la facultad de elaborar y aprobar normativa técnica general e instrucciones particulares en el ámbito exclusivo de la Ley, así como expedir Resoluciones de carácter general, guías y normas internas para su correcto funcionamiento.

Conforme lo antes señalado, la Ley crea la Junta y la Superintendencia. Dos entidades pertenecientes a Funciones independientes del Estado, cada una de ellas con facultades para expedir normas respecto de las materias de su competencia. Sin embargo, la Ley dispone que las normas que expida la Superintendencia no podrán alterar o innovar las regulaciones expedidas por la Junta. Así, la Ley estaría jerarquizando los actos normativos emitidos por distintas Funciones del Estado, de tal manera que las normas de la Superintendencia estarían jerárquicamente por debajo de las de la Junta, pese a que cada órgano corresponde a funciones independientes del Estado. Es preciso recordar que la Constitución manda que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad

estatal, ejerzan solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Además, cabe señalar que la Función de Transparencia y Control Social, de acuerdo con la Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social, se fundamenta en varios principios, entre los que debemos destacar y citar los siguientes:

- a) Principio de independencia: ninguna función u organismo del Estado podrá intervenir en la organización, administración, atribuciones o adopción de resoluciones de la Función de Transparencia y Control Social; y,
- b) Principio de autonomía: la Función de Transparencia y Control Social y sus órganos se regirán por su propia regulación en los ámbitos administrativo, financiero, presupuestario y organizativo.

Como ya lo señalamos previamente, las instituciones del Estado deben ejercer únicamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Sin embargo, tanto la Superintendencia como la Junta tienen capacidad para expedir actos normativos sobre una misma materia.

Jorge Zavala Egas, en su libro *Lecciones de Derecho Administrativo*, señala:

### Jerarquía

Se comprende como tal la gradación que se establece para que los órganos superiores, ubicados en el grado más alto dispongan de atribuciones para dirigir, fiscalizar y ordenar la actividad de otros órganos, situados en grado más bajo, que, por ello, son inferiores y subordinados.

Para que exista jerarquía administrativa debe haber, como primer requisito, diversidad de órganos diferentes y aquella, precisamente, se instituye para lograr el criterio de unidad. Se trata de la existencia de órganos distintos, negando la jerarquía entre personas jurídicas diferentes. Entre éstas no juega el principio de jerarquía, se trata de la tutela administrativa.

También se exige, como otro requisito, para afirmar la existencia de jerarquía, que no se trate de dos órganos con competencia privada o exclusiva, diferente entre sí, debe existir, en cambio, identidad de competencia material u objetiva<sup>2</sup>.

Conviene también citar que, la jerarquía administrativa comporta la unidad de discreción. En virtud de ella, los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante las instrucciones y órdenes de servicio que estimen convenientes. Dicha dirección alcanza la potestad de inspección y vigilancia de los órganos superiores sobre los inferiores<sup>3</sup>.

Además, se entiende por jerarquía la relación de supremacía de los órganos superiores con relación a los inferiores, y, por ende, la relación de subordinación en que se encuentran los órganos inferiores con respecto a los superiores jerárquicos. Del vínculo de subordinación que supone el ejercicio de la jerarquía, surge un poder jerárquico para el órgano superior y un deber de obediencia para el órgano inferior<sup>4</sup>.

Por lo tanto, se puede señalar que cada función es competente y jerárquicamente superior para dictar normas de su propia competencia y en relación con su funcionamiento interno.

2. Zavala Egas, Jorge, *Lecciones de Derecho Administrativo*, EDILEX S.A., Lima, 2011, pp. 460 y 461.
3. *Ibídem*, p. 461.
4. Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo, Administración Pública, Fuentes del Derecho Administrativo*, Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, 1963, p. 223.

No obstante, a criterio propio no se puede jerarquizar a funciones independientes del Estado, cuando la Ley les ha asignado facultades normativas similares dentro de una misma materia.

Desde la promulgación de la Ley, fue previsible un conflicto entre la Superintendencia y la Junta de Regulación respecto de sus facultades normativas. Y fue en el año 2014 que sucedió lo previsto, conforme se lo resume a continuación:

El 29 de agosto de 2014, la Superintendencia, amparada en los artículos 37 y numeral 6 del artículo 44, expidió el Manual de Buenas Prácticas Comerciales Para el Sector de los Supermercados y/o Similares y sus Proveedores, mismo que fue publicado en el Registro Oficial No. 359, de fecha 22 de octubre de 2014. Este instrumento, en su disposición final, prevé que entraría en vigencia a partir del 1 de noviembre de 2014. Este Manual fue reformado pocos meses después, mediante resolución de la Superintendencia y publicado en el Registro Oficial No. 406, de fecha 30 de diciembre de 2014.

Posteriormente, el 24 de diciembre de 2014, mediante Resolución No. 004, la Junta resuelve expedir la Regulación para la Expedición de Normas por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, y de Coordinación para el Ejercicio de las Facultades de Control. Esta fue publicada en el Registro Oficial No. 440, de fecha 19 de febrero de 2015 y prevé que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para expedir las normas referidas en el artículo 37 y 44 de la Ley, deberá contar con la aprobación de la Junta de Regulación, previo informe de la Secretaría Permanente.

Luego, el 1 de septiembre de 2015, mediante Resolución No. 008, la Junta amparada en el artículo 35 de la Ley, expide las Normas Regulatorias Para las Cadenas de Supermercados y Proveedores, publicadas en el Registro Oficial No. 592, de fecha

22 de septiembre de 2015. Estas normas, mediante disposición derogatoria única, derogan toda resolución o disposición, de igual o inferior jerarquía, opuestas a su propio contenido.

Adicionalmente, el 22 de agosto de 2016, se expide el Decreto Ejecutivo No. 1161, el cual es publicado en el Registro Oficial No. 842, de fecha 16 de septiembre de 2016, mediante el cual se reforma el Reglamento, y se agrega el artículo innumerado a continuación del artículo 51, el cual prescribe:

Ámbito normativo.- La capacidad normativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, establecida en el artículo 44 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, estará enmarcada exclusivamente al ámbito administrativo y de control interno, sin contravenir las normas de carácter general dictadas por la Junta de Regulación<sup>5</sup>.

Después, mediante Oficio de la Procuraduría General del Estado No. 00287, de fecha 2 de marzo de 2015, publicado en el Registro Oficial No. 489 de fecha 28 de abril de 2015, la Procuraduría absuelve la siguiente consulta enviada por la Superintendencia:

1.- Los artículos 37 y 44 numeral 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, confieren a esta Superintendencia potestad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia. El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social establece el Principio de Independencia: Ninguna función u organismo del Estado podrá intervenir en la organización, administración, atribuciones o adopción de resoluciones de la Función de Transparencia y Control Social. Al respecto, es impera-

5. Decreto Ejecutivo No. 1161, Reglamento Para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, artículo 6.

tivo determinar si ¿el ejercicio de dicha potestad normativa está sometida a la aprobación de la Junta de Regulación e informe previo de la Secretaría Permanente, conforme establece el artículo 1 de la Resolución No. 004-2014 expedida por la referida Junta?[sic]

El pronunciamiento de la Procuraduría se cita a continuación:

1. [sic]En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, el procedimiento de expedición de normas, reglado por el artículo 1 de la Resolución 004 expedido por la Junta de Regulación, es aplicable a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, para la expedición de normativa cuyos destinatarios sean los operadores del mercado sujetos al ámbito de esa Ley; dicho procedimiento no es aplicable para la expedición de normativa interna de la Superintendencia. El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, no siendo facultad de la Procuraduría General del Estado determinar las competencias de las Instituciones que forman parte del Sector Público.

Mediante Oficio de la Procuraduría General del Estado No. 08862, de fecha 16 de diciembre de 2016, publicado en el Registro Oficial No. 948 de fecha 20 de febrero de 2017, la Procuraduría absuelve la siguiente consulta enviada por la Superintendencia.

1. ¿Puede la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en aplicación al artículo 37 de la LORCPM emitir normas con el carácter de generalmente obligatorias; así como el Superintendente con fundamento en el 44 numeral 6, aprobar normativa técnica general, pese a que el Decreto Ejecutivo 1161, en el artículo 6, por el cual se incorpora a continuación del artículo 51 del Reglamento un artículo in-

numerado limita a la expedición de normativa administrativa y de control interno?

El pronunciamiento de la Procuraduría fue:

1. El Decreto Ejecutivo 1161 al reformar el Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, incorpora un artículo innumerado a continuación de su artículo 51 que dispone que, la Superintendencia deberá ejercer su capacidad normativa establecida en el artículo 44 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esto es la relacionada con la aprobación de normativa técnica general e instrucciones particulares en el ámbito de esa Ley, dentro del ámbito administrativo y de control interno sin contravenir las normas de carácter general dictadas por la Junta de Regulación, sin que esto signifique que se haya limitado la facultad de la Superintendencia para expedir normas con el carácter generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, contenida en el segundo inciso del artículo 37 de la Ley *Ibídem*, siempre que no alteren las disposiciones expedidas por la Junta de Regulación.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 37 inciso segundo, 42 y 44 numeral 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y el Superintendente como máxima autoridad de ese Organismo, tiene atribución para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, así como para elaborar y aprobar la normativa técnica general e instrucciones particulares en el ámbito de la referida Ley Orgánica, mismas que deberán guardar armonía y observar los lineamientos que establezcan las normas que expida la Junta de Regulación.

Ante lo presentado, si bien no existe, propiamente, una antinomia jurídica, se cree que sí existe un conflicto legal al otorgar facultades semejantes a dos órganos distintos.

Sin embargo, el conflicto que prevé la Ley al otorgar facultades normativas similares a dos órganos de funciones independientes del Estado no ha sido solucionado con las consultas y absoluciones del Procurador General del Estado, tampoco con las Resoluciones de la Junta ni mediante un Decreto Ejecutivo, que reforma el Reglamento, limitando el alcance de las facultades normativas de la Superintendencia previstas en la Ley. Se considera que lo antes mencionado y el claro conflicto en la Ley, ha llevado al Estado, a través de la Función Ejecutiva, a seguir actuando y atribuyéndose funciones de manera ilegal, por lo que se debe precisar ciertos puntos.

La Resolución No. 004 de la Junta limita la facultad normativa de la Superintendencia. Si bien la Ley prevé que las normas de carácter generalmente obligatorias que emita la Superintendencia no puedan alterar o innovar las disposiciones expedidas por la Junta, en ningún momento señala la Ley que dichas normas deben contar con la aprobación previa de Junta.

La Resolución No. 008 de la Junta deroga toda resolución o disposición de igual o inferior jerarquía. Si bien no existe una derogación expresa, tácitamente estaría derogando la resolución de la Superintendencia. La Junta no puede derogar una resolución de la Superintendencia.

El Decreto Ejecutivo que reforma el Reglamento restringe las facultades de la Superintendencia previstas en el artículo 44 de la Ley, al señalar que la capacidad normativa de la Superintendencia estará enmarcada exclusivamente al ámbito administrativo y de control interno, sin contravenir las normas de carácter general dictadas por la Junta. Se considera esto un acto

por demás ilegal e inconstitucional, por cuanto la Función Ejecutiva está reformando la Ley, competencia exclusiva de la Función Legislativa, que fue quien la expidió. La Constitución, hay que recordar, dispone en el artículo 425 el orden jerárquico de aplicación de las normas: la Constitución, los tratados y convenios internacionales, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, las normas regionales y las ordenanzas distritales, los decretos y reglamentos, las ordenanzas, los acuerdos y las resoluciones, y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

Cabe señalar que, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la Constitución dispone que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a ésta y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes; siendo deber y responsabilidad de los ecuatorianos acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.

Previo a la aprobación de la Ley, ésta fue socializada y fueron varios los organismos y personas naturales que observaron y previeron el conflicto entre la Superintendencia y la Junta, así como la posible intromisión de la Función Ejecutiva en una función distinta e independiente de ésta. Mediante sendos oficios dirigidos al Arquitecto Fernando Cordero, Presidente de la Asamblea Nacional, se enviaron las siguientes observaciones al Proyecto de Ley:

- a) Observaciones enviadas por los asambleístas Silvia Salgado Andrade y Eduardo Encalada:

[...] Art. 33.- Facultades de la Función Ejecutiva

#### SUGERENCIAS

Se sugiere que la integración y las atribuciones específicas de la Junta de Regulación se consignent en la ley y no se deje para el reglamento.

## JUSTIFICACIÓN

Una ley orgánica como la propuesta exige que la organización y funcionamiento de las instituciones y sus órganos conste en el cuerpo legal, en consonancia con lo previsto en el Art. 133 de la Constitución, especialmente si se trata del máximo órgano regulador en materia de competencia del mercado.

### Art. 34.- Autoridad de Aplicación

Se sugiere se suprima la última frase del inciso segundo que dice:

“Se crearán al menos tres órganos separados e independientes, uno de sustanciación, uno de investigación y uno resolutorio de primera instancia”.

## JUSTIFICACIÓN

El principio de desconcentración no puede redundar en el burocratismo. Si bien cada una de estas actividades son por naturaleza distintas, forman parte de una misma función: el procedimiento de control, y pueden perfectamente integrarse en un solo órgano, el mismo que debe coordinar todas estas actuaciones, por lo que no cabe que sean órganos separados e independientes<sup>6</sup>.

- b) Observaciones enviadas por el asambleísta Leonardo Viteri Lasso:

A nivel de las legislaciones internacionales vigentes, lo usual es que el organismo encargado de la aplicación de la Ley sea un organismo público único, cuasi autónomo, con amplísimas facultades para realizar investigaciones, adoptar decisiones, aplicar sanciones administrativas, sin perjuicio de instancias judiciales adicionales superiores que puedan revisar lo actuado por el organismo. En general, la

6. Oficio No. 618-SSA-AN-2011, Salgado Andrade Silvia y Encalada Eduardo, Archivo Asamblea Nacional, 6 de septiembre de 2011.

doctrina lo que busca es la mayor independencia posible para el organismo, de manera a[sic] protegerlo de influencias políticas y que sus facultades se enmarquen en el respeto a las garantías legales y constitucionales de cada país.

En el proyecto se propone la creación de una Superintendencia de Control del Poder de Mercado y la Competencia, presidida por un Superintendente nombrado por el Consejo de Participación Ciudadana de una terna enviada por el Presidente de la República. Vale resaltar, sin embargo, que en el proyecto en análisis se establece que la duración del nombramiento del superintendente será de 5 años, lo que, con el tiempo, podrá incidir sobre la independencia del mismo con relación al gobierno de turno. Vale mencionar igualmente que el proyecto no contiene normas sobre inmunidades penales o civiles del superintendente o de los miembros de la Superintendencia por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones, norma que existe en algunas legislaciones internacionales.

Preocupa sin embargo, la ausencia de definiciones sobre las facultades de la Junta de Regulación que consta del artículo 33 del proyecto. Esto podría permitir una negativa influencia del Ejecutivo en el control del mercado. No puede la Asamblea renunciar a sus facultades legislativas y otorgarlas al Ejecutivo, quien por vía de la expedición del Reglamento General de aplicación a esta Ley, dictaría normas generalmente obligatorias, lo que le permitirá diseñar y aplicar el régimen regulatorio de la economía. Es imprescindible que la Función Legislativa sea la que dicte las facultades de la Junta de Regulación y no sea únicamente el Ejecutivo quien vaya crear la estructura de este Organismo. O, por las consideraciones expresadas, planteo que en artículo 33 del proyecto, inciso segundo se definan quienes serán los representantes a la Junta de Regulación y las facultades de ese or-

ganismo, y no dejar para el Reglamento General de esta Ley su integración y atribuciones. Estas deben quedar claramente determinadas en este cuerpo legal<sup>7</sup>.

- c) Observaciones enviadas por la asambleísta Gioconda Saltos Espinoza, con relación al artículo 33, señalaban:

La Ley direcciona a un Reglamento la conformación de la Junta de Regulación y sus atribuciones. En este aspecto, considero que al ser esta Junta una institución bastante sensible y cuyas atribuciones también son muy delicadas como regular la materia de control y regulación del poder del mercado y emitir normas de carácter obligatorio, considero que debe ser la misma ley la que establezca la conformación y atribuciones de este organismo, puesto que un reglamento es de fácil modificación por lo cual este organismo podría cambiar sus miembros de manera periódica, creando inestabilidad en el organismo y en sus decisiones<sup>8</sup>.

- d) Observaciones enviadas por el ingeniero Augusto Tosi León, Presidente de la Cámara de Industrias de Cuenca:

En el capítulo 4.º Se establece que corresponde a la Función Ejecutiva la rectoría, planificación, formulación de políticas públicas y su regulación en el ámbito de este proyecto de Ley, señalando que esta facultad estará a cargo de la Junta de Regulación cuya integración y atribuciones las establecerá el reglamento general, con lo cual se está delegando ilegalmente la facultad legislativa al Ejecutivo; algo más grave aún, el proyecto establece que la Junta de Regulación así integrada, tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias.

7. Oficio No. 01147-LOVV-11, VITERI LASSO LEONARDO, Archivo Asamblea Nacional, 9 de septiembre de 2011.

8. Oficio No. 0865-GSE-AN, SALTOS GIOCONDA, Archivo Asamblea Nacional, 13 de septiembre de 2011.

Se crea la Superintendencia de Control del Poder de Mercado con personalidad Jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y presupuestaria; ésta superintendencia debe contar cuando menos con 3 órganos independientes, uno de sustanciación, otro de investigación y un tercero resolutorio de primera instancia; el Superintendente es la máxima autoridad dentro de la Superintendencia y será designado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de la terna enviada por el Presidente de la República, desempeñará sus funciones por 5 años, pudiendo ser reelegido por una vez.

El proyecto establece las atribuciones de la superintendencia y del superintendente que se resumen en la aplicación y administración del proyecto de ley con facultades extremadamente subjetivas y discrecionales<sup>9</sup>.

Se ha mencionado cuatro observaciones que fueron realizadas al Proyecto de Ley. Sin embargo, en la gran mayoría de ellas se repiten las mismas preocupaciones en relación con la Junta y sus atribuciones, observaciones que, si hubiesen sido acatadas, probablemente habrían evitado el conflicto legal entre la Superintendencia y la Junta.

Son varias las legislaciones en América que previeron dos organismos diferenciados sobre materia de competencia. Sin embargo, a diferencia de Ecuador, el organismo rector y de vigilancia dentro de sus facultades normativas puede emitir resoluciones de carácter interno. Respecto de la materia, en cambio, únicamente tienen facultades para proponer y recomendar normativa al organismo encargado de expedir normativa. Así podemos citar legislaciones como las de Venezuela, Perú y México respectivamente:

9. Oficio No. 187-11-CIC, Cámara de Industrias de Cuenca, 15 de septiembre de 2011.

La Superintendencia tendrá a su cargo la vigilancia y el control de las prácticas que impidan o restrinjan la libre competencia. Entre otras, tendrá las siguientes atribuciones: [...] 6) Proponer al Ejecutivo Nacional las reglamentaciones que sean necesarias para la aplicación de esta Ley; 7) Dictar su reglamento interno y las normas necesarias para su funcionamiento [...]<sup>10</sup>.

En primera instancia administrativa, la autoridad de competencia es la Comisión, entendiendo por ésta a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI. En segunda instancia administrativa la autoridad de competencia es el Tribunal, entendiendo por éste al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI. La Comisión es el órgano con autonomía técnica y funcional encargado del cumplimiento de la presente Ley con competencia exclusiva, salvo que dicha competencia haya sido asignada o se asigne por ley expresa a otro organismo público. Son atribuciones de la Comisión: [...] d) Expedir Lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente Ley; e) Sugerir a la Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI, emitir opinión, exhortar o recomendar a las autoridades legislativas, políticas o administrativas sobre la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia, tales como la eliminación de barreras a la entrada, la aplicación de regulación económica a un mercado donde la competencia no es posible, entre otros; y, [...]<sup>11</sup>

La Comisión Federal de Competencia es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, contará con autonomía técnica y ope-

10. Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia Venezuela, artículo 29.

11. Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas Perú, artículos 13 y 14.

rativa y tendrá a su cargo prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones, en los términos de esta ley, y gozará de autonomía para dictar sus resoluciones. La Comisión tendrá las siguientes atribuciones: [...] VII. Opinar, cuando lo considere pertinente o a petición de parte, sobre iniciativas de leyes y anteproyectos de reglamentos y decretos en lo tocante a los aspectos de competencia y libre concurrencia, sin que estas opiniones tengan efectos vinculatorios. Las opiniones citadas deberán publicarse; [...] X. Emitir, cuando lo considere pertinente, opinión en materia de competencia y libre concurrencia, respecto de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y actos administrativos de carácter general; las opiniones citadas deberán publicarse [...]<sup>12</sup>.

Como ya lo hemos señalado existe un conflicto legal al otorgar facultades normativas a la Junta y a la Superintendencia. Conflicto que pudo haberse evitado al establecer de forma clara en la Ley las atribuciones a cada uno de los órganos, habiendo así acatado la asamblea varias de las observaciones que realizaron asambleístas y otros entes, previo a la aprobación de la Ley. Se cree pertinente reformar la Ley en este sentido, a fin de no seguir actuando bajo normas reglamentarias de menor jerarquía que evidencian una interpretación y reforma de la Ley, buscando tapar vacíos, que no hacen más que confundir, incluso a los mismos funcionarios públicos, otorgándoles poderes y facultades que no son claramente de su competencia.

No obstante, mientras pueda reformarse la Ley, la Superintendencia tiene potestad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones expedidas por la Junta de Regulación. De igual manera, tiene facultad para elaborar y aprobar normativa técnica general e ins-

12. Ley Federal de Competencia Económica México, artículos 23 y 24.

trucciones particulares en el ámbito exclusivo de la Ley. Cabe acotar que la Ley prevé que las normas que expide la Superintendencia no podrán alterar o innovar las disposiciones expedidas por la Junta. Se entendería como tal que esta prohibición aplica para las normas emitidas por la Superintendencia, *post eventum* a las expedidas por la Junta. También cabe señalar que la Ley en ningún momento define el ámbito de normativa técnica. Esto se refiere a normas propias de su competencia interna y aquellas que puedan haber sido emitidas por la Junta, y que requieran por parte de la Superintendencia de una definición con mayor aclaración, sin que puedan –como lo determina la Ley– alterar o innovar lo resuelto por la Junta.

### **III. EL ABUSO DE PODER DE MERCADO EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA ECONÓMICA EN EL DERECHO ECUATORIANO**

*Daniel Castelo*<sup>1</sup>

#### **Abstract**

El abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica es una de las cuatro conductas prohibidas por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM). Normalmente esta conducta es opacada por los otros tipos de conducta a los que la autoridad de competencia y los administrados prestan mayor atención. Pese a esto, el abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica es una conducta que aparece en la relación comercial con proveedores y clientes por lo que es potencialmente aplicable a toda empresa. Esta conducta se encuentra descrita en el artículo 10 de la LORCPM y de la revisión de ese artículo es posible identificar los distintos requisitos que deben cumplirse para su configuración. En el presente artículo se realiza una revisión de estos requisitos junto con las diferentes interpretaciones que pueden surgir al aplicar dicho artículo.

#### **Palabras clave**

Abuso de poder de mercado, LORCPM, dependencia económica.

1. Daniel Castelo es abogado asociado senior en la firma Fabara & Cía. Abogados, donde es jefe del Departamento de Competencia y cuenta con una experiencia de más de siete años en el área. Email: dcastelo@fabara.ec

## 1. INTRODUCCIÓN

El abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica se encuentra legislado en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado<sup>2</sup> (en adelante LORCPM), la cual regula la competencia económica en el país. La LORCPM contiene cuatro tipos de conductas consideradas como anticompetitivas, además de disposiciones sobre el control previo de concentraciones económicas y ayudas públicas. Las cuatro conductas anticompetitivas contempladas por la LORCPM son: i) el abuso de poder de mercado, ii) el abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, iii) los acuerdos y prácticas restrictivas y iv) prácticas desleales. La primera y tercera conducta, abuso de poder de mercado, y acuerdos y prácticas restrictivas, se encuentran en casi todas las legislaciones alrededor del mundo. La cuarta conducta, prácticas desleales, también se encuentra presente en la mayor parte de legislaciones, normalmente de manera separada y sin formar parte del derecho de competencia como en el caso ecuatoriano. Por otro lado, la segunda conducta, abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, no se encuentra recogida en la mayoría de legislaciones sino más bien en un puñado de ellas.

En el presente artículo, se analizará el tratamiento que la LORCPM da a la figura de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, los distintos elementos y formas de interpretación de cada uno de ellos y su tratamiento como una conducta prohibida por dicha ley.

2. Publicada en el Registro Oficial No. 555 del 13 de octubre de 2011.

## **2. ABUSO DE PODER DE MERCADO EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA ECONÓMICA EN ECUADOR**

El abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica se encuentra regulado en el artículo 10 de la LORCPM. Dicho artículo está compuesto por tres partes. La primera parte, que abarca el primer párrafo, contiene las disposiciones principales. En esta parte, se encuentra detallada la prohibición del abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, así como los elementos que se deben cumplir para tal situación. La segunda parte, que abarca los siguientes cuatro párrafos, contiene las conductas particulares que la LORCPM considera un abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica. Finalmente, la tercera parte, contenida en el párrafo final del artículo, se refiere al nivel de vigilancia que deben tener las distintas entidades públicas con respecto al cumplimiento de este artículo y el aviso obligatorio que debe realizarse a la autoridad de competencia ecuatoriana, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM).

El artículo 10 de la LORCPM es el único que se refiere al abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, por lo que el análisis de esta conducta se enfoca principalmente en este único artículo. Pese a lo anterior, es preciso notar que en otras disposiciones de la LORCPM existen varios principios y conceptos que deben ser considerados en todo caso en el que se las aplique. Por lo anteriormente expuesto, en primer lugar, se analizarán los distintos principios y conceptos que deben ser aplicados en el análisis de toda conducta tipificada en la LORCPM para, posteriormente, revisar de manera detallada las disposiciones contenidas en el artículo 10 de la LORCPM con respecto al abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica.

## **2.1 Principios y conceptos preliminares**

Como ha sido señalado, existen varios elementos o disposiciones de carácter general que deben ser considerados en todo caso en que se aplique la LORCPM, incluidas las estipulaciones sobre el abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica. En términos generales, estos elementos pueden describirse como principios y conceptos que deben ser considerados en todos los casos en los que se analice el supuesto cometimiento de conductas anticompetitivas.

Con respecto a los principios, éstos se encuentran desarrollados en los primeros artículos de la LORCPM, específicamente en los artículos 1 al 4. Los artículos 1 y 2 de la LORCPM se refieren al objeto y ámbito de aplicación de la LORCPM, respectivamente. Con respecto al objeto de dicha ley, su artículo 1 establece lo siguiente:

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

El mencionado artículo se refiere a los distintos tipos de conductas anticompetitivas y al control previo consistente en la notificación y autorización de concentraciones económicas, en el mismo orden en que estas cuestiones se estipulan en la LORCPM. Es importante notar que este artículo no se refiere expresamente al abuso de poder de mercado en situación de de-

pendencia económica, sino que parece incorporar dentro de esta categoría a las conductas del artículo 9 y 10 de la LORCPM.

Con respecto al ámbito de aplicación de la LORCPM, el artículo 2 establece que se encuentra sometido a esta ley todo operador económico, sin importar su origen y naturaleza y cuyas actividades económicas tengan efectos en el mercado ecuatoriano.

Los mencionados artículos establecen de manera general cuáles son los límites de aplicación de la LORCPM, por un lado, estableciendo claramente el objeto de dicha ley y, por otro, estableciendo el ámbito de aplicación de la misma. Estos límites deben ser tomados en cuenta en todo caso en que se aplique la LORCPM.

Por su parte, los artículos 3 y 4 de la LORCPM establecen de manera general los principios que deben ser tomados en cuenta en la aplicación de las disposiciones de dicha ley. El artículo 3 de la LORCPM contiene el principio de primacía de la realidad, en el cual se establece que la naturaleza de las conductas investigadas debe realizarse de acuerdo a su realidad y efecto económico. La primacía de la realidad es un principio clave para la aplicación de las disposiciones de la LORCPM, en vista de que obliga a contrastar cualquier conclusión a la que se llegue en la investigación de conductas anticompetitivas con la realidad y el efecto económico de dichas conductas. De igual manera, el artículo 4 de la LORCPM contiene una docena de lineamientos y principios de aplicación de dicha ley.

En adición a los límites y principios generales mencionados en el punto anterior, la LORCPM contiene algunas disposiciones y conceptos que deben ser aplicados en todo momento en que se realice un análisis de conductas anticompetitivas prohibidas por la ley. El más relevante de estos elementos, lo constituye la

definición del mercado relevante. En efecto, el artículo 5 de la LORCPM establece que “[...] a efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. [...]”. Es preciso notar que, para el derecho de competencia, la definición del mercado relevante no es un fin por sí mismo sino un paso preliminar para un correcto análisis de una supuesta conducta anticompetitiva, en especial si el análisis tiene referencia con la existencia de poder de mercado<sup>3</sup>.

La importancia de la definición del mercado relevante radica en identificar los límites del mercado en el que se encuentran los productos o servicios ofertados por los operadores económicos investigados. De esta manera se busca conocer la influencia que tiene un operador económico en el mercado y los efectos de su conducta en el mismo.

## **2.2 Elementos para la determinación de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica**

Como se ha señalado, el abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica se encuentra establecido en el artículo 10 de la LORCPM. De dicho artículo, el párrafo primero es el que define los distintos elementos que configuran la conducta de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica.

**Art. 10.- Abuso de Poder de Mercado en Situación de Dependencia Económica. - Se prohíbe la explotación, por uno o varios operadores económicos, de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus clientes**

3. Motta, Massimo, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 102.

o proveedores, que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares [...].

De la revisión de este párrafo se pueden identificar cuatro elementos que deben confluir para que exista la conducta de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica: i) Poder de mercado, ii) Dependencia Económica, iii) Inexistencia de alternativas equivalentes y iv) Abuso o explotación. A continuación, se analizará cada uno de estos elementos.

### **2.2.1 Poder de mercado**

El requisito de que exista poder de mercado se desprende del título que la LORCPM utiliza para dicho artículo: “Abuso de Poder de Mercado en Situación de Dependencia Económica”. Es claro entonces que las disposiciones contenidas en este artículo consisten en un tipo de abuso de poder de mercado que, a diferencia de las disposiciones contenidas en el artículo 9 de la LORCPM, están limitadas exclusivamente a la existencia de una situación de dependencia económica. El título del artículo 10 de la LORCPM no es el único elemento que lleva a concluir que la existencia de poder de mercado es un requisito para la configuración de la conducta prohibida. De esta manera, por ejemplo, al señalar el objeto de la ley, el artículo 1 de la LORCPM menciona de manera general al abuso de poder de mercado sin referirse de manera expresa al abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica.

Esto lleva a pensar que dentro de la definición de abuso de poder de mercado se encuentran comprendidas tanto las con-

ductas del artículo 9 de la LORCPM como las conductas del artículo 10 de la LORCPM. Finalmente, en cuanto a la organización del articulado de la LORCPM es preciso notar que el artículo 10 conjuntamente con los artículos 7, 8 y 9 se encuentra dentro de la Sección 2 de la LORCPM denominada “Del poder de mercado”. Esto permite inferir que, al expedir la ley, el legislador consideró que las conductas descritas en el artículo 9, referentes al abuso de poder de mercado en general, y las descritas en el artículo 10, referentes al abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, se enmarcaban dentro de una misma categoría de conductas relacionadas con el poder de mercado. Dichas conductas se ven complementadas con el artículo 7, que define el poder de mercado, y el artículo 8, que establece los criterios para determinar la existencia de poder de mercado.

El único artículo de la LORCPM que define el concepto de poder de mercado es el artículo 7, el cual en su primer párrafo establece lo siguiente:

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

En términos simples, poder de mercado es la capacidad de un operador económico de actuar de manera independiente sin estar restringido por los demás actores del mercado, sean estos competidores, proveedores o clientes, lo cual sí ocurre cuando se carece de dicha capacidad. Para poder concluir si un operador

económico determinado tiene poder de mercado, el artículo 8 de la LORCPM establece una serie de criterios que deben ser tomados en consideración. De estos criterios, el análisis de la participación de mercado es el elemento más utilizado para tener una primera indicación de la existencia de poder de mercado, aunque con la advertencia y recomendación de que siempre debe realizarse un análisis más detallado con el uso de criterios adicionales<sup>4</sup>.

De acuerdo a lo señalado, poder de mercado es la capacidad de influir significativamente en el mercado y existirá un mayor riesgo de considerarse que se tiene dicha capacidad cuando se tenga una alta participación de mercado. Si consideramos que el artículo 10 de la LORCPM es una conducta relacionada con el poder de mercado, podemos concluir que esta será aplicable únicamente a casos en los que exista dicha capacidad.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que no existe un consenso claro en si una conducta del artículo 10 de la LORCPM requiere de la existencia de poder de mercado de acuerdo con la definición del artículo 7 de dicha ley. En ese sentido, en algunos casos la SCPM ha concluido que el abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica no solo es aplicable a operadores que tienen poder de mercado sino también a aquellos que no lo tienen<sup>5</sup>. Bajo este concepto, el artículo 10 sería aplicable a todos los operadores económicos, y no solo a aquellos que tengan poder de mercado.

En los casos antes señalados, la SCPM llega a esta conclusión aplicando el concepto de “poder de mercado relativo” versus el “poder de mercado absoluto”, que es el definido en el artículo 7 de la LORCPM. Al referirse a este concepto, la SCPM

4. Whish, Richard y Bailey, David, *Competition Law*, Oxford University Press, New York, 2012, p. 181.
5. Casos emitidos dentro de los procesos SCPM-CRPI-2016-061 (SCPMvTÍA), SCPM-CRPI-2016-062 (SCPMvCorp. El Rosado), SCPM-CRPI-2016-063 (SCPMvCorp. La Favorita) y SCPM-CRPI-2016-064 (SCPMvMega Santamaría).

señala que existe poder de mercado relativo en el caso que un proveedor o cliente dependa económicamente de otro operador. Para sustentar esta interpretación, la SCPM ha recurrido a legislación y jurisprudencia extranjera que contemplan la existencia de poder de mercado en situación de dependencia económica, entre ellas la alemana y española. En efecto, en algunas jurisdicciones como las antes señaladas se ha incluido la conducta de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, sin embargo, a diferencia de Ecuador, estas sí han incluido expresamente el concepto de poder de mercado relativo. Así por ejemplo la ley de competencia alemana en su artículo 20 se refiere a conductas consistentes en poder de mercado relativo o superior (*“Prohibited Conduct of Undertakings with Relative or Superior Market Power<sup>6</sup>”*) refiriéndose expresamente al concepto de poder de mercado relativo.

Por el contrario, el artículo 10 de la LORCPM se refiere únicamente al concepto de poder de mercado, sin señalar que se trate de poder de mercado relativo. Como se ha mencionado, la única definición de poder de mercado que consta en la LORCPM es la establecida en su artículo 8. Dado que dicho artículo define al poder de mercado como la capacidad de los operadores económicos de influir significativamente en el mercado es posible descartar que este se refiera al poder de mercado relativo.

De acuerdo con lo anterior, al referirse el artículo 10 de la LORCPM al abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica y al definir el artículo 8 de la LORCPM al poder de mercado como la capacidad de influir significativamente en el mercado, se podría concluir que el primer requisito para la existencia de esta conducta es que exista poder de mercado. Otras legislaciones se refieren expresamente a la existencia de poder de mercado relativo con el fin de aplicar esta conducta no solo a operadores dominantes sino a cualquier operador eco-

6. German Competition Act – GWB. Disponible en: [http://www.bundeskartellamt.de/Shared-Docs/Publikation/EN/Others/GWB.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bundeskartellamt.de/Shared-Docs/Publikation/EN/Others/GWB.pdf?__blob=publicationFile&v=3)

nómico que se encuentre en una situación de dependencia económica. Con base en estas legislaciones, en casos recientes la SCPM ha aplicado el concepto de poder de mercado relativo pese a que no es expresamente introducido por la LORCPM. La aplicación de este concepto por parte de la SCPM implica que, a criterio de esta autoridad, la existencia de poder de mercado no es un requisito para la configuración de una conducta establecida en el artículo 10 de la LORCPM. Resta por ver si en el futuro el concepto de poder de mercado relativo seguirá siendo aplicado por la SCPM, será revisado en instancias judiciales o incluso aclarado en una eventual modificación a la LORCPM por parte de la Asamblea Nacional.

### **2.2.2 Dependencia económica**

El artículo 10 de la LORCPM establece que se prohíbe la explotación “de la situación de dependencia económica” en la que puedan encontrarse los clientes o proveedores de un operador económico. De esta manera, la existencia de dependencia económica constituye el segundo requisito.

De la revisión del mencionado artículo, se desprende que la dependencia económica solo puede existir con los clientes y proveedores de un operador económico, es decir se trata de una conducta de relación vertical. Esto es lógico si tomamos en cuenta que normalmente entre competidores no existen transacciones o relaciones económicas, mientras que siempre existirá una relación económica entre los proveedores y los clientes de una empresa. Como su nombre indica, la existencia de dependencia económica implica que el cliente o proveedor necesita del negocio de su contraparte para que el mismo sea viable. Dicho de otra manera, la repentina terminación de la relación comercial con el operador del que se depende implicaría un grave riesgo de desaparición del cliente o proveedor.

La determinación de dependencia económica requiere inevitablemente de una comparación de la relación comercial con el operador económico del que se depende con la totalidad de las relaciones comerciales del cliente o proveedor. Cuando la primera represente una parte importante de la segunda se podría suponer la existencia de dependencia económica. Para el caso de clientes, se debería comparar las compras que realiza a dicho operador con la totalidad de sus compras. Para el caso de proveedores, se debería comparar las ventas que realiza a dicho operador con la totalidad de sus ventas. Esta comparación implica que el parámetro a utilizar consiste en el porcentaje que las transacciones realizadas con un solo operador representan en la totalidad de transacciones realizadas. El problema radica en determinar a partir de qué porcentaje se puede hablar de dependencia económica, algo que no se establece en la LORCPM ni en su reglamento.

En casos recientes, la SCPM ha dado respuesta a esta pregunta alegando que existe dependencia económica cuando las transacciones con un solo operador representan más del 50% de la totalidad de las transacciones. Este porcentaje también ha sido recogido por la Junta de Regulación, aunque limitado a la relación entre proveedores y supermercados, al establecer en el artículo 30 de la Resolución No. 14<sup>7</sup> que existe un indicio de dependencia económica cuando las ventas de un proveedor a un supermercado superan el 50% de las ventas realizadas por el proveedor. Parece ser que las autoridades de regulación y control consideran al porcentaje de más de 50% como un indicio para la existencia de dependencia económica.

Una pregunta que surge con la comparación descrita en los párrafos anteriores es qué transacciones se deben tomar en cuenta en el caso que el operador dependiente opere en dos mercados distintos. Si un operador dependiente opera en un solo

7. Resolución No. 014 “Normas Regulatorias para las Cadenas de Supermercados y sus Proveedores”, expedida el 4 de enero de 2017.

mercado, digamos un operador que solo produce limones y en consecuencia opera en el mercado de limones, es evidente que las ventas que realice a un operador determinado deben compararse con la totalidad de ventas que este realice. Por el contrario, si el mismo operador económico opera en dos mercados (el operador además de limones produce, por ejemplo, aguacates), surge la duda de si las ventas de limones que realice a un solo operador deben ser comparadas solo con la totalidad de ventas de limones o con la totalidad de sus ventas tanto de limones como de aguacates.

Las respuestas a esta pregunta pueden ser dos. La primera, que las ventas de limones que realice el operador dependiente a su cliente deben compararse con la totalidad de las ventas de limones, excluyendo sus ventas de aguacates. En este caso se podría alegar que este operador se encuentra en dependencia económica en el mercado de limones y que en consecuencia no son relevantes los otros ingresos que tenga de actividades fuera de dicho mercado. La segunda respuesta consiste en que las ventas de limones que realice el operador dependiente a su cliente deben compararse con la totalidad de sus ventas incluyendo las de limones y aguacates. En este caso se podría alegar que, si bien el operador en cuestión vende la mayor parte de sus limones a un solo cliente, en la práctica, la existencia de otras fuentes de ingresos evita que este se encuentre en una dependencia económica real.

De la revisión de la LORCPM, parece ser que la respuesta más apegada a la ley sería la segunda, es decir para determinar si existe o no dependencia económica debe tomarse en consideración la totalidad de las ventas y no únicamente las ventas que se realizasen en un mercado determinado. Esto se desprende de la segunda parte del párrafo primero del artículo 10 de la LORCPM que establece que se presume que existe dependencia económica cuando se concedan ventajas adicionales que no se

conceden a compradores similares. La lógica detrás de esta presunción radica en que un operador dependiente, con tal de no perder su principal fuente de compras o ventas y afectar la viabilidad de su empresa, otorgaría concesiones que normalmente no daría. Bajo esta lógica, un operador que tenga otras fuentes de ingresos por actividades en mercados distintos no estaría en dependencia económica, ya que la viabilidad de su empresa no depende de las ventas realizadas en un solo mercado sino en varios. Este análisis iría de la mano con el principio de primacía de la realidad establecido en el artículo 3 de la LORCPM, que establece que la aplicación de dicha ley debe realizarse en atención a su realidad y efecto económico. De acuerdo con este principio, existirá un efecto real de dependencia económica únicamente cuando la relación comercial de un cliente o proveedor con un operador determinado represente la mayoría de la totalidad de sus ingresos. También es importante señalar, que esta postura ha sido recogida en el artículo 30 de la Resolución No. 014 de la Junta de Regulación ya que establece que las ventas de un proveedor a las cadenas de supermercados deben compararse con “[...] el total del volumen de negocios de los bienes ofertados por el proveedor”. En este punto, dicho artículo no contempla la posibilidad de diferenciar entre bienes que se oferten en distintos mercados sino la totalidad de la oferta.

En función de lo anterior, puede concluirse que la determinación de dependencia económica debe realizarse en consideración a la totalidad de las transacciones realizadas por el operador económico, independientemente de que estas transacciones se realicen en un solo mercado o en varios.

### ***2.2.3 Inexistencia de alternativas equivalentes***

El tercer requisito consiste en que el operador económico en cuestión carezca de una alternativa equivalente al operador

del que se encontraría en dependencia económica. Esto se desprende de la redacción del artículo 10 de la LORCPM que establece que “[...] se prohíbe la explotación, por uno o varios operadores económicos, de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad”.

Es importante aclarar que el artículo 10 de la LORCPM contempla dos elementos distintos para configurar una situación de dependencia económica: i) que exista una dependencia económica y ii) que no se disponga de una alternativa equivalente para el ejercicio de la actividad. En ese sentido, debe evitarse confundir a estos dos elementos como uno solo, especialmente evitar considerar que la inexistencia de una alternativa equivalente es sinónimo de dependencia económica. Confundir a estos dos elementos como uno solo sería un error en vista de que la redacción del artículo 10 de la LORCPM claramente trata como dos elementos distintos. En ese sentido, para configurar una conducta prohibida por dicho artículo no es suficiente que exista dependencia económica sino también que no se disponga de una alternativa equivalente.

Como su nombre lo señala, la inexistencia de alternativas equivalentes requiere que el operador económico dependiente carezca de opciones similares que permitan reemplazar a su cliente o proveedor en caso que termine su relación. En tal sentido, para concluir que no existen alternativas equivalentes, es necesario analizar si existen o no otros operadores económicos que puedan suplir o reemplazar al cliente o proveedor del que se depende. Esto requerirá identificar a otros operadores económicos de similar tamaño y los potenciales costos o dificultades que existirían al cambiar de cliente o proveedor.

## **2.3 Abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica**

Finalmente, el último requisito establecido en el artículo 10 de la LORCPM es que exista un abuso. La LORCPM no prohíbe el poder de mercado en situación de dependencia económica sino únicamente el abuso o explotación que pueda realizarse de esta situación. Las conductas consideradas como abuso o explotación se encuentran detalladas en la segunda parte del artículo 10 de la LORCPM.

En ese sentido, a continuación del párrafo primero, el artículo en cuestión señala que “[...] El abuso consistirá en particular, en: [...]”. Al usar las palabras “en particular” el artículo 10 de la LORCPM limita los casos de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica a los cuatro ejemplos señalados a continuación. Si bien podría interpretarse que podrían existir otro tipo de conductas el lenguaje utilizado haría difícil identificar otros casos distintos a los enumerados. Esto difiere con el lenguaje utilizado en el artículo 27 de la LORCPM que antes de detallar el listado de prácticas desleales utiliza las palabras “entre otras”.

Los cuatro casos de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica son los siguientes:

- a) La ruptura, total o parcial, de una relación comercial establecida sin un preaviso escrito y preciso con una antelación de al menos 30 días<sup>8</sup>.

Esta es quizás la conducta más común en vista que constantemente las empresas concluyen relaciones comerciales. Aun

8. “[...] 1.- La ruptura, total o parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido un preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 30 días, salvo que se deba a incumplimientos graves, por parte del proveedor o comprador, de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor”.

cuando exista dependencia económica e inexistencia de alternativas equivalentes esta conducta puede evitarse con la existencia de un preaviso escrito de al menos 30 días de antelación, siendo importante que durante esos días se mantenga la relación comercial. Adicionalmente, también es relevante tomar en consideración que el preaviso de 30 días evitaría caer en esta conducta, sin embargo, no evitaría una eventual reclamación de carácter contractual.

De acuerdo a lo dispuesto en la LORCPM, el preaviso de 30 días puede obviarse en casos de incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor. En el caso de incumplimientos graves, deberá determinarse qué incumplimientos tendrían tal calidad, salvo que en el contrato se hayan especificado cuáles serían este tipo de incumplimientos. Con respecto al caso de fuerza mayor, su determinación deberá realizarse de acuerdo a las normas del Código Civil.

- b) La obtención bajo amenaza de condiciones o concesiones adicionales no pactadas<sup>9</sup>.

La redacción de esta conducta es bastante clara; para su configuración deberá existir una amenaza y el objeto o efecto de conseguir condiciones que no hayan sido previamente pactadas.

- c) La utilización de poder de mercado para generar o mantener la posición de dependencia económica con el fin de obtener ventajas adicionales que no se concederían a compradores o proveedores similares<sup>10</sup>.

9. “[...] 2.- Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales o cualquier otro tipo de amenaza, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas”.
10. “[...] 3.- La utilización del poder de mercado para genera o mantener la posición de dependencia económica, de uno o varios operadores, tendiente a obtener ventajas adicionales que no se conceden o concederían a compradores o proveedores similares”.

Esta conducta es curiosa en vista que es casi la misma descripción realizada al inicio del artículo 10 de la LORCPM como una presunción de dependencia económica e inexistencia de alternativas equivalentes. En ese sentido, de considerarse que se ha obtenido ventajas adicionales que no se concederían a compradores o proveedores similares implicaría a la vez una presunción de dependencia económica y un abuso de tal situación.

- d) La imposición, directa o indirectamente, de precios, condiciones o servicios no equitativos<sup>11</sup>.

Finalmente, la cuarta conducta requiere la existencia de dos elementos; una imposición y condiciones no equitativas, cuya determinación implica cierto grado de subjetividad.

## **2.4 El abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica como infracción a la LORCPM**

El artículo 10 de la LORCPM, al igual que los artículos 9, 11, 26 y 27, establecen las conductas anticompetitivas que se encuentran prohibidas por la ley, sin embargo, son otros artículos los que establecen dichas conductas como una infracción y en consecuencia las sanciones correspondientes. De esta manera, el artículo 78 establece cuáles son las infracciones a la LORCPM, clasificándolas entre leves, graves y muy graves, mientras que el artículo 79 establece las sanciones que corresponden a cada tipo de infracción.

Una revisión detallada del artículo 78 de la LORCPM permite comprobar que en ninguna parte se hace referencia al cometimiento de una conducta establecida en el artículo 10 como

11. “[...] 4.- La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos”.

una infracción a la LORCPM. Es el artículo 6 del Reglamento a la LORCPM que establece que dichas conductas serán consideradas como infracciones graves o muy graves, de la misma manera que las conductas del artículo 9. De acuerdo al principio constitucional de legalidad ninguna conducta puede ser considerada como una infracción si no se encuentra previamente establecida en la ley, lo cual no ocurre en el caso de la conducta establecida en el artículo 10 de la LORCPM. Bajo ese criterio, reconocido por la SCPM en casos recientes, no sería posible imponer una sanción. Este mismo criterio podría aplicarse no solo para argumentar la inexistencia de una sanción sino también de una infracción, lo cual implicaría no solo que este tipo de conductas no pueden ser sancionadas, sino que tampoco se podría imponer medidas correctivas al no existir una infracción. Este es un error del legislador que debe ser corregido cuanto antes a través de una reforma a la LORCPM.

*El abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica  
en el derecho ecuatoriano*

## IV. EL RÉGIMEN DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN EL ECUADOR

*Diego Pérez Ordóñez<sup>1</sup>*

*Luis Marín Tobar*

*Mario Navarrete Serrano*

### Abstract

A continuación, se describe de manera general el régimen de concentraciones ecuatoriano, que todavía se encuentra en una fase de maduración y desarrollo. Este artículo pretende ser un inicio del debate alrededor de aspectos procedimentales y sustanciales, que pueden mejorarse para permitir un mejor uso de recursos de la Superintendencia de Control del Poder de

1. Diego Pérez Ordóñez fue admitido a la práctica profesional en 1996 y es doctor en leyes de la Universidad Católica de Quito. Completó un curso de microeconomía en la London School of Economics en 1990. Es socio de Pérez Bustamante & Ponce (y miembro de la práctica de Competencia de la firma). Con relación a su actividad académica, es profesor de Derecho Constitucional desde 1999 en la Universidad San Francisco de Quito. Email: [dperez@pbplaw.com](mailto:dperez@pbplaw.com)

Luis Marín Tobar fue admitido a la práctica profesional en 2007 y es Asociado Senior en Pérez Bustamante & Ponce (y es también miembro de su unidad de Propiedad Intelectual y Competencia). Obtuvo su título de abogado en la Universidad San Francisco de Quito, una maestría en Estudios Legales Internacionales en Georgetown University Law Center y un Diplomado Superior en Economía del Derecho de Competencia en Kings' College de Londres. Trabajó como asociado internacional con el equipo de competencia de White & Case LLP en Bruselas durante 2013. Email: [lmartin@pbplaw.com](mailto:lmartin@pbplaw.com)

Mario Navarrete Serrano es profesor titular de Derecho de competencia de la Universidad San Francisco de Quito y director del Grupo de Investigación de Derecho de competencia del Instituto de Investigaciones Jurídicas (el Grupo forma parte de la Plataforma de Investigación de Derecho de Competencia y Consumo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo). Obtuvo su título de abogado en la Universidad San Francisco de Quito, tiene un Diplomado Superior en Economía del Derecho de Competencia en Kings' College de Londres, es Máster en Derecho de la competencia, información e innovación por la Escuela de Derecho de New York University. Email: [mnavarrete@pbplaw.com](mailto:mnavarrete@pbplaw.com)

Mercado, capturando y condicionando cualquier transacción que suponga un riesgo para la competencia, pero dinamizando y permitiendo una aprobación expedita de aquellas que no sean riesgosas para la estructura de los mercados ecuatorianos.

### **Palabras clave**

Ecuador, Concentraciones económicas, Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Umbrales de concentración, control de concentraciones, Cambio de Control.

El Ecuador es una jurisdicción que cuenta con un régimen de control de concentraciones económicas, y que implementa un sistema de notificación obligatoria y aprobación previa al cierre de transacciones, locales e internacionales, con efectos económicos en el país. Un atributo relevante del régimen ecuatoriano es que se prevé un estrecho plazo, de apenas ocho días calendario, para presentar notificaciones desde la fecha en que se suscribe el acuerdo. En la práctica, esto ha determinado que muchas transacciones globales hayan sido presentadas para su aprobación en el Ecuador antes de haber sido presentadas a otros entes de control en el mundo.

La Ley Orgánica para Regulación y Control del Poder de Mercado (la LORCPM) –promulgada en octubre de 2011– implementó el primer régimen de competencia en el Ecuador. La LORCPM contiene cinco áreas principales de aplicación: 1) Las conductas consideradas abuso de posición dominante (absoluto y relativo); 2) los acuerdos y prácticas restrictivas a la competencia; 3) la competencia desleal; 4) el control de concentraciones económicas; 5) las ayudas públicas. A raíz de su promulgación, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (la Autoridad) ha estudiado y resuelto sobre más de 50 operaciones de

concentración económica, negándose al menos dos de estas, e implementando condiciones en más de cinco casos.

Las notificaciones de concentración económica se presentan ante la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas (ICC), autoridad investigativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (la SCPM) que debe emitir un informe con sus recomendaciones para que sea resuelto por la Comisión de Resolución de Primera Instancia (la CRPI). La ICC está a cargo de analizar las transacciones notificadas y de emitir informes que contienen un detallado análisis económico acerca del panorama competitivo, el potencial impacto de las transacciones sobre la actual y futura estructura competitiva del mercado, y recomendaciones a la CRPI, que pueden variar desde la aprobación incondicional, la aprobación condicionada al cumplimiento de condiciones o la negativa de la transacción. El análisis y evaluación llevados a cabo por la ICC en las transacciones sujetas a su control reflejan un rigor y estudio a profundidad, semejante a la Fase II de investigación por la Comisión Europea, lo que, por otro lado, genera una carga administrativa significativa para la ICC. La CRPI, autoridad resolutoria conformada por tres comisionados a cargo de la resolución, evalúa el informe de recomendaciones de la ICC y emite una decisión final.

La LORCPM determina que todo acto que se considera una “operación de concentración” según la Ley se rige por el régimen de control de concentraciones en el Ecuador. Pese a que existe un detalle de actos ejemplificativos dispuestos por el art. 14 de la Ley, la noción de concentración es muy amplia, supeditando a cualquier acto que otorga *control* o *influencia sustancial* en otra persona y que supera cualquiera de los dos umbrales alternativos, a notificación obligatoria de control de concentraciones y a aprobación previa antes de su ejecución en el Ecuador. Aun en el caso de que las partes no tengan presencia comercial

directa en el Ecuador, la regulación sobre control de concentraciones podría ser obligatoria, tomando en cuenta el *enfoque basado en efectos* que la Ley determina.

Las operaciones de concentración definidas por la Ley, entre otras, son las siguientes:

1. La fusión entre empresas u operadores económicos.
2. La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante.
3. La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma.
4. La vinculación mediante administración común.
5. Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico.

El estándar de *control efectivo*, tal como lo define el Reglamento a la LORCPM, es el que se ejerce sobre cualquier contrato, cualquier acto o –tomando en cuenta circunstancias de hecho o de derecho– cualquier circunstancia que dé la posibilidad de ejercer una influencia sustancial o determinante sobre las decisiones comerciales estratégicas de una empresa o un operador económico. Este control puede ser conjunto o exclusivo e, incluso, puede encarnarse de manera negativa: cuando un accionista minoritario posee la facultad de bloquear la toma de decisiones estratégicas, en virtud de que las decisiones comer-

ciales fundamentales de una compañía requieren de una mayoría reforzada que no puede lograrse sin los votos del accionista minoritario.

Como nota adicional, la Intendencia ha decidido en varias ocasiones que las reorganizaciones intragrupo, que no ponen bajo el control de un nuevo accionista, grupo económico o persona vinculada, el control del operador adquirido, no deben notificarse. Esta solución es deseable y se alinea con lo que la mayoría de la doctrina y precedentes internacionales recomiendan: una reorganización intragrupo no afecta la estructura del mercado, quien controlaba al operador antes de la transacción será el mismo que lo hará después de la transacción.

Cuando se determina que, mediante un acuerdo de concentración con efectos en el Ecuador, se va a transferir el control de un operador, es recomendable efectuar una evaluación de los umbrales, puesto que el cumplimiento de cualquiera de los dos umbrales podría resultar en la obligatoriedad de notificación de la transacción. Estos dos umbrales son los siguientes:

- a) *Umbral económico*: se aplica si el volumen de negocios de las partes en el Ecuador durante el año anterior a la transacción excede el monto fijado por la Junta de Regulación. La Junta de Regulación modificó los anteriores umbrales mediante Resolución No. 009 de 25 de septiembre de 2015. En la actualidad el umbral relacionado con el volumen de negocios es el siguiente:

Tipo	Remuneración Básica Unificada (RBU)	Valor
a. Concentraciones que involucran a instituciones financieras y a entidades que participan en la bolsa de valores	3'200.000	US\$ 1.200'00.000
b. Concentraciones que involucran a compañías de seguros y reaseguros	214.000	US\$ 80'250.000
c. Concentraciones que involucran a emprendimientos no contemplados en (a) y (b)	200.000	US\$ 75'000.000
<ul style="list-style-type: none"> <li>• La remuneración básica unificada en el Ecuador para el año 2017 es US\$ 375.</li> <li>• La remuneración básica unificada cambia cada año. Por lo tanto, el monto en dólares arriba indicado cambiará de año en año.</li> </ul>		

b) *Umbral para la participación en el mercado*: se aplica a concentraciones en las que las partes adquirirán una participación en el mercado igual a, o mayor que, el 30% del mercado relevante en el Ecuador. A diferencia del umbral de volumen de negocios, la información sobre cuotas de mercado debe ser actual y reflejar fielmente el estado competitivo del mercado al momento de la notificación.

Cuando una transacción cumple con cualquiera de estos umbrales, esta requerirá la aprobación del ente regulador previo a su ejecución. La notificación se debe presentar dentro de ocho días calendario desde la fecha de “conclusión del acuerdo”. Generalmente, la conclusión del acuerdo tendrá lugar en la fecha en que los términos y condiciones generales de una transacción son decididos por las partes a través de una “carta de intención”, “memorando de entendimiento”, “contrato de administración conjunta” o “acuerdo de compra de acciones”. Sin embargo, el Reglamento a la Ley proporciona más pautas con relación al concepto de “conclusión” y estipula que debe tener lugar en los momentos siguientes:

- a. Fusiones: desde el momento en que por lo menos uno de los participantes en la junta de accionistas haya convenido en la fusión.
- b. Cesión de los activos de un comerciante: desde el momento en que las entidades deciden la operación y determinan su forma, término y condiciones. En el caso de compañías, desde el momento en que la cesión es aprobada por la junta de accionistas.
- c. Adquisición directa o indirecta de acciones, participaciones o certificados de endeudamiento: desde el momento en que los partícipes consienten en la operación que da lugar a la concentración y determinan la forma, término y condiciones para su cumplimiento. En el caso de compañías, desde el momento en que la adquisición es aprobada por la junta de accionistas.
- d. Acuerdos de empresa conjunta y de administración: desde el momento en que los administradores han sido designados por la junta de accionistas.
- e. Cualquier otro acto o acuerdo que otorga control o influencia determinante: desde el momento en que las partes consienten en la operación que da lugar a la concentración y determinan la forma, término y condiciones para su cumplimiento.

Este sistema, se cree, es problemático. La definición de “consentimiento” de una operación es amplia y no fácilmente discernible. Puede entenderse, por ejemplo, que el consentimiento significa como la determinación general de los términos y condiciones, lo que a su vez presenta otro problema: ¿cuáles son los términos y condiciones básicos sobre los que se debe acordar? Asimismo, el estándar parece alejarse del perfeccionamiento civil del negocio jurídico, siendo que la determinación general de la forma de un negocio parecería suceder antes de su perfeccionamiento. Es probable que una solución más precisa sea necesaria, caso contrario seguirá existiendo inseguridad del lado de los operadores económicos y de la Intendencia. La determinación de un encuentro de mentes, distinto al perfeccionamiento jurídico del negocio, parece ser un estándar de difícil determinación práctica. La recomendación, en todo caso, sería adoptar una figura cierta. En este sentido, parece que el perfeccionamiento civil del negocio, dependiendo de los elementos de la esencia dependientes de la naturaleza de cada uno, sería un estándar apropiado.

Las notificaciones de concentración deben ser presentadas por la parte adquirente, a menos que varios operadores adquieran el control conjunto, en cuyo caso la notificación debe darse conjuntamente a través de un apoderado. El 9 de mayo de 2013 la Superintendencia emitió un formulario para notificaciones que debe ser llenado y utilizado obligatoriamente con todas las notificaciones de control de concentraciones. Los requisitos y los documentos anexos obligatorios son fijados por el Reglamento de la Ley y generalmente requieren información acerca de las entidades que notifican, la estructura del mercado, las barreras de ingreso, eficiencias, motivos principales para la transacción, entre otros. Los documentos anexos se relacionan principalmente con la existencia societaria de las partes de la transacción, sus estados financieros, un poder para representarlas en la notificación de concentración, y una declaración jurada acerca de la veracidad de la información que se entrega.

Desde la fecha en que se admite la notificación a trámite como completa, la Superintendencia tiene sesenta días hábiles para aprobar, negar o imponer condiciones a la transacción. Ese período puede ser prorrogado por el ente regulador durante sesenta días adicionales, y en la práctica la ICC también emite providencias en las que suspende el cómputo del plazo mientras requiere información a terceros operadores del mercado. Si bien la LORCPM es clara sobre el alcance de las posibles prórrogas, constriñéndolas únicamente a 60 días término (art. 21 de la LORCPM), el Reglamento amplía la posibilidad de suspensiones (término ajeno a la ley) a 60 días plazo adicionales. En la práctica, la Superintendencia ha suspendido la tramitación del expediente en la fase formal ante la ICC, incluso indefinidamente hasta tanto terceros aporten información requerida, y luego prorrogado hasta por 60 días más, la fase de resolución ante la CRPI. Este proceder contradice el texto de la Ley y encuentra acomodo únicamente en el artículo 21 del Reglamento a la LORCPM (que, al contradecir la ley, sería ilegal). En la práctica, la aprobación de una operación de concentración económica puede durar en promedio de cuatro a seis meses contados desde la fecha de presentación hasta que se emite una decisión de aprobación.

El Reglamento otorgó a la Superintendencia el derecho a determinar tasas oficiales por la evaluación de una notificación de concentración. El 9 de mayo de 2013, la Superintendencia publicó regulaciones que contienen los parámetros que habrán de usarse para determinar las tasas que se cobrarán por procesar cada notificación de concentración. Esas regulaciones establecen que dichas tasas será el valor más alto resultante de aplicar los siguientes parámetros:

- a. 0,25% del impuesto a la renta (pagado en el anterior ejercicio fiscal en el Ecuador);
- b. 0,005% de las ventas (obtenido en el anterior ejercicio fiscal debido a sus actividades en el Ecuador);

- c. 0,01% de los activos en el Ecuador; o
- d. 0,05% del patrimonio en el Ecuador.

A continuación, se detalla un resumen de las operaciones que han sido notificadas al regulador de competencia en el Ecuador desde la promulgación de la Ley:

<i>Operadores</i>	<i>Industria</i>	<i>Año</i>
Nutreco/Gisis	Alimentos balanceados para peces	2013
Metlife/Génesis	Seguros	2013
Veolia/Interagua	Servicios de agua	2013
Arca/Toni	Alimentos y Bebidas	2014
Cabcorp/Tesalia	Bebidas	2014
Promerica/Produbanco	Financiero	2014
Nestlé/Ecuajugos	Bebidas	2014
Aercap/Aig	Financiamiento de aeronaves	2014
Bimbo/Supan	Pan	2014
Hapag-Lloyd/Csav	Transporte marítimo de línea	2014
Indura/Swissgas	Gas industrial	2014
AT&T/DirecTV	Telecomunicaciones	2014
Banco del Pacífico/Iece	Financiero	2014
LaFarge/Unacem	Cemento	2014
Burlingtoun/Chiquita	Banano	2014
Hamburg Sud/Ccni	Transporte Marítimo de Línea	2014
Corporación Favorita/Librimundi	Distribución de libros	2014

<i>Operadores</i>	<i>Industria</i>	<i>Año</i>
Abbott/CFR Pharmaceuticals	Farmacéutico	2014
Colonial/Seguros Oriente	Seguros	2014
Conecel/Ecuadortelecom	Telecomunicaciones	2015
Ab Electrolux/General Electric	Artefactos para el hogar	2015
Imbauto/Vallejo Araujo	Distribución de vehículos	2015
Yura/EPCE	Cemento	2015
Nokia/Alcatel-Lucent	Telecomunicaciones	2015
Sigma/Ecarni	Cárnicos	2015
Casabaca/Autoconfianza	Distribución de vehículos	2015
Casaracra SA/Unacem	Cemento	2015
Bolton Group SRL/Conservas Isabel	Producción de atún	2015
Corporación Favorita/Librimundi	Publicación de libros	2015
Hebei Iron & Steel/Ipac	Procesamiento de acero	2015
Bayer/Merck & Co.	Farmacéutico	2015
Cartopel/Esurusa	Empaquetado	2015
Juventud ecuatoriana progresista/Federación obrera del Azuay	Financiero	2015
Marjoram Riverside/Quiport	Concesiones aeroportuarias	2015
Halliburton/Baker Hughes	Servicios petroleros	2015
CMA-CGM/NOL	Transporte marítimo de línea	2016
Cooperativa Cacpe-Yantzaza/CACCCY	Financiero	2016

<i>Operadores</i>	<i>Industria</i>	<i>Año</i>
Prosegur/Tevcol/Tevsur/Tev logistic	Servicios de seguridad	2016
Hamburg KG/CCNI	Transporte marítimo de línea	2016
Anheuser-Bush/Sab Miller	Cerveza	2016
Cervecera Ambev Ecuador/Cervecería Nacional CN	Cerveza	2016
HNA group/Gate group holding AG	Catering aéreo	2016
Sherwin Williams/Valspar	Pinturas	2016
Seguros Sucre/Rocafuerte	Seguros	2016
Abastible/Repsol Butano	Lubricantes	2016
Colonial/Oriente Seguros	Financiero	2016
Banco del Austro/FIDASA	Financiero	2017

La Ley es severa respecto de la aplicación de multas por falta de notificación o la notificación tardía de transacciones sujetas a su control. El monto de las multas dependerá del estado de la transacción, una vez que el ente regulador inicia una investigación respecto de la falta de notificación. La notificación tardía (más allá del plazo de ocho días contados desde la celebración), por ejemplo, se considera una infracción leve a la ley. La ejecución de la transacción antes de la notificación o antes de la aprobación, por otro lado, se considera una infracción grave contra la ley. Finalmente, la celebración de actos o acuerdos antes de la notificación o antes de la aprobación se considera una falta muy grave contra la ley.

Las infracciones leves están sujetas a un 8% del volumen de negocios anual en el Ecuador de las entidades combinadas

durante el año anterior a la imposición de la multa, mientras que las faltas graves y muy graves están sujetas a un 10% y un 12% correspondientes al volumen de negocios anual, respectivamente. Estas multas, tomadas (e incluso aumentadas) del régimen español, poseen una particularidad. Si bien el Reglamento a la LORCPM habla de que las multas deberán aplicarse sobre el volumen de negocios del mercado relevante (producto y geográfico) afectado por la conducta anticompetitiva sancionada (en este caso, la falta de notificación), la LORCPM habla de que la multa se calculará sobre la totalidad del volumen de negocios.

Si bien existe una tensión natural entre el principio constitucional de proporcionalidad y proveer disuasivos económicos suficientemente sustanciales para obligar a las empresas a cumplir la ley, multar a una empresa por la totalidad de sus ventas cuando la afectación a la competencia se produce en un mercado específico es, sin duda, irrazonable. Además de estas multas exorbitantes, y con el fin de restaurar el proceso competitivo, la Autoridad también puede ordenar que se reverse la transacción en caso de que los efectos de la transacción no notificada se consideren anticompetitivos. El tiempo que rige para que la Autoridad conozca las transacciones no notificadas prescribe en cuatro años desde la fecha en que se tiene conocimiento que una transacción sujeta a su control no fue notificada. El texto de la LORCPM sobre la prescripción es amplio, y no dice si el período de prescripción corre desde que el afectado o la SCPM tiene conocimiento de la infracción. Es entendible, en virtud de que la prescripción está provista como garantía del administrado, que deberá contarse desde que el denunciante tiene conocimiento de la infracción.

Esta discusión sería innecesaria si el texto de la Ley dijera específicamente que la prescripción se cuenta desde que el denunciante tiene conocimiento de los hechos. Sin embargo, esta interpretación deja una duda sustancial: ¿cómo se cuenta el pe-

riodo de prescripción para investigaciones de oficio? En estos casos, si bien no existe una solución legal, hay resistencia a la opinión de que la prescripción se contará desde que la autoridad conozca de la infracción, siendo que esto conduciría ineludiblemente a un período casi indefinido de prescripción, vaciando de sentido la disposición de la norma y dejando en inseguridad jurídica a los operadores económicos controlados por la SCPM.

El estudio del control de concentraciones en el Ecuador en estos primeros cinco años ha sido probablemente el que más desarrollo técnico ha reflejado la estructura del regulador de competencia. Desde la perspectiva del plazo para la notificación, el Ecuador se ha convertido en el punto de partida para las notificaciones de concentración de transacciones globales, y, en la mayoría de casos, la decisión más tardía dentro del contexto global. Merece la pena, por ello, estudiar una reforma en relación con el estrecho plazo de ocho días para presentar la notificación, considerando que es del interés de las partes presentar notificaciones con la mayor antelación posible para obtener la resolución en línea con los tiempos estimados para la transacción.

Un proyecto de ley fue enviado a la Asamblea Nacional en 2016, proponiendo eliminar el umbral monetario, motivado en el supuesto esfuerzo por simplificar los procedimientos de contratación en Ecuador. Se considera que esta posibilidad generaría incertidumbre y altísimo riesgo para futuras transacciones, particularmente las globales, donde el análisis económico de mercado relevante –y consiguiente valoración de su cuota del mercado– no se realiza típicamente, y sería imposible obtenerlo dentro del plazo de los 8 días de la conclusión del acuerdo. Esta reforma probablemente llevaría a que las partes tuvieran que notificar transacciones que de otra manera posiblemente no serían notificables, basadas en la preocupación de que una definición de mercado diferente podría llevarlos a una contingencia por no notificar en Ecuador.

## V. ANTITRUST Y COMPETENCIA DESLEAL

*Alberto Brown*<sup>1</sup>

### **Abstract**

Este artículo presenta una crítica a la actual estructura de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM). Existen características que distinguen de manera fundamental al derecho *antitrust* y al de competencia desleal, sin embargo la normativa de competencia ecuatoriana no ha logrado reflejar esta divergencia. La sustancia jurídica y económica de las instituciones normativas de cada disciplina, en definitiva, sus distintos orígenes, fundamentos, historia y objetivos, requieren de un tratamiento sustantivo, procesal e institucional diferenciado. Esto solo puede ser logrado a través de una cuidadosa reforma legislativa.

### **Palabras clave**

Ley de Control del Poder de Mercado, ley de competencia, Ecuador, *antitrust*, competencia desleal, *private enforcement*, derecho privado, derecho público, bienestar del consumidor, reforma legal.

El propósito de este artículo es la diferenciación de dos disciplinas reguladas por la Ley Orgánica de Regulación y Control

1. Abogado. Licenciado en Derecho en la Universidad de Navarra y LLM en NYU.

del Poder de Mercado (en adelante LORCPM)<sup>2</sup> y su Reglamento (en adelante RLOCPM)<sup>3</sup>. El derecho *antitrust* o antimonopolio (artículos 5 a 24 LORCPM) y el de competencia desleal (artículos 25 a 27 LORCPM), son dos disciplinas que persiguen objetivos distintos y que por tanto tienen un origen y una naturaleza distinta.

La promulgación de la LORCPM introdujo al Ecuador ciertos conceptos jurídicos foráneos. En este caso se trata de una innovación positiva porque supone una esperada modernización. El aspecto negativo de esta modernización es que fue realizada a través de una importación en bloque de fragmentos de ciertas normas positivas (p. ej. españolas) que a su vez eran adaptaciones de las normas originales (p. ej. francesas, alemanas, inglesas), sin necesariamente tener en cuenta ni su taxonomía ni su articulación con las normas preexistentes en el derecho ecuatoriano. Esto ha resultado en una recepción algo irreflexiva. Por ejemplo, se ha dado una aceptación sin reparos a que se aplique el mismo procedimiento y régimen sancionatorio a un caso de cartelización y a uno de inducción a la infracción contractual, o la necesidad de definir el mercado relevante en los dos tipos de casos citados.

Un análisis taxonómico, económico o histórico de cualquier concepto legal es inútil si no busca el mejoramiento y la simplificación de un sistema jurídico. La idea de este artículo consiste promover un análisis crítico de la forma en cómo se conciben las normas que rigen nuestro comercio. En relación con aquellas contenidas en la LORCPM, se quiere explorar la manera en que deberían encajar con el resto de nuestras instituciones jurídicas, con la finalidad de sugerir una aproximación más coherente con nuestro sistema de derecho público y privado. Se debe desmitificar el derecho de competencia e integrar su estudio en un marco comprensivo y transversal.

2. Registro Oficial Suplemento No. 555 del 13 de octubre de 2011.

3. Registro Oficial No. 697 del 7 de mayo de 2012.

## 1. RÉGIMEN VIGENTE DE REGULACIÓN DE MERCADO EN EL ECUADOR

La legislación que comprende las disciplinas de regulación económica sectorial (p. ej. telecomunicaciones, electricidad, finanzas), *antitrust*, competencia desleal, propiedad intelectual, protección de consumidores, ayudas públicas y limitaciones públicas a la competencia, será denominada de manera general como la de “regulación de mercado”. La pieza de legislación de regulación de mercado más relevante y novedosa que se encuentra vigente en el Ecuador desde octubre de 2011 es la LORCPM. Esta se ocupa principalmente de cuestiones relacionadas con el *antitrust*, la competencia desleal, las ayudas públicas y las limitaciones públicas a la competencia. La agencia administrativa encargada de aplicar estas normas es la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (en adelante SCPM).

Existen varios modelos posibles para el diseño estructural de un régimen de regulación de mercado<sup>4</sup>. Bajo el (i) modelo bifurcado judicial, una agencia administrativa especializada debe presentar reclamos formales ante la judicatura (sea ante juzgado/tribunal generalista o especializado), sujetos a derechos ordinarios de apelación. Bajo el (ii) modelo bifurcado administrativo, una agencia administrativa especializada de investigación debe presentar reclamos formales ante una agencia administrativa especializada de adjudicación. Bajo el (iii) modelo integrado administrativo, una sola agencia especializada lleva a cabo funciones de investigación, sustanciación y adjudicación. Para la SCPM se optó por el tercero, pero se considera que esta no fue una decisión acertada<sup>5</sup>.

4. Trebilcock, Michael J. y Iacobucci, Edward M., “Designing competition law institutions: values, structure, and mandate”, *Loy. U. Chi. L.J.*, N° 41, 2009, p. 455.

5. En este sentido, ver: Forrester, Ian S., “Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures”, *European Law Review*, N° 34.6, 2009, p. 817.

El primero de los modelos enumerados es eficiente y podría ser implementado en el Ecuador (como ha sucedido en Chile). Dicho modelo, que encaja mejor con las ideas formuladas en este artículo, es el más respetuoso con los derechos que debe garantizar cualquier democracia. Desafortunadamente, la estructuración de la SCPM en particular la ausencia de una separación funcional *real* entre sus órganos es de muy dudosa constitucionalidad<sup>6</sup>. Lo anterior es especialmente cierto si se considera que no existe un tribunal judicial independiente especializado, o en su defecto jueces especializados en los tribunales ordinarios, que no se limiten a realizar un mero examen formal de legalidad<sup>7</sup>. El argumento de que el modelo integrado es el utilizado para el *enforcement* del derecho comunitario de la Unión Europea no es suficiente para justificar su conservación en nuestro país<sup>8</sup>.

Ningún juez o tribunal ecuatoriano tiene competencia original sobre las cuestiones reguladas en la LORCPM. Puesto de otra manera, los tribunales contencioso administrativos solo son competentes para revisar las decisiones de la SCPM y los jueces civiles para liquidar los perjuicios derivados de una infracción a la LORCPM. Esto queda claro de la lectura de los artículos 37, 38, 53, 69 y 71 LORCPM. Las normas referidas son determinantes en cuanto a que califican al acto sancionador previo dictado por la SCPM como requisito *sine qua non* de procedibilidad para acciones de indemnización de daños y perjuicios (el artículo 79 RLORCPM ratifica esta interpretación del artículo 71 LORCPM). Por lo tanto, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no reconoce la existencia de *stand-alone actions* (cuando el tribunal civil que conoce sobre la controversia puede declarar la infracción de

6. Ver artículos 76.7 (c) (k) y (m) de la Constitución de la República del Ecuador. Artículos 31 y 150 del Código Orgánico de la Función Judicial. Ver también notas al pie No. 4 *supra* y No. 7 *infra*.
7. Kovacic, William E. y López-Galdos, Marianela, "Lifecycles of Competition Systems: Explaining Variation in the Implementation of New Regimes", *Law & Contemp. Probs*, N° 79, 2016, p. 85.
8. Geradin, Damien y Petit, Nicolas, "Judicial review in European Union competition law: A quantitative and qualitative assessment", *TILEC Discussion Paper No. 2011-008*, 2010.

competencia y a continuación adjudicar daños dentro del mismo juicio), sino solamente de *follow-on actions* (cuando el tribunal civil debe esperar la declaración previa de infracción por la agencia o tribunal con competencia exclusiva para adjudicar daños).

La competencia judicial determina el ámbito jurídico dentro del que cada juez puede ejercer su poder en razón del territorio, la materia, los grados y las personas. Cabe destacar que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 157 del Código Orgánico de la Función Judicial, la competencia en razón de la materia se rige por el principio de legalidad por lo que necesariamente debe estar delimitada por la ley<sup>9</sup>. A los tribunales ordinarios, especialmente civiles, no se les reconoce competencia alguna en el marco de las conductas tipificadas en la LORCPM. No se ha encontrado decisión alguna de la justicia ordinaria, posterior a la promulgación de la LORCPM, que trate sobre las materias reguladas por la misma, en ejercicio de competencia judicial original<sup>10</sup>.

Por otro lado, cuando la LORCPM señala a la SCPM como la única institución estatal competente para aplicar las normas de la LORCPM (poderes de investigación, sustanciación y adjudicación), en realidad va más allá y reviste a la SCPM de verdaderos poderes jurisdiccionales. Esta discusión trasciende, sin embargo, el alcance de este artículo.

No se considera correcto sustraer el derecho de competencia (tanto *antitrust* como competencia desleal) de la esfera del dere-

9. Véscovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Temis, Bogotá, 2006, p. 133.

10. Por ejemplo, la sentencia dictada por la Corte Nacional de Justicia el 1 de noviembre de 2012 (*J&P c. Nestlé*) trata sobre cuestiones de competencia desleal reguladas por la Ley de Propiedad Intelectual (derogada) anteriores a la entrada en vigor de la LORCPM. La sentencia de la misma Corte del 21 de septiembre de 2012 (*Prophar c. Merck*) tiene su origen en fuentes de responsabilidad extracontractual y ciertas prohibiciones contenidas en la Constitución de 1998. El caso *Recapt c. SCPM*, del 19 de octubre de 2017, fue decidido por la Corte Nacional de Justicia en casación, como consecuencia de una decisión administrativa de la SCPM.

cho privado, los jueces civiles deben ser capaces de conocer y adjudicar derechos sobre la base de estas normas, y no solamente en los términos del artículo 71 LORCPM. La legislación ecuatoriana es clara al respecto y lo impide.

## **2. LA COMPETENCIA DESLEAL EN LA LORCPM**

### **2.1 Diferencias fundamentales entre las normas *antitrust* y de competencia desleal**

El primer artículo de la LORCPM define sus objetivos de la siguiente manera: “[...] 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”. Más adelante, su artículo 4 se refiere, entre otros, a la defensa del interés general que prevalece sobre el interés particular, a la desconcentración económica, a la eficiencia de los mercados, al derecho a desarrollar actividades económicas, al comercio justo, a la autosuficiencia de alimentos, la redistribución de la tierra y el agua, o a la distribución equitativa de los beneficios de desarrollo, también como objetivos de la LORCPM. Se entiende que todos estos deben ser interpretados como objetivos de todas las normas contenidas en la LORCPM y su normativa secundaria.

A nivel internacional el debate sobre los objetivos de las leyes *antitrust* nunca ha dejado de ser agitado. Se ha discutido, hasta el cansancio, sobre sus objetivos económicos (conservar el proceso competitivo, promover el bienestar del consumidor, maximizar la eficiencia, fomentar el *consumer choice* o garantizar la libertad económica; que no siempre son compatibles) y sobre si dichas leyes deberían perseguir todos o solo algunos de estos,

también sobre sus objetivos políticos y sociales<sup>11</sup>. Además de los objetivos señalados en los artículos 1 y 4 de la LORCPM, debemos ir a los artículos 25<sup>12</sup> y 26<sup>13</sup> de esta Ley para descifrar los objetivos específicos del régimen de competencia desleal. De entrada, se producen contradicciones.

El artículo 25, así, se refiere a *todos* los actos deshonestos en el comercio, sin que se requiera acreditar conciencia sobre su realización, o que se requiera la acreditación de daño alguno (en perjuicio de competidores o consumidores), bastando la acreditación de la *potencialidad* del acto para ser dañoso (según lo establecido en algún lugar indeterminado de dicha Ley). Por su parte el artículo 26 requiere la acreditación de algún daño o al menos una lesión efectiva, se habla de *impedimento, restricción, falseamiento, distorsión o atentado* (no se habla de potencialidad), contra la competencia, la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores y usuarios.

Hacer una interpretación contraria, sin que se requiera la acreditación de algún tipo de lesión, sería dar carta blanca a la arbitrariedad. La potencialidad dañosa de un acto desleal quedaría al arbitrio del funcionario de turno, pudiendo prescindir de cualquier estándar ante la total ausencia de criterios para de-

11. Stucke, Maurice E., "Reconsidering antitrust's goals", *BCL Rev.*, N° 53, 2012, p. 551.
12. [LORCPM] "Art. 25.- Definición.- Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras. [...]  
La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley [...]".
13. [LORCPM] "Art. 26.- Prohibición.- Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios [...]".

terminar dicha potencialidad. Se está, entonces, ante la imposición injustificada de un régimen de responsabilidad objetiva.

Es posible que esta contradicción tenga su origen en una confusión conceptual entre los objetivos y naturaleza de las normas *antitrust* (en donde se realizan inferencias de potencialidad basadas en ciertos modelos económicos: p. ej. infracciones *per se* e infracciones por el objeto; que no son lo mismo) respecto a las de competencia desleal. Esta confusión también es puesta en evidencia a partir del lenguaje utilizado por el artículo 26 de la LORCPM (eficiencia económica, bienestar general).<sup>14</sup> Ciertas prácticas desleales (no todas) pueden afectar negativamente al interés general, pero de una manera distinta.

Más importante que poner en evidencia cualquier incoherencia semántica derivada de la lectura de las normas referidas, es crucial explicar la incorrecta caracterización de las normas que prohíben la competencia desleal en la LORCPM.

Alfaro afirma, en este sentido, que “lo que diferencia el ámbito de aplicación de las normas antimonopolio de las normas de competencia desleal tiene que ver con los efectos de la conducta. El derecho antimonopolio no debe aplicarse si la conducta carece de efectos en el mercado mientras que el derecho de la competencia desleal encuentra su aplicación con independencia de los efectos de la conducta sobre el mercado si los intereses de un competidor o de un consumidor se ven afectados por la misma”<sup>15</sup>.

Un tribunal español, por su parte, ha explicado que “no puede sostenerse, ni, en modo alguno, deducirse, la idea como se alega en la Sentencia de primer grado que, al no resultar los

14. El artículo 4 LORCPM habla también de la *desconcentración económica*.

15. Alfaro, J., “Derecho de la competencia y derecho de competencia desleal”, *Derecho mercantil*, 2014. Disponible en: <http://derechomercantilesana.blogspot.com/2014/01/derecho-de-la-competencia-y-derecho-de.html>

actos denunciados de la relevancia oportuna para afectar al interés general, debe determinar la inaplicación de la norma denunciada. Aunque ello así fuere (que no lo es) debe recordarse que, en su caso, tal modo de razonar dejaría sin la protección debida en aquélla a situaciones (con frecuencia, las más cotidianamente litigiosas en el ámbito de la Ley de Competencia Desleal) como la de autos en las que convergen los intereses de operadores del mercado”<sup>16</sup>.

Otamendi por su parte nos recuerda que, en general, el “acto de competencia desleal es el que implica competir, aunque de manera indebida. Los actos restrictivos tienen por finalidad el no competir, o competir menos, anulando el accionar del competidor. La ley de defensa de la competencia (*antitrust*) protege, como su nombre lo indica, a la competencia, es decir, al libre juego de la oferta y la demanda. El régimen de competencia desleal protege al competidor”<sup>17</sup>.

Sin entrar a la controvertida discusión sobre si el objetivo único de las leyes *antitrust* deba ser la protección del “bienestar del consumidor”, o de si sus objetivos deben ser más amplios, la LORCPM sin duda refleja (basta con leer sus principales artículos sustantivos en materia antimonopolio: 5, 7, 8, 9, 11 y 15), más allá de lo que pueda decir su exposición de motivos (o sus artículos 1 y 4), ser heredera de la tradición *antitrust* nacida en la década de 1980 y preocupada precisamente con la preservación del “bienestar del consumidor” en su sentido microeconómico.

La forma en cómo el derecho *antitrust* busca proteger el “bienestar del consumidor” se evidencia a través de la prohibición de conductas (p. ej. colusión entre competidores, monopo-

16. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 9-II-2005, AC 2005\140.

17. Otamendi, Jorge, “La competencia desleal”, *Revista jurídica Universidad de Palermo*, N° 3, 1998, p. 3. Ver también el discurso de Johannes Laitenberger, Director General de Competencia de la Comisión Europea, del 10 de octubre de 2017, en donde explica esta idea en los mismos términos.

lización) que se traducen en costos sociales evitables, que generalmente significan un incremento de precios para los consumidores. Cabe precisar que, según Posner “un costo social es la disminución del valor de la totalidad de los bienes económicos de la sociedad; un costo privado es la pérdida de una persona que se traduce en una ganancia correlativa de otra. Un costo privado supone una transferencia de riqueza pero no una disminución de la misma”<sup>18</sup>.

El término “bienestar del consumidor”

Significa el bienestar del comprador: los beneficios derivados por el comprador de bienes y servicios. El análisis antitrust tradicional se basa en conceptos marshallianos de análisis de equilibrios parciales. Este análisis se enfoca en un subconjunto de la economía, denominado el “mercado relevante”, en donde los compradores son los “consumidores”. La curva de demanda marshalliana compendia la demanda de los consumidores, tomando en cuenta precios, preferencias e ingresos como variables exógenas. En este análisis, el “bienestar del consumidor” es igual al excedente del consumidor. Esto es, la diferencia entre la cantidad que un comprador está dispuesto a pagar por un bien y la cantidad que realmente paga por él<sup>19</sup>.

Es así que el derecho *antitrust* moderno procura tutelar los bienes jurídicos que se le han confiado desde un marco teórico fuertemente enfocado en los precios de los bienes y servicios, busca evitar la reducción del excedente del consumidor. El derecho de competencia desleal tiene poco que ver con estas preocupaciones, sino más bien con evitar la desviación de clientela

18. Posner, Richard A., “Common-Law Economic Torts: An Economic and Legal Analysis”, *Ariz. L. Rev.*, N° 48, 2006, p. 735.

19. Orbach, Barak Y., “The antitrust consumer welfare paradox”, *Journal of Competition Law and Economics*, N° 7.1, 2010, pp. 133-164. Esta y todas las traducciones no especificadas son mías.

provocada por ciertos actos considerados deshonestos o desleales. Más allá de que un consumidor pueda ser engañado en cuanto al origen o las propiedades de tal o cual producto, cualquier sanción o remedio resultante de dicha infracción es ajeno a la promoción del “bienestar del consumidor” en sentido estricto. En sentido amplio también, especialmente cuando existe un régimen legal paralelo de protección del consumidor.

Se ve entonces por qué la LORCPM supuso la instauración de un régimen de regulación de mercado incoherente e ineficiente. Su incoherencia ha sido expuesta. Su ineficiencia radica en que para que una empresa pueda litigar en contra de un competidor desleal, debe demostrar que sus intereses coinciden con los de los consumidores en general. Los litigantes putativos también ven innecesariamente impedido su acceso a la justicia ordinaria. Sumado a esto, la LORCPM impone largos y costosos trámites, en donde de manera infundada las normas de competencia desleal se sujetan a los mismos procedimientos, sanciones y remedios previstos para las normas antimonopolio. Al final, las empresas están destinadas a enfrentar un interminable proceso de impugnación ante los tribunales contencioso administrativos y la Corte Nacional de Justicia, en donde no existen jueces especialistas en la materia<sup>20</sup>.

El ejemplo más esclarecedor de lo afirmado sobre los trámites administrativos de competencia desleal ante la LORCPM es la necesidad de pasar por una fase de definición de mercado, y la consiguiente elaboración de un estudio económico para el efecto. La definición de mercado solo es necesaria dentro del marco conceptual *antitrust* (y a veces ni siquiera allí) como consecuencia de su énfasis en cómo la conducta de los denunciados afecta a los precios en el contexto de la dinámica de un mercado determinado. Es por esto que en otros países ninguna ley de

20. El problema ha sido claramente expuesto con el tratamiento que el tribunal contencioso administrativo y la Corte Nacional de Justicia le dieron al caso *Recapt c. SCPM*. Esta situación puede suponer además la infracción del principio del doble conforme.

competencia desleal propiamente dicha prevé estos métodos innecesarios para la determinación de deslealtad de ciertas prácticas comerciales. En el derecho de competencia desleal ecuatoriano, la definición de mercado relevante es utilizada como una herramienta punitiva que sirve exclusivamente para el cálculo de multas.

En otros países de nuestra tradición jurídica y del *common law* se discute sobre el conflicto y las interacciones entre el derecho antimonopolio, de competencia desleal y los delitos civiles económicos (*economic torts*)<sup>21</sup>. Por ejemplo, cómo y por qué los delitos civiles económicos operan de manera distinta a las prohibiciones antimonopolio que limitan la libertad individual de los competidores para infligir daño económico a sus rivales comerciales<sup>22</sup>. ¿Por qué no se debería tener esta discusión en Ecuador?

Paradójicamente, la aplicación incorrecta y excesivamente agresiva de las normas de competencia desleal puede traducirse en la frustración de los objetivos que persiguen las leyes *anti-trust*. Si el derecho antimonopolio y el de competencia desleal son correctamente entendidos, pueden ser complementarios y beneficiosos.

## **2.2 Orígenes y objetivos del derecho de competencia desleal**

Las normas que prohíben los actos de competencia desleal, tal y como las hemos recibido, nacen del derecho civil común. Algunos de los primeros conceptos pertenecientes a esta disciplina fueron desarrollados por los tribunales civiles franceses

21. Stucke, Maurice E., “Book Review: Business Torts and Unfair Competition Handbook”, *World Competition*, N° 37.4, 2014, pp. 606-607.

22. Ong, Burton T-E., *Competition law and the common law of unfair competition. Diss.*, University of Oxford, Oxford, 2011.

(en la forma de la *concurrency déloyale*), como cuestiones de puro derecho privado y sin ningún otro fundamento legal que los artículos 1382 y 1383 del *Code* (hoy artículos 1240 y 1241)<sup>23</sup>, equivalentes a los artículos 2214 y siguientes del Código Civil ecuatoriano. Otras normas similares fueron desarrolladas por tribunales ingleses decimonónicos ocupados en el análisis de los *economic torts* (especialmente el *inducing breach of contract tort*)<sup>24</sup> o los derechos de propiedad derivados de los *trade secrets*<sup>25</sup>.

Es por lo tanto paradójico que hacia finales del siglo veinte y en las últimas décadas, la mayor parte de jurisdicciones latinoamericanas, que desde sus orígenes han sido fuertemente influenciadas por el derecho francés, hayan incorporado versiones similares de normas de competencia desleal muchos años después de su desarrollo jurisprudencial en Francia (desde mediados del siglo diecinueve), pero en la forma de infracciones de derecho administrativo que son investigadas y adjudicadas por la administración pública. Luego de la importación generalizada de estos conceptos jurídicos a través de la adopción de leyes modernas es importante repensar su posición en el derecho y en los mercados, así como su correcta clasificación legal, métodos de aplicación y propósitos prácticos.

No parece apropiado “administrativizar” cada una de las nuevas disciplinas que recibimos (p. ej. LORCPM) o que desarrollamos localmente (p. ej. Ley de Comunicación). De otra manera el país puede verse inmerso en una deriva antidemocrática resultante de dejar en manos de múltiples agencias administrativas la definición y adjudicación de derechos, sin que los ciudadanos puedan contradecir tal o cual determinación estatal de manera *real* y efectiva ante jueces independientes.

23. Derenberg, Walter J., “The Influence of the French Code Civil on the Modern law of unfair Competition”, *The American Journal of Comparative Law*, N° 1 (4), 1955, pp. 1-34.
24. *Lumley v Gye* (1853) 2 E&B 216. Ver también: Carty, Hazel, *An analysis of the economic torts*, Oxford University Press, New York, 2010: p. 30.
25. *Newbery v. James* (1817) 35 ER 1011.

Ya se ha mostrado cómo los artículos 25 y 26 LORCPM, de manera arbitraria (por estar injustificado en la teoría económica, en el derecho local o comparado), inauguran en el Ecuador un sistema de competencia desleal bajo un régimen de responsabilidad objetiva. Según los criterios que serán expuestos más adelante, se podrá ver que pocas de las conductas enumeradas en el artículo 27 LORCPM, el catálogo no exhaustivo de conductas desleales, podrían ser justificadamente sujetas a un régimen de responsabilidad objetiva, en particular los actos de confusión y engaño.

Sobre la responsabilidad objetiva en derecho ecuatoriano es especialmente relevante la autoridad de la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Comité Delfina Torres Vda. de Concha c. Petroecuador et al*<sup>26</sup>. Luego de su análisis, se observa que por más agresiva que sea la conducta competitiva de un empresario en el mercado, los actos desleales en los que podría incurrir difícilmente reunirían los elementos requeridos por la Corte Suprema para la aplicación de la “teoría del riesgo”, así como difícilmente podríamos encontrarnos ante casos en donde la prueba de la culpa fuera “casi imposible o muy difícil para la víctima”<sup>27</sup>. Es precisamente el competidor afectado quien dis-

26. SCSJ 29 de octubre de 2002. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. P. 3011.

27. *Ibidem*. Considerando vigésimo: “Los que son hipotéticos o eventuales no son resarcibles. En materia de daños es insuficiente alegar un perjuicio en abstracto o una mera posibilidad; es necesaria la prueba del perjuicio real y efectivamente sufrido; los daños que no se han demostrado procesalmente, con elementos de convicción que exteriorizan un efectivo perjuicio, no existen jurídicamente. [...] La responsabilidad civil extracontractual, en nuestra legislación, es en esencia subjetiva; es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración. La culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto. [...] La multiplicidad de contingencias reales de peligros y riesgos que actualmente se advierten desdibujados por la insatisfacción y al margen de toda idea resarcitoria, llevó a una lenta evolución de elementos y conocimientos que facilitaron a los sistemas jurídicos más avanzados a ingresar a regímenes de socialización de riesgos conducentes a que la víctima del riesgo no quede desamparada. Esto dio origen a la teoría del riesgo, según la cual quien utiliza y aprovecha cualquier clase de medios que le brindan beneficios, genera a través de ellos riesgos sociales, y por tal circunstancia debe asumir la responsabilidad por los daños que con ellos ocasiona, pues el provecho que se origina en dicha actividad tiene como contrapartida la reparación de los daños ocasionados a los individuos o sus patrimonios. Es el riesgo provecho, que tiene su origen en la máxima

pone de mayor y mejor información sobre el acto desleal imputado. Los actos de competencia desleal no cumplen los elementos que el derecho requiere para ser caracterizados como generadores de responsabilidad objetiva.

Se podría argumentar que debe diferenciarse entre la responsabilidad derivada de una infracción administrativa, y aquella derivada de un delito civil, sin embargo, en relación con la competencia desleal esta distinción sería artificial, como ya se explicó en la sección anterior<sup>28</sup>. Es preciso concentrarse en la sustancia de las instituciones que componen tanto el derecho *anti-trust* como el de competencia desleal, para luego intentar el diseño de su sistema de aplicación, y no al revés.

De cualquier manera, en este artículo se ha explicado también por qué la sede administrativa no es la más apropiada para ventilar controversias sobre competencia desleal. Excepto, quizás, aquellas controversias en donde existen indicios de una afectación estadísticamente relevante a los consumidores (generalmente aquellos actos generadores de confusión acerca del origen o propiedades de productos)<sup>29</sup> y donde se presentan

*romana ubi emolumentum ibi llus (allí donde se encuentra el beneficio está luego la responsabilidad)*. El riesgo de la cosa es un peligro lícito y socialmente aceptado como contraparte de los beneficios sociales o económicos que importa la operación, utilización o aprovechamiento de las cosas peligrosas. Para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado. Es la responsabilidad meramente objetiva. La teoría de la responsabilidad objetiva pura ha tenido poca aceptación en la legislación de la mayoría de los países y en la jurisprudencia de los tribunales extranjeros. Mayoritariamente se considera la necesidad de la culpabilidad como una exigencia de justicia con respecto al responsable. Pero como la carga de la prueba de la culpa resulta en la mayoría de los casos casi imposible o muy difícil para la víctima, se consideró la necesidad de revertir la carga de la prueba, en el sentido de que quien utiliza y, aprovecha la cosa riesgosa es al que le corresponde demostrar que el hecho dañoso se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por culpabilidad de un tercero o por culpabilidad exclusiva de la propia víctima. En otras palabras, se estableció la culpa presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño”.

28. Porque la mayoría de actos desleales enumerados en la LORCPM causan perjuicios eminentemente privados.
29. Carty, Hazel, *An analysis of the economic torts*, 2010, p. 225. Sobre el *tort of passing off* en el derecho inglés, del que en parte se derivan los modernos actos de competencia desleal

problemas de acción colectiva. Esto no equivale a equipararlas a las infracciones *antitrust*.

El establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva para los actos de competencia desleal tiene la capacidad de frustrar el proceso competitivo. Esta preocupación es la misma que ha sido frecuentemente identificada en la jurisprudencia *antitrust* preocupada por los falsos positivos en casos de abuso de posición dominante o monopolización<sup>30</sup> o, alternativamente, en la jurisprudencia sobre acuerdos restrictivos en donde se ha propuesto una aplicación más flexible de la regla de la razón para favorecer colaboraciones eficientes entre competidores<sup>31</sup>.

Es por esto que la jurisprudencia civil chilena<sup>32</sup>, por ejemplo, ha reconocido que un régimen fundamentado en la mera negligencia (cuasidelitos) no es apropiado para la imputación de responsabilidad por la comisión de actos de competencia desleal, ni se diga un régimen objetivo como puede verse a continuación.

---

enfocados en la confusión del consumidor. Ver también, Beebe, Barton, et al., *Trademarks, unfair competition, and business torts*. Wolters Kluwer Law & Business, 2014. Sobre el *statutory tort* de *false advertising* en el derecho americano.

30. *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 127 S. Ct. 1069, 1078 (2007); *Verizon Commc'ns, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 408, 414 (2004); *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 226–27 (1993); *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 458 (1993).
31. Ver, por ejemplo, *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*, 792 F.2d 210 (D.C. Cir. 1986).
32. Jurisprudencia chilena: *Copco con Capdevilla*, 2º Juzgado Civil de Santiago, 30 de enero de 2009, Rol N° 12216-2007, cons. 29º, confirmado por Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de enero de 2010, Rol N° 1414-2009, y rechazado recurso de casación en el fondo por Corte Suprema, 12 de noviembre de 2010, Rol N° 3655-2010; *Imperial Travel con Imperial Tours*, 20º Juzgado Civil de Santiago, 27 de enero de 2008, Rol N° 11535-2008, cons. 15º, confirmado por Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de enero de 2010, Rol N° 868-2009, y acogido recurso de casación en el fondo por Corte Suprema, 17 de agosto de 2012, Rol N° 2428-2010; *Prolam con Sánchez y Otros*, 8º Juzgado Civil de Santiago, 12 de julio de 2012, Rol N° 15139-2011, cons. 28º, confirmado por Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de abril de 2014, Rol N° 6335-2012, y rechazado recurso de casación en el fondo por Corte Suprema, 31 de julio de 2014, Rol N° 11531-2014.

El autor de un delito o de un cuasidelito perpetrado con culpa lata debería responder de todos los daños que fluyen del mismo, por imprevisibles o imprevistos que sean para el arquetipo de comportamiento pertinente. Este argumento es coherente con la jurisprudencia nacional. Ésta admite que las conductas dañinas deliberadas o gravemente culpables repercuten en una mayor indemnización de los perjuicios extracontractuales, particularmente tratándose del daño moral, atendida la discrecionalidad con que su reparación es administrada en comparación con los perjuicios materiales, los cuales requieren de un alto grado de precisión y suelen entrañar una difícil prueba, especialmente el lucro cesante. Sin embargo, el dolo –o, al menos, la culpa lata– es fundamental para indemnizar no solo los daños morales sino también los perjuicios patrimoniales en ciertos ámbitos específicos de la responsabilidad civil, como son los actos de competencia desleal y el ejercicio de acciones judiciales<sup>33</sup>.

Como explica Banfi:

El daño causado accidental o negligentemente a los contrincentes está justificado en cuanto efecto colateral, secundario e inevitable del ejercicio de la libertad de competir, la que beneficia a los consumidores. La competencia legítima suele ser agresiva. De ahí que la jurisprudencia chilena asevere que las empresas deben sobreponerse a sus competidores mediante estrategias comerciales e instrumentos de mercado. Por ende, la responsabilidad civil solo puede ser imputada tras una evaluación de los intereses en conflicto de víctima y dañador. El elemento decisivo es si el daño proviene de un acto de competencia legítima o, por el contrario, del abuso de la libertad de competir. El abuso del derecho está representado por la propia conducta anticom-

33. Banfi del Río, Cristián, “Restricción de la responsabilidad por cuasidelito civil a los daños directos previsibles por el autor al tiempo del hecho: Posibles implicancias para el dolo y la culpa lata”, *Ius et Praxis*, N° 22.1, 2016, pp. 527-554.

petitiva. A diferencia de otros ámbitos de la responsabilidad civil, los contendores no están vinculados por un deber de cuidado general ni particular. Es decir, el régimen indemnizatorio aplicable a los competidores no está ni puede quedar supeditado a la culpa ordinaria y menos podría desencadenar una responsabilidad estricta. Y si bien los rivales acostumbran dañarse incluso en forma deliberada, el dolo limita efectivamente el principio *neminem laedere*. Esto es, el dolo tiñe de ilicitud lo que de otro modo sería un comportamiento comercial legítimo, convirtiéndolo en un acto desleal o anticompetitivo<sup>34</sup>.

Distinguir claramente entre los distintos tipos de culpa y el dolo en materia extracontractual, según lo prevé el Código Civil, sería útil para una recepción apropiada de la competencia desleal en el sistema ecuatoriano de responsabilidad delictual civil.

La caracterización de los actos de competencia desleal como cuasidelitos en la LORCPM es incorrecta<sup>35</sup>, puesto que una imputación de responsabilidad por la comisión de un cuasidelito civil no es compatible con la naturaleza misma de la mayoría de actos de deslealtad enumerados por el artículo 27 LORCPM, ni con aquellos que pudieran deducirse de la cláusula general de competencia desleal, pues generalmente su comisión requerirá una voluntad deliberada o incluso maliciosa (p. ej. denigración, inducción a la infracción contractual, violación de secretos empresariales, actos de comparación)<sup>36</sup>.

34. Banfi del Río, Cristián, “Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile”, *Revista chilena de derecho*, N° 41.1, 2014, p. 39.

35. [Artículo 25 LORCPM, tercer inciso:] “[...] La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley [...]”.

36. SCSJ 29 de agosto de 2001. Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 7. P. 1853: “Las características fundamentales del cuasidelito en nuestra legislación civil, se individualizan como: a) Son una de las fuentes de las obligaciones; b) La responsabilidad a que dan lugar

Se produce, pues, una inevitable situación de indefensión causada por la incertidumbre existente en cuanto a la competencia para conocer reclamos planteados por aquellas personas o empresas que no hayan sido víctimas de actos desleales cuando estos no “atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios” (p. ej. la violación de secretos empresariales). ¿Es competente solamente la autoridad administrativa de propiedad intelectual? ¿Son competentes los jueces ordinarios? ¿Qué jueces? ¿Qué decir, por ejemplo, de aquellos actos desleales incluidos en el catálogo del artículo 27 LORCPM o de otros actos desleales que encajen en la cláusula general de prohibición de la competencia desleal (primer inciso del artículo 26 LORCPM) que no pueden ser caracterizados como “cuestiones relativas a la propiedad intelectual” (p. ej. la inducción a la infracción contractual o la violación de normas)?<sup>37</sup>.

### 3. REFORMAS SUSTANTIVAS E INSTITUCIONALES

La SCPM necesita enfocarse y definir sus prioridades para que su existencia pueda ser justificada. Esta observación ya ha sido realizada:

La Superintendencia ha dedicado un gran esfuerzo a actividades que no tendrían una conexión estrecha con su prin-

---

es extracontractual; c) Se trata de hechos ilícitos culposos cometidos por una persona; d) Debe haber una relación de causalidad entre tales hechos culposos y el daño, patrimonial o no patrimonial, inferido a otro; e) Aunque el delito es cometido con intención de dañar, es decir con dolo, y el cuasidelito sin tal intención, pero sí con culpa, la ley no distingue esta diferente situación de intencionalidad para efectos de la responsabilidad del hechor; f) Esta responsabilidad se concreta en la obligación de indemnizar a la víctima por el daño o perjuicio sufrido, obligación que debe entenderse como la manera de reparar dicho daño o perjuicio”.

37. [Artículo 26 LORCPM, segundo inciso:] “Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia”.

cipal tarea (esto es, “asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia”) o que, teniendo conexión con ella, su utilidad para el proceso competitivo estaría en tela de duda. [...] Esta distracción ha atenuado los esfuerzos que la Superintendencia podría haber empeñado en acciones cardinales para proteger el proceso competitivo<sup>38</sup>.

Las reformas legislativas necesarias en el Ecuador para producir un régimen de regulación de mercado eficiente, asequible y coherente deben empezar por reformas a la LORCPM o bien por su sustitución, dándole a la SCPM (o alguna otra entidad equivalente) una razón de ser que responda al espíritu que le dio origen: la aplicación y desarrollo del derecho antimonopolio o *antitrust* (independientemente de si se persigue el “bienestar del consumidor”, una aproximación más bien estructural, etc.). Las autoridades de competencia no existen para actuar como legisladores paralelos. Estas reformas deben crear una situación en donde tanto la SCPM como los jueces tengan una misión clara y competencias claras, meta todavía lejana.

Desde una visión reformista, todo el capítulo de competencia desleal de la LORCPM debe ser eliminado. El lugar adecuado para incorporar una prohibición general de competencia desleal junto con un catálogo de actos desleales podría ser el Código de Comercio<sup>39</sup>, para que los casos derivados de estas normas sean decididos por los jueces civiles aplicando las normas del derecho civil y mercantil común.

Aquellos actos desleales susceptibles de afectar al interés

38. Andrade Cadena, Xavier, “¿Es la autoridad de competencia una entidad dispersa?”, *Noticias de competencia*, N° 15, 2016. Disponible en: [http://www.andradeveloz.com/descargas/competencias/noticias\\_de\\_competencia\\_no.\\_15-2016\(2\).pdf](http://www.andradeveloz.com/descargas/competencias/noticias_de_competencia_no._15-2016(2).pdf)
39. Otra solución más compleja podría consistir en incorporar la totalidad de ilícitos *antitrust*, como sucede en el nuevo Código de Comercio francés de 2007, junto con los ilícitos desleales en un moderno código de comercio, o quizás en un nuevo código civil, como el holandés de 1992, donde la distinción entre el derecho civil y mercantil ha desaparecido.

general o a los consumidores de manera masiva, son generalmente aquellos que producen confusión (los actos de imitación, engaño, comparación indebida, no son sino subcategorías) acerca del origen o las propiedades de productos o servicios, y por lo tanto históricamente propios del derecho de propiedad intelectual. Ante la ausencia de acciones colectivas eficaces y de tribunales mercantiles con una competencia lo suficientemente amplia, se deberían atribuir las competencias relacionadas con estos problemas a la autoridad administrativa de propiedad intelectual, evitando así mayor divergencia sustantiva entre las materias (actos de confusión y protección marcaría), hasta ejecutar una reforma integral. Las prácticas catalogadas en el artículo 27.10 LORCPM le deberían competir a la autoridad de protección del consumidor.

Una agencia de defensa de competencia como la SCPM debería tomar la forma de una fiscalía encargada de la aplicación del derecho antimonopolio en sentido estricto (además del régimen de ayudas públicas y limitaciones públicas a la competencia), independientemente de que sus demandas sean presentadas ante un (i) tribunal especializado perteneciente al poder judicial, o ante (ii) tribunales ordinarios con una amplia competencia que cuenten con jueces especialistas (p. ej. las decisiones de los tribunales provinciales apelables ante la Corte Nacional de Justicia)<sup>40</sup>. En aras de la eficiencia y la tutela judicial efectiva, los jueces civiles y mercantiles deben ser capaces de conocer reclamos en donde acciones conexas, sean estas de propiedad intelectual, contractuales, extracontractuales, de competencia, o reglas de regulación de mercado en general, puedan ser acumuladas y resueltas en un mismo juicio.

40. Como sucede en Francia, cuna del derecho administrativo, en donde las decisiones de la *Autorité de la concurrence* son apelables ante un tribunal civil, la Corte de Apelaciones de París.

Sobre la calidad de decisiones en materia antimonopolio originadas en la jurisdicción judicial ordinaria:

Las objeciones generalmente formuladas en contra de tribunales especialistas, al menos en cuanto tiene que ver con casos antimonopolio, no son abrumadoras, mucho menos insuperables. Si todos los casos antimonopolio –o quizás solo aquellos casos de apelación frente a decisiones de una autoridad de competencia- deben ser seleccionados para su resolución por un tribunal especialista depende enteramente de la premisa de que la evidencia económica en tales casos pueda ser mejor entendida y analizada por jueces que repetidamente tratan con casos de la misma especie. Existe poca evidencia disponible para evaluar la hipótesis de que jueces sujetos a una exposición repetida a casos antimonopolio tienen un mejor desempeño que sus contrapartes que carecen de tal exposición<sup>41</sup>.

En los Estados Unidos, por ejemplo, se ha encontrado evidencia de que las decisiones antimonopolio de la *Federal Trade Commission* son apeladas y anuladas por las Cortes de Apelaciones con mayor frecuencia que las decisiones de los jueces federales de instancia<sup>42</sup>.

En materia de competencia desleal la evidencia empírica es incontestable, en países como Chile, Argentina, España, Francia, Alemania o Italia, por citar algunos, los jueces civiles de primera instancia conocen y resuelven casos de competencia desleal todos los días. En Francia e Italia, por ejemplo, el abuso de una posición de dependencia económica (artículo 10 LORCPM) ha sido tipificado como un ilícito civil de competencia de la justicia

41. Ginsburg, Douglas H. y Wright, Joshua D., “Antitrust Courts: Specialists versus Generalists”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 36, No. 4, 2013.

42. Wright, Joshua D., y Diveley, Angela M., “Do expert agencies outperform generalist judges? Some preliminary evidence from the Federal Trade Commission”, *Journal of Antitrust Enforcement*, N° 1.1, 2012, pp. 82-103.

ordinaria, pudiendo las autoridades (administrativas) de competencia intervenir en caso de que dicho abuso sea susceptible de generar efectos adversos similares a los causados por ilícitos *antitrust*<sup>43</sup>.

En las palabras de Oliver W. Holmes, “la vida del derecho no ha sido la lógica: ha sido la experiencia”<sup>44</sup>. La más relevante es la experiencia de los jueces. Han transcurrido ya seis años desde la promulgación de la LORCPM, durante los que los garantes de los derechos ciudadanos, los jueces, han sido excluidos del conocimiento de importantes cuestiones jurídicas que afectan de manera fundamental a la economía y al derecho privado. Este es un componente importante del debate que hubo en Europa en el marco de la directiva de modernización para *privatizar* en gran medida el derecho de competencia comunitario,<sup>45</sup> y es la discusión que está teniendo lugar hoy en Canadá.<sup>46</sup>

43. Zabaleta Díaz, Marta, “El abuso de una situación de dependencia económica, ¿ilícito *anti-trust* o ilícito desleal?” *Actas de derecho industrial y derecho de autor XXVI*, Instituto de Derecho Industrial, Santiago de Compostela, 2006, pp. 339-380.
44. Holmes, Oliver Wendell, *The common law*, Harvard University Press, Harvard, 2009, p. 1: “The life of the law has not been logic; it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics”.
45. Woods, Donncahdh; Sinclair, Ailsa y Ashton, David, “Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead”, *Competition policy newsletter*, Dublin Castle, Dublin, 2004, pp. 31-37. También en Águila-Real, Jesús Alfaro, “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, N° 3, 2009, p. 667.
46. Smith, Dale, “Barriers to private actions deemed too high Counsel should caution clients”, *Law Times*, 2017. Disponible en: <http://www.lawtimesnews.com/author/dale-smith/barriers-to-private-actions-deemed-too-high-13686/>



## VI. ACUERDOS RESTRICATIVOS EN ECUADOR: ¿CABE APLICAR LA REGLA *PER SE*?

Fabián Pozo Neira<sup>1</sup>

### Abstract

Este artículo analiza la aplicabilidad de la regla *per se* respecto de los acuerdos restrictivos de la competencia en el Ecuador. Tras analizar su origen y evolución en el derecho anglosajón y europeo, así como la normativa constitucional y legal ecuatoriana, se concluye que la regla *per se* no existe en el derecho ecuatoriano, que acoge en su lugar la distinción entre prácticas restrictivas “por su objeto” y “por su efecto”, originaria del derecho comunitario europeo.

### Palabras clave

Derecho de la competencia, Ecuador, regla *per se*, prácticas restrictivas, objeto y efecto.

1. Socio en Gottifredi Pozo Abogados. Miembro del Grupo de Investigaciones en Derecho de la Competencia del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad San Francisco de Quito. Email: [fpozo@gottifredipozo.com](mailto:fpozo@gottifredipozo.com)

## 1. EL PROBLEMA: ¿EXISTE LA REGLA *PER SE* EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECUATORIANO?

En Ecuador, es común la referencia a las llamadas regla *per se* y regla de la razón como estándares para la evaluación de las conductas y acuerdos acusados de ser anticompetitivos. La autoridad de competencia ecuatoriana (Superintendencia de Control del Poder de Mercado, SCPM), ha llegado inclusive a aplicar esta distinción a prácticas de competencia desleal por actos de engaño<sup>2</sup>, endureciendo aún más nuestro ya extremadamente riguroso sistema de competencia desleal. Sin embargo, poco se ha reflexionado sobre la validez y existencia misma de estos estándares en el derecho ecuatoriano –particularmente, de la regla *per se*– en el cual ciertamente no existe referencia alguna a ellos.

Esto se debe, en gran medida, a que la distinción entre regla *per se* y regla de la razón proviene del derecho anglosajón, mientras que nuestra legislación es heredera de las leyes de competencia europeas, principalmente de la Ley de Defensa de la Competencia Española (LDCE) y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Las diferencias propias del derecho anglosajón con el derecho continental europeo y latinoamericano hacen que estas reglas no sean fácilmente adaptables al orden constitucional y legal ecuatoriano, ni a los principios del derecho administrativo sancionador aplicables.

No podemos olvidar que el derecho de la competencia en el Ecuador, es parte del derecho administrativo, y como tal, las actuaciones de control y sanción de parte de la autoridad son parte del ejercicio del *ius puniendi* estatal, sujeto a las reglas y garantías del debido proceso previstas en la Constitución. Así lo

2. Textualmente se ha dicho sobre los actos de engaño que: “[e]sta práctica desleal es independiente del potencialmente daño que pudo ocasionar en el mercado [y] se la sanciona de manera ‘*per se*’, de conformidad con la ley”. Resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de 15 de junio de 2017, dictada dentro del expediente SCPM-CRPI-005-2017.

han recordado las primeras sentencias de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo al resolver dejar sin efecto varias resoluciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM).

En materia de acuerdos y prácticas restrictivas, el caso ecuatoriano es más cercano a la distinción que hace el derecho europeo entre prácticas restrictivas por su objeto y por su efecto. Por esto, al aplicarse sin matices la llamada regla *per se*, se podría viciar de inconstitucionalidad e ilegalidad las decisiones de la SCPM.

En efecto, como se expondrá en este texto, ni la Constitución ni la propia Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) dan cabida a la existencia de una regla *per se*. Esto ni siquiera en los casos de cartelización y acuerdos restrictivos de la competencia, en los que opera una presunción de hecho y una inversión de la carga de la prueba. Lo anterior, a pesar de ser razonable y común en el derecho de la competencia comparado, no deja de ser de dudosa constitucionalidad.

## 2. LA REGLA *PER SE*: ORÍGENES Y APLICACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

### 2.1 La regla *per se* en el derecho anglosajón

La regla *per se* es utilizada en la jurisprudencia norteamericana<sup>3</sup> para analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuya naturaleza y efecto se consideran evidentemente anticompetitivos, por lo que no se requiere realizar un estudio de las características

3. La regla *per se* es establecida esencialmente de los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema norteamericana en los casos *United States vs. Trenton Potteries Co.* (1927) y *United States vs. Socony Vacuum Oil Co.* (1940), aunque se pueda rastrear su origen inclusive a decisiones previas como *United States v. Trans-Missouri Freight Association* (1897).

y situación del mercado específico en particular, para concluir que son ilegales<sup>4</sup>.

Al enfrentar una práctica *per se* prohibida, corresponde a la autoridad investigadora probar únicamente la existencia fáctica de la conducta, sin considerar sus efectos en el mercado. En consecuencia, en el caso de que una práctica sea juzgada bajo la regla *per se*, la única defensa posible para el operador económico investigado es negar la existencia de la práctica, ya que ningún argumento respecto de los beneficios de la misma sería admisible<sup>5</sup>.

El fundamento económico detrás de esta regla consiste en que existen algunas prácticas –generalmente acuerdos horizontales– que se consideran siempre económicamente nocivos. En palabras de Gagliuffi:

Según la regla *per se* algunos acuerdos anticompetitivos deben considerarse ilegales por sí mismos, de manera objetiva, absoluta y automática, sin importar su idoneidad o no, o si produjeron o no efectos perjudiciales en el mercado, motivo por el cual siempre serán sancionables. En otras palabras, bajo la regla *per se* ciertos acuerdos anticompetitivos en la modalidad de, por ejemplo, concertación de precios, revisten un carácter ilegal inherente debido a que no puede esperarse del mismo efecto beneficioso alguno, sino únicamente perjuicios para la competencia<sup>6</sup>.

La regla *per se* equivale entonces a una presunción de derecho<sup>7</sup> acerca de que una determinada práctica es contraria a la

4. Miranda Londoño, Alfonso, “El Régimen General de la libre competencia”, *Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial*, Bogotá, 1997, p. 35.

5. Bullard, Alfredo y Falla, Alejandro, “¡Prohibido prohibir! El fantasma de los precios sugeridos y la fijación de precios de reventa en el Derecho de la Competencia”, *Thémis, Revista de derecho*, N° 45, 2002, p. 216.

6. Gagliuffi, Ivo, “La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla *per se* o la regla de la razón”, *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, N° 12, 2011, p. 153.

7. Al respecto, la Superintendencia de Industrias y Comercio de Colombia ha sostenido que: “en nuestro ordenamiento no se encuentran consignados los supuestos de los sistemas de

libre competencia; por tanto, su aplicación procedería únicamente en los casos expresamente consagrados en la ley.

Esta regla proviene de las decisiones de la jurisprudencia norteamericana en los primeros años de vigencia de la Ley Sherman, en los que la Corte Suprema de ese país sostuvo que, a diferencia del Derecho Común (*Common Law*), la Ley Sherman condenaba todos los contratos que restringiesen el comercio, y no solo aquellos que lo hicieran razonablemente<sup>8</sup>. Sin embargo, ya desde entonces algunos magistrados consideraron que una lectura literal estricta de la norma llevaría a ilegalizar prácticamente toda transacción comercial debido a que todo acuerdo restringe en alguna medida la competencia<sup>9</sup>. Por ello se comenzó a aplicar un análisis casuístico de razonabilidad que hoy conocemos como regla de la razón<sup>10</sup>.

En ese contexto, la aplicación de la regla *per se* en los primeros años de la ley Sherman sufrió vaivenes importantes. A partir de la década de los 70, sin embargo, con las aportaciones de la Escuela de Chicago, la jurisprudencia norteamericana abandonó progresivamente la aplicación de prohibiciones *per se*, por lo que actualmente ha quedado reducida a la sanción de las llamadas “restricciones crudas” (*naked restraints o naked cartels*), como la fijación concertada de precios o de condiciones de comercialización en mercados concentrados, y la colusión en procedimientos de compras públicas.

---

las conductas *per se* anticompetitivas, así como tampoco el de la regla de la razón; no obstante, doctrinantes del derecho de la competencia, desarrollan análisis tendientes a equipararlos, representarlos, o justificar su aplicación en nuestro ordenamiento, en figuras propias, tales como la presunción de derecho y la presunción de hecho”. Derecho y política de la competencia en Colombia, OCDE, 2009, p. 22.

8. Kovacic, William y Saphiro, Carl. “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking”, *Journal of Economic Perspective*, Vol. 14, Nº 1, 2000.
9. Viscusi, W. Kip; Vernon, John M. y Harrington, Jr., Joseph E., *Economics of regulation and Antitrust*, 2ª. ed., The MIT Press, Cambridge, 1998, p. 123.
10. Fox, Eleanor, *Cases and Material son U.S. Antitrust in Global Context*, 3ª ed., American Casebook Series, 2012, p. 80.

Conforme la experiencia judicial y económica ha evolucionado, se ha asentado una tendencia actual a preferir la regla de la razón, revocando varios precedentes jurisprudenciales. Por ejemplo, las restricciones territoriales verticales fueron declaradas *per se* ilegales en 1967 en *United States v. Arnold Schwinn & Co.* Tan solo diez años después, no obstante, se revirtió ese criterio en *Continental TV. Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, luego del cual la Corte comenzó a revisar gran parte de las reglas *per se* hasta entonces establecidas.

La más reciente modificación al respecto ocurrió en el caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* del año 2007. En él, la Corte Suprema norteamericana estableció que las restricciones verticales de precios en adelante serían juzgadas bajo la regla de la razón, revocando el precedente establecido por casi un siglo en el caso *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, que determinó en 1911 la prohibición *per se* de la fijación de precios mínimos para la reventa (*retail price maintenance*), como una conducta contraria a la Ley Sherman.

En el caso *Leegin* la Corte Suprema norteamericana fue explícita en preferir el análisis casuístico. Se estableció un elevado estándar para aplicar esta regla, requiriendo “*considerable experience with the type of restraint at issue*” y “*demonstrable economic effect rather than... formalistic line drawing*” (*Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 887;2007). Además la Corte se ha mostrado dispuesta a revocar las reglas *per se* cuando no resulten justificables a la luz de la más reciente teoría económica y datos disponibles<sup>11</sup>.

11. En el caso *California Dental Ass'n v. F.T.C.*, 526 U.S. 756, 779 (1999) la Corte fue clara al decir: “The truth is that our categories of analysis of competitive effect are less fixed than terms like ‘*per se*’, [...] and ‘rule of reason’ tend to make them appear. We have recognized, for example, that ‘there is often no bright line separating *per se* from Rule of Reason analysis,’ since ‘considerable inquiry into market conditions may be required before the application of any so-called “*per se*” condemnation is justified”.

## 2.2 La regla *per se* en el derecho comunitario europeo

El derecho comunitario europeo mantiene un enfoque distinto que el norteamericano para la prohibición de las conductas anticompetitivas, enfocándose en la distinción entre conductas prohibidas *por su objeto* y aquellas prohibidas *por sus efectos*.

El primer párrafo del Artículo 101 (1) del TFUE tiene una redacción similar a la de la Sección 1 de la Ley Sherman, en cuanto prohíbe:

[...] todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.

Pero luego incluye un listado ejemplificativo no taxativo en el que menciona las siguientes conductas:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Sin embargo, este listado no implica que estas conductas sean sujetas a una prohibición *per se*, por cuanto el párrafo tercero del mismo artículo establece un sistema de exenciones aplicable a cualquiera de estos acuerdos, diciendo:

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.

Por esto, jurisprudencialmente se ha interpretado que no hay cabida para una regla *per se* –ni regla de la razón– en el derecho comunitario europeo<sup>12</sup> por cuanto el parágrafo 3) del mismo artículo 101 prevé exenciones aplicables para cualquier tipo de acuerdo que cumpla con las condiciones allí enumeradas. Siendo esto así, no puede hablarse de una prohibición *per se* al estilo anglosajón, cuando conviven en la misma norma aplicable una prohibición y las bases explícitas para sus excepciones. A diferencia de la tendencia de la Corte Suprema Norteamericana, sin embargo, la tendencia reciente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha tendido hacia un endurecimiento de los regímenes sancionadores, pues, sin llegar a reconocer la existencia de una regla *per se*, ha indicado que ciertas formas de

12. Al respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha comentado que en diversas sentencias ha reiterado el carácter dudoso de la existencia de la regla de la razón en el Derecho comunitario europeo. Véase: Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, caso T-122/99, *Métropole télévision et al. vs. Comisión*, sentencia de 18 de septiembre de 2001, párrafo 72.

colusión estarían siempre prohibidas, bajo el concepto de acuerdos restrictivos de la competencia por su objeto<sup>13</sup>.

Para efectos del análisis de la LORCPM ecuatoriana, vale mencionar que la redacción de los artículos 11 y 12 objeto de este análisis es muy similar a la del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia de España<sup>14</sup>, que contiene la misma estructura de prohibiciones y exenciones.

13. Véase al respecto el caso “*EXPEDIA*”, *C-226/11 Expedia, Inc. v. Autorité de la concurrence and Others* [2012] ECR 0000, párrafo 35 (citando los casos acumulados 56/64 y 58/64, *Consten and Grundig v. Commission* [1966] ECR 299; Caso C-272/09 P *KME Germany and Others v. Commission* [2011] ECR I-0000, paragraph 65; y Caso C-389/10 P *KME Germany and Others v. Commission* [2011] ECR I-0000, párrafo 75).
14. De hecho, el texto del artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio publicada en el Boletín Oficial del Estado (España) número 159 de 4 de julio de 2007 es prácticamente idéntico al del artículo 11 de la LORCPM, pues dice: “Artículo 1. Conductas Colusorias. 1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos. 2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley. 3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas 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 decisión previa alguna a tal efecto, siempre que: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas. b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) No consientan a las empresas participes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados. 4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE. 5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia”.

## 2.3 Ventajas y desventajas de las prohibiciones *per se*

Esencialmente, las ventajas de la aplicación de la regla *per se* se refieren a la economía procesal y de recursos invertidos en el desarrollo de un caso o investigación, pues las investigaciones pueden ser decididos más rápidamente, minimizando la inversión privada de los litigantes y terceros interesados, así como el costo y tiempo para el sector público en la persecución e investigación de una práctica económica nociva. En cambio, las desventajas de la aplicación de la regla *per se* pueden resumirse en que impide cambiar las concepciones teóricas y prácticas acerca de supuestos daños a la competencia de una u otra conducta, a raíz de avances tecnológico-científicos. Además, desincentiva la innovación y su aplicación a los procesos productivos por el efecto disuasivo de posibles sanciones. Igualmente, preocupa la afectación aplicable a operadores pequeños que no tienen real influencia en el mercado, cuyas acciones no afectan a los consumidores ni al sistema competitivo en general, y que la relación de la regla *per se* con el derecho a la defensa a los operadores investigados es constitucionalmente compleja, particularmente en constituciones de tipo “garantista”.

## 3. LA REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA EN LA LORCPM

### 3.1 La LORCPM distingue entre conductas restrictivas por su objeto y por sus efectos, en lugar de referirse a prohibiciones *per se*.

La LORCPM sanciona las prácticas restrictivas en su artículo 11, estableciendo en su primer párrafo una prohibición general y estableciendo posteriormente un listado no taxativo

de conductas particularmente prohibidas, de forma muy similar a la utilizada por el Art. 101 del TFUE y el artículo 1 de la LDC española, diciendo:

Artículo 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos 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 e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.

Desde un análisis de tipicidad, la redacción del artículo 11 contiene varios verbos rectores (impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general), que pueden conjugarse por medio de varias posibles modalidades (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 e intercambio de bienes o servicios), partiendo siempre de la existencia de una pluralidad de sujetos activos del ilícito (dos o más operadores económicos).

Asimismo, se distingue entre acuerdos horizontales y acuerdos verticales. Los primeros acuerdos restrictivos se dan entre operadores económicos ubicados al mismo nivel de la cadena productiva y por ende competidores reales o potenciales entre sí. Los segundos, por su lado, siendo acuerdos entre operadores económicos ubicados en distintos niveles de la cadena productiva, sin que necesariamente sean competidores entre sí.

En el caso de los acuerdos horizontales, la jurisprudencia y doctrina económicas tanto norteamericana como europea generalmente los ha considerado como más preocupantes que los acuerdos verticales, incluso, siendo sujetos de prohibiciones *per se* bajo la jurisprudencia norteamericana<sup>15</sup>.

### **3.2 La presunción establecida en el art. 8 del RLORCPM es una presunción de hecho, que afecta la carga de la prueba, pero no es una regla *per se*.**

Ahora bien, siguiendo la tendencia europea, una de las distinciones más importantes que se derivan de la redacción del artículo 11 de la LORCPM es la que se refiere a aquellas conductas prohibidas por su objeto, y aquellas prohibidas por sus efectos, debido a que esta clasificación incide en la asignación de cargas probatorias. Así, la situación procesal del investigado varía respecto de unas u otras, así como varía la asignación de cargas probatorias, debido a la vigencia y aplicación de los artículos 4 y 8 del Reglamento de Aplicación de la LORCPM (RLORCPM).

Siguiendo el criterio europeo, en el caso de las prohibiciones por su objeto, no llega a ser necesario que un acuerdo haya sido llevado a la práctica, bastando probarse que el mismo existió. Por otro lado, en las infracciones por su efecto, se requiere acreditar que el mismo afectó negativamente al funcionamiento del mercado.

15. Respecto de los precedentes norteamericanos pueden mencionarse, entre otros: *US v Griffith*; *Standard Fashion v Magrane-Houston*; *Standard Oil and Standard Stations v US*; *FTC v Motion Picture Advertising Service*; *Tampa Electric v Nashville Coal* y, por último, *US v Microsoft*. *Jefferson Parish Hospital v Hyde*; *Eastman Kodak v Image Technical Service*; *Illinois Tool Works v Independent Ink, Inc*. En el caso europeo, son relevantes los siguientes precedentes: *Decisión 88/138/CEE, Eurofix Bauco v Hilti*; *Decisión 92/163/CEE, TetraPak II y el caso T-201/04, Microsoft v Comisión*.

El artículo 4 del RLORCPM establece como criterio general de evaluación para las conductas sancionadas en la LORCPM un análisis casuístico en el que la carga probatoria se mantiene asignada a la SCPM, algo similar a la regla de la razón norteamericana, diciendo:

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.

Sin embargo, el art. 8 del RLORCPM a continuación establece una presunción de práctica restrictiva y la subsiguiente inversión de carga probatoria para algunas conductas sancionables por su objeto, diciendo:

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 práctica 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.

De la lectura de esta norma, es claro que, una vez probada la existencia de un acto o conducta concertada entre dos competidores de las listadas en este artículo, se establece una presunción acerca de que aquellas tienen “objeto” anticompetitivo, pero no se establece una presunción de ningún tipo acerca de que las mismas tengan “efecto” anticompetitivo.

Por esto, considero que se trata de una presunción de hecho *–iuris tantum–* y no de una presunción de derecho *–iuris et de*

*iure*– que excluye en sí misma cualquier equivalencia con la regla *per se* de la jurisprudencia norteamericana.

El derecho ecuatoriano solamente admite este tipo de presunciones y requiere que, en caso de las presunciones de derecho, éstas se encuentren explícitamente denominadas como tales en la ley. El Código Civil, define a la presunción en el artículo 32:

Art. 32.- Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Entonces, la presunción recogida en el artículo 8 del RLORCPM tiene como efecto el traslado de la carga de la prueba que originalmente le corresponde a la SCPM según el artículo 48 de la LORCPM hacia el investigado, quien aún en estos casos puede acogerse a las exenciones previstas en el art. 12 de la LORCPM, referentes a la generación de eficiencias en este tipo de acuerdos, debiendo probarlas.

### **3.3 La intendencia debe informar si acusa por prácticas restrictivas por su objeto o por su efecto al momento de la formulación de cargos**

Otro efecto sumamente importante –y generalmente inadvertido– de esta distinción es que, al momento de formular cargos contra un operador económico por una conducta del artículo 11 de la LORCPM, es indispensable que se distinga si se le acusa por una conducta presuntamente anticompetitiva por su objeto o por su efecto, así como informar si presume la existencia de un acuerdo o de una práctica concertada, para que este pueda defenderse efectivamente.

En el derecho comunitario europeo no necesariamente se exige que una acusación distinga en la tipificación de “acuerdo” y “práctica concertada”. Esto quiere decir que es posible proseguir bajo una suerte de “tipificación conjunta” cuando las infracciones incluyeran elementos de ambas modalidades<sup>16</sup>. Esto, sin embargo, no sería posible en el marco de la Constitución ecuatoriana de 2008 y de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que establece como una garantía judicial del debido proceso la “comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada”, habiéndose determinado en reiterada jurisprudencia que:

La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan<sup>17</sup>.

16. Van Bael, Ivo y Bellis, Jean Francois, *Competition Law of the European Community*, 3ª ed., CCH Europe 1994.

17. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005.

Asimismo, más allá del trasfondo económico de los casos en materia de competencia, es importante tener en cuenta que los procedimientos de investigación y sanción seguidos por la SCPM son procedimientos administrativos sancionadores, por lo que es aplicable el contenido del Art. 76 No. 7 letra m) de la Constitución. Este reconoce las garantías del debido proceso aplicables incluso en sede administrativa, entre ellas la presunción de inocencia, el derecho a contradecir argumentos y pruebas, a ser escuchado oportunamente en igualdad de condiciones, entre otras<sup>18</sup>.

Resulta difícil armonizar la regla *per se* con algunas de estas disposiciones jerárquicamente superiores. Así, de interpretarse que el artículo 8 del RLORCPM en concordancia con el art. 11 de la LORCPM constituyen prohibiciones *per se*, sería evidente que operó una presunción de culpabilidad en contra del investigado, que invirtió la carga de la prueba en forma contraria al principio constitucional de inocencia, más aún en etapas tempranas del procedimiento (investigación preliminar e investigación “formal”) en las que no existen pruebas, sino solamente indicios.

En forma similar, sería difícil armonizar la regla *per se* con la garantía del debido proceso referente al derecho a “ser escu-

18. Constitución de la República del Ecuador, 2008. “Art. 76. En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...]
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada [...]
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
  - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
  - b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
  - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. [...]
  - h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”.

chado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”, pues evidentemente la posición del investigado durante el procedimiento administrativo sancionador sería de desventaja, ya que le quedaría vedado presentar justificativos de eficiencia sobre los efectos reales o potenciales de los acuerdos acusados.

Tampoco podría armonizarse la regla *per se* con el derecho del investigado a contradecir y replicar los argumentos y pruebas de cargo durante todas las etapas del procedimiento, no solamente en sede judicial, porque la esencia misma de la regla *per se* implica que los investigados no puedan refutar la condición anticompetitiva de un acuerdo, ni siquiera basándose en argumentos económicos de eficiencia.

Finalmente, cabe recordar que, al tratarse de derecho administrativo sancionador, el Código Orgánico Integral Penal es la norma subsidiaria aplicable, en virtud del tercer párrafo de la Disposición General Primera de la LORCPM<sup>19</sup>. Por esto, en materia sancionatoria es plenamente aplicable el principio de inocencia reconocido en el COIP, que establece:

Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

4. Inocencia: toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario.

De tal manera que, durante el desarrollo de la investigación

19. “En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables” (Las referencias al Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal y Código Penal actualmente hacen referencia al Código Orgánico General de Procesos y Código Orgánico Integral Penal que sustituyeron posteriormente).

de parte de la SCPM, los operadores económicos no pueden ser considerados como presuntos infractores.

#### 4. CONCLUSIÓN: LA REGLA *PER SE* NO EXISTE EN EL ECUADOR

Por lo dicho en este texto, concluyo que, a pesar de su utilidad didáctica y académica, la distinción entre prohibiciones sujetas a la regla *per se* y regla de la razón no es aplicable en el derecho de la competencia ecuatoriano. Resulta más propio hacer énfasis en la distinción entre acuerdos y prácticas concertadas consideradas restrictivas “por su objeto” o “por su efecto”, en virtud de la cual se puede producir una inversión de la carga probatoria, correspondiendo al investigado probar la existencia de efectos pro-competitivos mayores a los anticompetitivos acusados, o la aplicabilidad de una de las exenciones previstas en la ley.

De no aplicarse la norma en ese sentido, podría viciarse de inconstitucionalidad a las decisiones de la SCPM, por contrariar las garantías del debido proceso previstas en el artículo 76 de la Constitución ecuatoriana.

*Acuerdos restrictivos en Ecuador. ¿Cabe aplicar la regla per se?*

## VII. EL COMPROMISO DE CESE: UNA HERRAMIENTA PERFECTIBLE

Gabriela Pérez<sup>1</sup>

### Abstract

El presente artículo aborda la figura del compromiso de cese en Ecuador. Se explicará los beneficios del uso de dicha herramienta para el mercado, los consumidores y las partes involucradas en el procedimiento de investigación, así como las desventajas que esta puede traer para el desarrollo del derecho de la competencia. Además, se compara brevemente las particularidades de la legislación ecuatoriana con aquellas de Estados Unidos, la Comisión Europea y Brasil. El análisis pone en evidencia una serie de problemas jurídicos y de implementación que podrían, a mediano y largo plazo, impedir que el compromiso de cese se convierta, en Ecuador, en una herramienta efectiva para corregir distorsiones en los mercados de forma adecuada y rápida. Incluye recomendaciones al respecto.

### Palabras clave

Compromiso de cese, LORCPM, SCPM, importe de subsanación, derecho de la competencia.

1. Abogada, graduada de la Universidad San Francisco de Quito. Cuenta con un Máster (LLM) por la Universidad de Georgetown en Negocios Internacionales y Derecho Económico. Durante los últimos seis años ha asesorado a prestigiosas empresas en Derecho de la Competencia, además fue asesora del Intendente General y Directora Nacional de Promoción de la Competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Email: [gabriela.perez@pragabogados.com](mailto:gabriela.perez@pragabogados.com)

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde su entrada en vigencia, en octubre de 2011, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado contempló la figura del compromiso de cese. En el Capítulo VII, dedicado íntegramente a este, se define a dicha herramienta como “propuesta de compromiso por medio del cual se comprometen en cesar la conducta objeto de la investigación y a subsanar, de ser el caso, los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores sus prácticas anticompetitivas”<sup>2</sup>.

La ley aspiraba a que el compromiso de cese se enmarcase en el objetivo de beneficiar y proteger al mercado y a los consumidores, en consonancia con los objetivos establecidos en la Constitución. Así, en los considerandos se citan diferentes artículos de la Carta Magna, entre ellos el 304, el 334 y el 335, que enfatizan la importancia de la intervención estatal para evitar el apareamiento de prácticas que alteren el buen funcionamiento del mercado<sup>3</sup>.

Desde sus inicios, la inclusión del compromiso de cese partió de que este es una herramienta eficiente para todos los actores envueltos. Epstein destaca que “el mecanismo de acuerdo les ahorra a ambas partes el riesgo y los costos de un juicio prolongado. Incorporar el acuerdo a la resolución final asegura que será ejecutable a lo largo del tiempo”<sup>4</sup>. En teoría, el compromiso de cese, de llevarse a cabo correctamente, tiene el mismo efecto corrector y reparador que una sentencia, con el adicional de que tanto el investigado como el ente controlador evitan incurrir en los gastos que conllevaría un proceso regular.

2. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial, suplemento 555, 13 de octubre 2011, p. 36.
3. *Ibíd*em, p. 3.
4. Epstein, Richard A., *Antitrust Consent Decrees in Theory and Practice*, Washington DC, AEI Press, 2007, p. 4.

Para Bellis, el éxito de los compromisos de cese estriba en la ausencia de multas, la falta de un hallazgo formal de infracción y en que permite a las partes elaborar medidas de subsanación que aborden de mejor manera las observaciones de la autoridad controladora, especialmente en ocasiones en que la autoridad carezca de la facultad de ordenar dichas medidas<sup>5</sup>. Idealmente, vendría a ser un acuerdo conveniente para todas las partes: el mercado vería las distorsiones aliviadas; el consumidor se beneficiaría por el fin de las prácticas anticompetitivas; el ente de control cumpliría con el objetivo para el que fue diseñado y ahorraría recursos y el investigado evitaría los costos de un proceso en el que podría ser hallado culpable. Sin embargo, este marco teórico está lleno de aristas que deben tomarse en cuenta.

Este modelo de compromiso de cese debe lidiar con diversos dilemas, que se derivan de cada uno de los actores involucrados en el proceso. En cuanto al mercado y a los consumidores, la gran interrogante es cómo, si es que uno de los objetivos es la subsanación, remediar el daño ocasionado de una forma eficiente y disuasoria; es decir, que solucione el daño ocasionado y, al mismo tiempo, que evite que el investigado, u otros agentes, vuelvan a llevar a cabo prácticas de ese tipo. Con respecto al ente de control, es importante que el compromiso de cese esté diseñado de tal manera que no distraiga a dicho organismo de su verdadero fin: el bienestar del mercado y del consumidor; por ejemplo, un sistema que incentivara al organismo a perseguir compromisos de cese, dejando a un lado la preocupación por el mercado y el consumidor o, peor aún, en oposición a éste, estaría mal planteado. En su crítica a la evolución de los acuerdos de cese en Estados Unidos, Ginsburg y Wright señalan que:

Los acuerdos de cese cuyos efectos dañinos son más obvios son aquellos con disposiciones significativas que reducen

5. Bellis, Jean Francois, *EU Commitment decisions: what makes them so attractive?* Organization for Economic Cooperation and Development, 2016, p. 4.

directamente el bienestar del consumidor. Puede haber desacuerdos razonables con respecto a si ciertas disposiciones de un acuerdo amplían los intereses de los consumidores; no obstante, un número significativo de acuerdos recientes en Estados Unidos y otras jurisdicciones incluyen disposiciones que muy probablemente perjudicarán a los consumidores. Denominamos a estos acuerdos, en tanto están reñidos con los objetivos de las leyes *antitrust*, como “abusos de poder” de parte de las autoridades de competencia<sup>6</sup>.

Por último, con respecto al operador económico investigado, es importante que este tenga los incentivos necesarios para cooperar, también con el fin último de contribuir al bienestar del mercado y de los consumidores; más allá del beneficio que implica ahorrar los recursos que demandaría un posible proceso, el investigado debería ver también un beneficio moral en el empleo del compromiso y estar convencido de la legitimidad del proceso. DeBow advierte sobre el problema que, a largo plazo, representan los acuerdos que son fruto de apreciaciones equivocadas de parte de las autoridades competentes o que son percibidos como injustos por los actores investigados<sup>7</sup>. La Unión Europea, en su documento “Commitment Decisions in Antitrust Cases” enfatiza que la participación de los involucrados es una de las claves para que un compromiso sea efectivo en tanto otorga legitimidad y facilita su implementación<sup>8</sup>.

6. Ginsburg, Douglas H. y Wright, Joshua D., “Antitrust Settlements: The Culture of Consent”, *George Mason Law & Economics Research Paper*, N°13-18, 2013, p. 3.
7. DeBow, Michael, “Judicial Regulation of Industry: An Analysis of Antitrust Consent Decrees”, *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1987, N°1, 1987, p. 361.
8. Organization for Economic Cooperation and Development. *Commitment of decisions in antitrust cases- note by the European Union*, 2016, p. 6.

## 2. DIFERENCIAS REGIONALES

Los sistemas legales de diferentes países ofrecen diferentes soluciones para estos dilemas. El sistema legal norteamericano no exige que el investigado, para optar por un compromiso de cese, reconozca el cometimiento de conductas anticompetitivas. Ante el costo moral que tiene para una empresa el admitir públicamente su comportamiento anticompetitivo, dicha exigencia sería poco conveniente. Disuadiría a los investigados de optar por un compromiso de cese y los expondría a una potencial causa civil por daños. Capobianco y Ogawa subrayan que una de las grandes ventajas de los acuerdos de cese es que, en tanto no exigen dicho reconocimiento, “reducen significativamente el riesgo de acciones dañinas subsiguientes en tanto los denunciantes no pueden basarse en la decisión para probar una infracción de la ley de competencia”<sup>9</sup>.

De esa forma, se genera un círculo virtuoso en el cual investigado y ente controlador se ahorran los recursos que requeriría un proceso, el mercado y los consumidores se ven beneficiados por el fin de la presunta práctica anticompetitiva, lo cual genera un mercado con una competencia cada vez más efectiva, que demanda el fin de prácticas anticompetitivas y, por ende, da pie a más investigaciones. Estados Unidos, en su documento “Commitment Decisions in Antitrust Cases- Note by the United States”, reseña este proceso de la siguiente manera: “se negocia el alcance de las medidas de remediación, se detalla una orden clara y ejecutable, y se alcanza un acuerdo entre las partes, las que admiten ciertos hechos para establecer jurisdicción, renuncian a sus derechos a cualquier procedimiento posterior y aceptan someterse a las disposiciones de la orden final”<sup>10</sup>. El ente controlador, a su vez, no tiene ningún incentivo

9. Capobianco, Antonio y Ogawa, Satoshi, *Commitment Decisions in Antitrust Cases*, Organization for Economic Cooperation and Development, 2016, p. 20.

10. Organization for Economic Cooperation and Development, *Commitment of decisions in antitrust cases- note by the United States*, p. 3.

para llevar a cabo procesos estériles, en tanto no le reporta ningún beneficio (“Commitment Decisions in Antitrust Cases- Note by the United States”<sup>11</sup>. Todos los beneficios señalados por Capobianco y Ogawa enfatizan las ganancias para el mercado y economía procesal; es decir, no existen incentivos para generar más burocracia. Adicionalmente, en Estados Unidos, tanto el Departamento de Justicia como la Comisión Federal de Comercio tienen la facultad discrecional de estipular una compensación monetaria<sup>12</sup>.

Cualquiera de las dos partes, tanto el agente económico investigado como el ente de control, puede rehusarse a perseguir o aceptar el compromiso de cese. La Comisión Europea<sup>13</sup> hace una clara distinción en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los artículos 7 y 9. En el artículo 7, la Comisión establece que existe una infracción que requiere una investigación a fondo. Por otro lado, en el 9, la Comisión no determina una infracción, pero comunica al actor investigado sus observaciones y preocupaciones, lo que abre la posibilidad de un compromiso de cese.

El sistema legal de la Comisión Europea no exige la aceptación de haber incurrido en la práctica o conducta investigada de parte del investigado. Enfatiza que lo importante es ajustar comportamientos futuros antes que castigar comportamientos pasados<sup>14</sup>. Parte de la suposición de que esta, con el consiguiente registro y el costo moral en imagen y prestigio del investigado, haría que el compromiso de cese resultara menos atractivo para los acusados. Según dicha apreciación, muchos actores preferirían, al verse obligados a aceptar su culpa, evitar el compromiso de cese y extender el proceso con aras a vencer y evitar el des-

11. *Ibidem*, p. 2.

12. Capobianco, Antonio y Ogawa, Satoshi, *Commitment Decisions in Antitrust Cases*, Organization for Economic Cooperation and Development, 2016, p. 29.

13. European Commission, “To commit or not to commit?”, *Competition Policy Brief*, N°3, March 2014, p. 1.

14. *Ibidem*, p. 4.

crédito. Por ello, en dicho sistema, el compromiso de cese implica la terminación y corrección de aquellas prácticas que la autoridad de competencia ha juzgado potencialmente dañinas para la competencia, sin necesidad de que el investigado reconozca formalmente el haber incurrido en dichas prácticas. Se juzga que, de esa manera, el sistema cuenta, además, con el incentivo para que los acusados corrijan su práctica a través de un compromiso de cese y, de esa forma, además de ahorrarse los costos de un proceso largo, evitan el costo en imagen y prestigio de un posible fallo desfavorable. Así, los beneficios para el mercado y los consumidores se tramitarían más rápido y con mayor frecuencia.

En el caso de Brasil, el Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia (SBDC), cuya entidad judicante es el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), tiene otras particularidades (LEI N° 12.529, 3). Este último parte de que existe la necesidad de remediar el daño ocasionado al mercado y a los consumidores, para lo cual la Ley 12.529, de forma expresa, prevé el pago de una contribución pecuniaria por parte del operador económico, cuando este sea aplicable. Se considera que este importe ayuda a subsanar el daño ocasionado. Así mismo, para evitar incentivar en el ente de control la persecución de acuerdos de cese antes que la del mejoramiento del mercado y la protección del consumidor, el dinero de las multas se destina al Fondo de Defensa de Derechos Difusos (entre ellos se cuentan medio ambiente, consumidor, bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisajístico, orden económico y demás derechos colectivos<sup>15</sup>).

Esta medida parte de la consideración, en la jurisprudencia brasileña, de que la sanidad del mercado y la libre competencia constituyen derechos difusos<sup>16</sup>. De esa manera, no existe un con-

15. Ministerio da Justica e Seguranca Publica, *Direitos difusos*, 2017, p. 1,

16. Zapater, Tiago, “Interesses Difusos como Direitos Fundamentais”, *Revista Sapere Aude*, N°8, 2013, p. 3.

flicto de intereses y se evita que el ente controlador investigue a actores, incluso cuando no haya un caso sólido, solo para obtener compromisos de cese y los fondos consiguientes, provenientes de las contribuciones pecuniarias. En caso de carteles, la cancelación de las contribuciones es obligatoria; en el caso de otras conductas, es discrecional<sup>17</sup>.

Respecto al reconocimiento de la conducta objeto de investigación por parte de la autoridad, la normativa brasileña al igual que la europea y americana, en el artículo 159 numeral 5 de las Regulaciones Internas del CADE establece que, con excepción de casos de acuerdos entre competidores que exigen el reconocimiento de la participación en la práctica investigada, la presentación de un compromiso de cese no implica una confesión respecto de los hechos investigados o un reconocimiento sobre la ilegalidad de la conducta<sup>18</sup>.

### **3. ECUADOR Y SUS PARTICULARIDADES**

En Ecuador, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado implementó el compromiso de cese amparado en la misma lógica de ofrecer una salida eficiente que beneficiara al consumidor, salvaguardara el mercado y disuadiera a posibles infractores. El Compromiso de Cese se encuentra regulado por el capítulo 8 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, artículos 89 al 93, y por el Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

La ley exige que los operadores económicos investigados lleven a cabo un reconocimiento de los hechos imputados o in-

17. Administrative Council for Economic Defense – CADE, *Internal Regulation of the Administrative Council for Economic Defense*, 2014, p. 72.

18. *Ibidem*, p. 70.

vestigados, a diferencia de las legislaciones a las cuales nos hemos referido anteriormente. Aunque dicha exigencia podría resultar poco atractiva para algunos operadores investigados y hacer que algunos de ellos se sientan injusticiados, probablemente los legisladores aspiraban, con este reconocimiento, a dotar de legitimidad al proceso y a la propia autoridad que acepta el compromiso. Adicionalmente, exige que los operadores, además de comprometerse a cesar las actividades perniciosas para el mercado, cancelen un importe de subsanación, algo que no está estipulado de forma expresa en la ley ni en el reglamento como sí ocurre en el caso de Brasil, pero que se incluye en el *Instructivo Para la Gestión y Ejecución de los Compromisos de Cese en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado*<sup>19</sup> (10).

Esta medida, a diferencia de una sanción definitiva, no debería perseguir un fin disuasivo; al contrario, en teoría, busca apenas remediar el daño causado, a los consumidores y al mercado, por el agente económico investigado. No obstante, al enfrentarse con la ya antes mencionada imposibilidad de determinar los montos exactos del daño y la identidad de los perjudicados, la ley opta por llevar a cabo un cálculo técnico cuyos mecanismos están detallados en el instructivo<sup>20</sup>. El cálculo, afirma el instructivo, se basa en los principios de eficiencia de los mercados, comercio justo y bienestar general, así como destaca que, conforme transcurre el tiempo del procedimiento de investigación, el monto del importe aumenta. Establece, además, que el importe debe depositarse en una cuenta corriente a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. En ningún momento se establece claramente de qué manera ese dinero servirá para subsanar el daño ocasionado; al contrario, el momento en el que dicha suma se convierte en un recurso de libre disponibilidad para el Estado, el compromiso de cese se

19. Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Instructivo Para la Gestión y Ejecución de los Compromisos de Cese en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado*, 2015, p. 10.

20. *Ibidem*, p. 14.

vuelve una fuente de ingresos para las autoridades y, por ende, podría llegar a existir un conflicto de intereses: entre perseguir el bienestar del mercado y de los consumidores, o generar ingresos para el Estado. En algunas ocasiones, ambos intereses podrán estar alineados, pero en muchas otras no.

En el caso de Ecuador, se observa un crecimiento, desde 2014, de la cantidad de investigaciones iniciadas y, especialmente, de la cantidad de compromisos de cese. En 2014, se iniciaron 79 procesos, de los cuales 8 derivaron hacia propuestas de compromiso de cese; 3 fueron aceptadas<sup>21</sup>. En 2015, de las 81 investigaciones iniciadas, 10 derivaron en una propuesta de compromiso de cese, de las cuales 7 fueron aceptados<sup>22</sup>. En 2016, en cambio, se iniciaron 142 investigaciones y 19 de ellas derivaron hacia propuestas compromisos de cese, de las cuales 10 fueron aceptadas<sup>23</sup>.

Al mismo tiempo, una de las principales críticas que se hacen, sobre todo en Europa, a la figura del compromiso de cese se refiere a la excesiva facilidad con la que las empresas pueden apelar a él. Ginsburg y Wright enfatizan el crecimiento que ha tenido el empleo del compromiso de cese, a tal punto que durante las últimas décadas más del 90% de las investigaciones han derivado hacia un compromiso de cese<sup>24</sup>. Ante tal proliferación de compromisos, aseguran los autores, es inevitable que se produzcan errores y desaciertos legales, causados por la laxitud con la que se emplea dicha figura<sup>25</sup>.

Adicionalmente, el compromiso de cese no genera jurisprudencia, en tanto la investigación nunca llega a ser concluida y

21. Superintendencia de Control del Poder de Mercado. *Rendición de Cuentas*, 2014, p. 58.

22. Superintendencia de Control del Poder de Mercado. *Informe de gestión*, 2015, p. 9.

23. Superintendencia de Control del Poder de Mercado. *Informe de Rendición de Cuentas*, 2016, p. 6.

24. Ginsburg, Douglas H. y Wright, Joshua D., "Antitrust Settlements: The Culture of Consent", p. 3.

25. *Ibidem*, p. 9.

no existe una resolución que sienta precedente. Esto constituye un obstáculo significativo para el desarrollo del derecho de la competencia y su corpus legal. Para Capobianco y Ogawa, a este déficit de jurisprudencia debe sumarse el declive indirecto de las habilidades forenses y de investigación, en tanto van perdiendo protagonismo en un entorno que favorece los compromisos de cese<sup>26</sup>.

Esta circunstancia resulta especialmente nociva cuando los compromisos de cese se refieren a empresas que ofrecen bienes y servicios referentes a nuevos sectores económicos y tecnológicos, en tanto retrasa el desarrollo de un marco jurídico que permita lidiar con dichos sectores, nuevos, que se encuentran en gran crecimiento. Gerardin y Mattioli sostienen que apelar excesivamente al recurso del compromiso de cese puede ser contraproducente, debido a que, quizás, esta no sea la herramienta adecuada para lidiar con cuestiones complejas y novedosas sobre las que aún existe poca jurisprudencia en el derecho de la competencia<sup>27</sup>.

#### 4. RECOMENDACIONES

En Ecuador, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado llevan menos de una década en operación, a diferencia de Europa, Brasil o Estados Unidos, donde instituciones similares operan desde mucho antes. Esto implica que, en el caso de Ecuador, la jurisprudencia en este campo aún se encuentra en una etapa de desarrollo. Por ello, sería conveniente que las autoridades competentes concentraran sus esfuerzos en resolver

26. Capobianco, Antonio y Ogawa, Satoshi, *Commitment Decisions in Antitrust Cases*, 2016, p. 18.

27. Gerardin, Damien y Mattioli, Evi, "The Transactionalization of EU Competition Law: A Positive Development?", *TILEC Discussion Paper No. DP 2017-035*, 2017, p. 17.

casos trascendentes, referentes al derecho de la competencia, que generen jurisprudencia. Para ello es necesario que las autoridades prioricen la investigación de casos importantes de afectación del mercado, sin apelar a un compromiso de cese. De lo contrario, si es que las investigaciones de mayor trascendencia continúan resolviéndose a través de compromiso de cese, en lugar de por medio de resoluciones sancionatorias, la escasez de jurisprudencia local se perpetuará.

Adicionalmente, por cuestiones de legitimidad, sostenibilidad y transparencia, es necesario que las autoridades expliquen de qué manera los importes de subsanación, una figura que no está contemplada en la ley ni en el reglamento respectivos, se emplean para remediar el daño ocasionado al mercado y a los consumidores. Sería ideal que se aclarase en qué se han empleado, en años recientes, los importes que ya se han recibido. En tanto esta medida no persigue un fin disuasivo, sino de mediación, lo justo sería que, si es que las autoridades no consiguen demostrar fehacientemente que no se está empleando para su fin expreso, se eliminara.

Adicionalmente, debería reformarse la ley para eliminar la exigencia de reconocimiento de haber incurrido en prácticas anticompetitivas previo a la aceptación de un compromiso de cese, en tanto este requisito va en contra del fin de la herramienta. Si es que el objetivo principal es incentivar a que el operador económico investigado corrija sus prácticas anticompetitivas y beneficie al mercado, dicha medida constituye un obstáculo. Esto se debe a que abre la puerta para que, más adelante, el investigado sea considerado reincidente, enfrente responsabilidades civiles y tenga un agravante en su contra en caso de verse nuevamente envuelto en una investigación. Quizás, al igual que sucede en otras regiones, eliminar este requisito aumente el alcance, extensión y el éxito de los compromisos de cese.

## VIII. EL PRIMER FALLO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR EN MATERIA DE COMPETENCIA: LO QUE DEBIÓ SER

María Teresa Lara<sup>1</sup>  
Ricardo Montalvo  
María Nazaret Ramos

### Abstract

A finales de 2017, Ecuador presencié la resolución del primer caso en materia de derecho de la competencia por parte de su Corte Nacional de Justicia. Desafortunadamente, la inexperiencia de la Corte se puso de manifiesto cuando aplicó, para resolver la cuestión, categorías como las reglas *per se* y de la razón, típicas del derecho *antitrust* estadounidense, en lugar de la clasificación de restricciones por objeto y efecto, expresamente reconocida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Este artículo plantea que, al hacerlo, la Corte incurrió en gra-

1. María Teresa Lara es socia de la firma ML Abogados, Doctora en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad San Francisco de Quito, Autoridad nacional en materia de competencia durante el período 2011-2012. Email: marialara@mlabogados.com.ec  
Ricardo Montalvo es asociado de la firma ML Abogados, Abogado por la Universidad San Francisco de Quito, Especialista en Derecho de la Empresa por la Universidad Andina Simón Bolívar, candidato a Máster en Derecho y Finanzas por la Universidad de Oxford. Email: remontalvo@mlabogados.com.ec  
María Nazaret Ramos es asociada de la firma ML Abogados, Abogada y Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad San Francisco de Quito, Profesora en la Universidad San Francisco de Quito. Email: mnramos@mlabogados.com.ec

ves errores de derecho que, si no son corregidos, pueden traer importantes repercusiones para el desarrollo y eficacia del derecho de la competencia en el país.

## **Palabras clave**

Objeto, efecto, *per se*, regla de la razón, Corte Nacional, RECAPT.

## **1. INTRODUCCIÓN**

De forma anecdótica, en lo que podría identificarse como una coincidencia histórica, casi exactamente seis años después de que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) entrara en vigencia, el 19 de octubre de 2017, la Corte Nacional de Justicia de Ecuador (Corte Nacional) dictó lo que constituye el primer pronunciamiento judicial en materia de derecho de la competencia en el país.

La sentencia que casó la Corte Nacional fue la dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito (Tribunal Distrital) el 19 de mayo de 2017, en la cual este organismo anuló parcialmente los actos administrativos por los cuales la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (SCPM) impuso una multa de USD 2.334.265,32 a la compañía Recuperación de Capital Contact Center RECAPT S.A. (RECAPT). Además, el Tribunal Distrital había ratificado que RECAPT incurrió en la infracción tipificada en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, según el cual constituyen una práctica prohibida:

[L]os actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competen-

cia, 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<sup>2</sup>.

La infracción habría tenido lugar ya que, a criterio del Tribunal Distrital, RECAPT concertó con la compañía SOLNET S.A. en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública No. SIE-IESS-015-2011, por el cual se pretendía adquirir, a través de un proceso de subasta inversa, un “Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a sus usuarios”<sup>3</sup>. Esta coordinación, a criterio del Tribunal Distrital, distorsionó y falseó la competencia, por lo que debía ser sancionada sin necesidad de demostrar los efectos concretos que dicha práctica produjo en el mercado, por tratarse de una restricción *per se* competitiva. El Tribunal Distrital aclaró que los actos eran nulos únicamente respecto de la determinación de la multa por una falta de motivación de la SCPM, al haberla calculado sobre una base no prevista en el artículo 79 de la LORCPM.

RECAPT, la SCPM y la Procuraduría General del Estado presentaron sus respectivos recursos de casación ante la Corte Nacional en contra de la sentencia que emitió el Tribunal Distrital. RECAPT enfocó su recurso de casación en la errónea interpretación que el Tribunal habría realizado en su sentencia del artículo 11, numeral 6, de la LORCPM porque, a su parecer,

2. Artículo 11.6, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011.
3. Proceso de contratación pública No. SIE-IESS-015-2011 organizado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

[...] los jueces distritales no pueden simplemente afirmar que basta la verificación de la existencia del comportamiento que pueda impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia para que supuestamente, de manera automática, se incurra en la infracción del artículo 11 numeral 6 de la LORCPM [...] es necesario demostrar que se ha dado una efectiva distorsión de la competencia afectando la misma<sup>4</sup>.

Para decidir sobre los recursos de casación, la Corte Nacional discutió sobre la aplicación de la regla de la razón o *per se* y concluyó, en sentencia, que correspondía aplicar la regla de la razón al encontrarse ante una infracción que denominaron “de peligro concreto”. Consecuentemente, resolvieron casar la sentencia del Tribunal Distrital y dejaron “a salvo el derecho de la Superintendencia para imponer la multa respectiva, siempre y cuando exista mérito para ello, analizando el tema nuevamente conforme la regla de la razón”<sup>5</sup>.

Como se aprecia, la Corte Nacional realizó en su sentencia una distinción entre la regla *per se* y regla de la razón, instituciones propias del derecho *antitrust* estadounidense. Sin embargo, sorprende que en el artículo 11 de la LORCPM no se aplicaran estas reglas; en cambio, esta disposición se refiere expresamente a acuerdos que tienen por objeto o efecto restringir la competencia, los cuales son conceptos propios del derecho de la competencia comunitario europeo. El presente artículo propone que estas son categorías con diferencias fundamentales, cuya confusión se deriva de un claro desconocimiento de la Corte Nacional sobre el tema que, a su vez, podría traer potenciales efectos nocivos para el desarrollo y cumplimiento del derecho de la competencia en el país.

4. Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Caso número 17811-2016-01271. 19 de octubre de 2017.

5. Ídem.

Con miras a justificar esta afirmación, este trabajo está estructurado de la siguiente forma. Primero, se describirán y analizarán las restricciones por objeto y efecto en el derecho de la competencia europeo, determinando la justificación de su existencia y su distinción con las reglas del derecho *antitrust* norteamericano. Posteriormente, se demostrará que, al invocarlas y fundamentar en ellas su decisión, la Corte Nacional incurrió en graves errores de derecho que la llevaron a dictar un fallo desahogado. Por último, se expondrán cuáles serían los potenciales efectos negativos en caso de que la Corte Nacional mantenga estos criterios en fallos posteriores.

## 2. LAS RESTRICCIONES POR OBJETO Y EFECTO EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EUROPEO Y SU DIFERENCIA CON EL DERECHO ANTITRUST NORTEAMERICANO

Las categorías de restricciones por objeto y por efecto están contempladas en el artículo 101(1) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –originalmente artículo 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea<sup>6</sup>–, el cual dispone que:

Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que *tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior [...]*<sup>7</sup> (Énfasis añadido).

6. Este tratado fue originalmente suscrito el 25 de marzo de 1957 y dio origen a la Comunidad Económica Europea. Constituye uno de los conocidos Tratados de Roma, los cuales dieron origen a la Unión Europea.
7. Artículo 101.1, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010.

Resulta fundamental distinguir gramaticalmente la función de las palabras “objeto” y “efecto” dentro de la prescripción normativa. Estas forman parte de una de las oraciones subordinadas adjetivas de la oración principal, la cual describe a los sustantivos “acuerdos”, “decisiones” y “prácticas concertadas”<sup>8</sup>. Esta descripción se centra en que, para que los acuerdos se consideren incompatibles con el mercado interior y por consiguiente prohibidos, su característica esencial es que impidan, restrinjan o falseen la competencia. Por su parte, el que estos lo hagan a través de su objeto o efecto constituye la *modalidad* o *forma* en la que la restricción a la competencia tiene lugar. Por ello, se trata de requerimientos alternativos, no cumulativos. Así lo entendió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal de Justicia o simplemente Tribunal) desde épocas muy tempranas, en el caso *Société Technique Minière* contra *Maschinenbau Ulm*, donde sostuvo que las palabras “objeto o efecto” deben leerse de forma disyuntiva y que el análisis que conlleva determinar la existencia de una u otra modalidad son distintos:

El hecho de que, como indica la conjunción «o», se trate de requisitos alternativos y no acumulativos, *lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar [...]; sin embargo, en el caso de que el análisis de dichas cláusulas no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo [...]*<sup>9</sup> (Énfasis añadido).

Como se puede observar, las modalidades de objeto y efecto mantienen un grado de prelación: primero, se debe analizar si la conducta constituye una restricción por objeto; en caso de que esto no ocurra, cabrá analizar sus efectos dentro del mercado. Sin em-

8. En adelante, se utilizará el término “acuerdo” para referirse a cualquiera de las tres categorías.

9. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto 56/65. *Société Technique Minière* (LTM) contra *Maschinenbau Ulm GmbH*. 30 de junio de 1966, p. 371.

bargo, ¿qué constituye una restricción por objeto y qué una restricción por efecto? A diferencia de lo que ocurre con la alternación de los términos, la cual se puede deducir de un análisis gramatical y conceptual del texto de la norma, en ningún momento el artículo 101(1) define qué se entiende por “objeto” o “efecto”.

Si bien el artículo 101(1) contiene una lista de conductas que pueden considerarse restrictivas, como lo son la fijación de precios y la repartición de mercados, esta lista no es suficiente para explicar el intrincado funcionamiento de la disposición<sup>10</sup>. Para zanjar esta problemática, el Tribunal de Justicia ha dictado a través de los años jurisprudencia que permite entender de mejor manera el significado de los términos “objeto” y “efecto”. Sin embargo, esta no ha sido una tarea sencilla; por el contrario, ha constituido uno de los temas más debatidos y controversiales en el derecho de la competencia europeo de los últimos años<sup>11</sup>.

Como regla general, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha afirmado que las restricciones por objeto son aquellas cuya anticompetitividad puede determinarse por la simple naturaleza del acuerdo que las origina. El criterio legal esencial para discernirlas, el cual se puede observar desde *Société Technique Minière*, radica en que la coordinación revele en sí misma un grado suficientemente nocivo contra la competencia. Es decir, el término “objeto” tiene un significado objetivo, debiendo considerarse la función del acuerdo en el contexto en el que este es aplicado, sin la necesidad de analizar un elemento subjetivo intencional, el cual resulta innecesario para efectos de calificarlo<sup>12</sup>.

10. Así lo consideró el Tribunal de Justicia Europeo en *Competition Authority contra Beef Industry Development Society Ltd*, donde afirmó que la noción de restricción a la competencia por objeto no puede reducirse a una lista exhaustiva, y no debe estar limitada a los ejemplos de acuerdos anticompetitivos plasmados en el artículo 101(1) como tales. Párrafos 46-49.
11. De acuerdo a Whish y Bailey, la cortes en Luxemburgo, por ejemplo, son llamadas a discernir sobre este asunto año tras año. Los autores citan casos como *Lundbeck*, en 2013, y *Servier*, en 2014. Véase, Whish, Richard y David Bailey, *Competition Law*, 8ª ed., Oxford University Press, New York, 2015, p. 123.
12. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-551/ 03P General Motors BV contra Comisión. 6 de abril de 2006. Apartados 77 y 78.

En cambio, para determinar si un acuerdo tiene por efecto restringir la competencia, se debe considerar las actuales condiciones en las que este funciona, en particular el contexto económico de los operadores, los productos y servicios ofertados y la actual estructura del mercado. Por ende, la consecuencia más importante de calificar a un acuerdo como restrictivo por su objeto, como lo ha determinado la jurisprudencia europea desde muy temprano en casos como *Consten SARL y Grundig-Verkaufs-GmbH* contra *Comisión*—que data de los años sesenta—, radica en que al aplicar el artículo 101(1) no haya necesidad de analizar los efectos del acuerdo en el mercado para ese caso concreto<sup>13</sup>. Esto es, en principio, un poco contraintuitivo: el concepto de restricción a la competencia es uno económico, ante lo cual un análisis económico sería consecuentemente necesario. Entonces, ¿por qué no se requiere dicho análisis en esos casos?

La respuesta es simple: existen ciertos acuerdos que no necesitan un test económico de sus efectos al ser en sí mismos perniciosos y capaces de afectar abrumadoramente el bienestar del consumidor. Por ello, es posible presumir su ilegalidad al resultar tan potencialmente dañinos a los objetivos de la Unión Europea. En todo caso, el hecho de que no haya la necesidad de analizar efectos concretos no significa que la Comisión Europea no deba demostrar que el acuerdo es restrictivo, como afirmó el Tribunal de Justicia en el caso *European Night Services* y otros contra *Comisión*, donde incluso revertió una resolución de la Comisión al considerar que no existió un suficiente análisis para calificar la conducta como tal<sup>14</sup>.

Asimismo, que un acuerdo se califique como restrictivo por su objeto e incurra en la prohibición del artículo 101(1) no significa que sea necesariamente ilegal. El artículo 101(3) provee una

13. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asuntos acumulados C-56/64 y C-58/64. *Consten SARL y Grundig-Verkaufs-GmbH* contra *Comisión*. 13 de julio de 1966.
14. Tribunal General Europeo de Primera Instancia. Asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94. *European Night Services* y otros contra *Comisión*. 15 de septiembre de 1998. Apartado 137.

excepción legal a la prohibición del artículo 101(1), prescribiendo que la disposición del apartado 1 es inaplicable a cualquier acuerdo –incluyendo los acuerdos restrictivos por su objeto– que satisfagan determinadas condiciones<sup>15</sup>. De esta forma, los operadores deben demostrar que los beneficios que el acuerdo genera superan las restricciones a la competencia que el mismo impone, involucrando un ejercicio de ponderación entre unos y otros.

Así, las restricciones por objeto pueden ser justificadas por el operador económico imputado, en virtud de tratarse de una presunción contra la cual cabe prueba en contrario. Es decir, cuando se trata de restricciones por objeto, la presunción de anticompetitividad simplemente modifica la carga de la prueba de la autoridad al operador. Por ello, el análisis de efectos es posible en ambos casos, solo que este es efectuado por diferentes actores y en diferentes momentos.

Esta constituye una de las diferencias más trascendentales entre el derecho de competencia europeo y el derecho *antitrust* estadounidense. En el derecho norteamericano, en cambio, cuando existe un incumplimiento *per se*, no hay apertura a las partes del acuerdo a argumentar que este no restringe la competencia: este pertenece a una categoría de acuerdos que, por ley, se ha encontrado que son restrictivos<sup>16</sup>. Esto se debe a que no existe un equivalente al artículo 101(3) en dicho sistema que

15. Según el apartado 3 del artículo 101, “[...] 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”.

16. Whish, Richard y Bailey, David, *Competition Law*, 2015, p. 129.

permita al operador analizar eventualmente los efectos del acuerdo restrictivo por su objeto. Esto deriva en que, bajo la aplicación de la regla *per se*, las cortes estadounidenses no permitían “[...] defensas [para] todos aquellos acuerdos que establecían una colusión lisa y llana, admitiendo el empleo de la regla de la razón solo en aquellos casos en los que pudiera interpretarse que la restricción horizontal bajo análisis fuera auxiliar a algún otro objetivo legítimo”<sup>17</sup>.

En este contexto, Whish y Bailey afirman, incluso, que la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Leegin*, en el que se determinó que la fijación de precios de reventa en acuerdos verticales debía ser analizada a través de la regla de la razón en lugar de ser *per se* ilegal, de cierta forma alineó el derecho *antitrust* estadounidense con el europeo. En Europa siempre ha sido posible argumentar que acuerdos restrictivos por su objeto, como la fijación de precios de reventa, pueden estar exentos de la aplicación del artículo 101(1) al satisfacer el artículo 101(3)<sup>18</sup>.

Sin embargo, los mismos autores reconocen que si bien la Comisión y las Cortes deben ser razonables al aplicar el artículo 101(1), eso no significa que deban importar un método de análisis nacido en el contexto específico del *Sherman Act*<sup>19</sup>. Esto tiene un sentido claro: las sanciones que han aplicado las cortes europeas en materia de restricciones por objeto no han sido sobre la base de aplicar reglas *per se*, sino por el encuadramiento de las prácticas colusorias dentro el apartado 1 del artículo 101, y en el hecho de que las mismas no cumplen con las exenciones previstas en el apartado 3 del mismo artículo. Este criterio fue compartido por el Tribunal General Europeo en el caso *Métropole Télévision* contra Comisión, el cual expresamente rechazó la apli-

17. Coloma, Germán, *Defensa de la Competencia*, 2ª ed., Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2009, p. 110.

18. Whish, Richard y Bailey, David, *Competition Law*, 2015, p. 129.

19. *Ibidem*, p. 136.

cación de la regla de la razón por cuanto “resulta difícilmente conciliable con la estructura normativa [del artículo 101(1)]”<sup>20</sup>.

### 3. ANÁLISIS DE LA DECISIÓN DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

En la sección anterior se expusieron los conceptos esenciales de restricciones por objeto y efecto en el derecho comunitario europeo y la distinción entre estas dos modalidades y las categorías *per se* y de la razón del derecho de la competencia estadounidense. A continuación, se demostrará que la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana, al aplicar las reglas norteamericanas en su análisis, cometió errores que traen confusión y posibles consecuencias negativas para el desarrollo y aplicación de esta rama del derecho en el país.

#### 3.1 Origen de la confusión y distinción entre los regímenes estadounidense y ecuatoriano

Como se desprende de una lectura simple de la LORCPM, las categorías que nuestra Ley reconoce en materia de acuerdos restrictivos son las restricciones por objeto y efecto, no las reglas *per se* o de la razón. De hecho, el encabezado del artículo 11 de la LORCPM contiene una redacción muy similar a la del artículo 101(1) del TFUE:

Están prohibidos 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

20. Tribunal General Europeo de Primera Instancia. Asunto T-112/99. *Métropole Télévision* y otros contra Comisión. 18 de septiembre de 2001. Apartado 73.

realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general [...]”<sup>21</sup> (Énfasis añadido).

Una pregunta que nace al respecto es, entonces, ¿cuál es la razón para que no solo la Corte Nacional, sino la misma SCPM<sup>22</sup> hayan aplicado una categoría distinta a la reconocida en la LORCPM en primer lugar? Esencialmente, podría decirse que existe una clara analogía entre unas categorías y las otras. La regla *per se* se asimila a la restricción por objeto por cuanto reconoce que cuando un acuerdo es en sí mismo tan perjudicial, se encuentra automáticamente prohibido por el derecho de la competencia:

[...] una infracción que se sanciona *per se* [...] no se exige un perjuicio real sobre el bien jurídico que protege la norma, *no es contentiva de una condición expresa de efecto negativo en el mercado relevante que sea necesaria para su aplicación*, bastando para ello que el órgano de control detecte, entre otros particulares, un acto u omisión, acuerdo o práctica concertada, cuyo objeto sea restringir, falsear o distorsionar la competencia<sup>23</sup> (Énfasis añadido).

21. Artículo 11, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011.
22. En efecto, en la resolución de la SCPM, dentro del procedimiento administrativo, la Comisión de Resolución de Primera Instancia presumió que la conducta tenía por objeto restringir la competencia, por lo que se determinó la aplicación de la regla *per se*, que “aplica únicamente a aquellas prácticas que por su naturaleza anticompetitivas resultan ilegales de pleno derecho”. Ecuador. Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Expediente No. SCPM-CRPI-2015-019. Resolución No. SCPM-CRPI-2015-0291. 7 de septiembre de 2015.
23. Ecuador. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito. Caso número 17811-2016-01271. 19 de mayo de 2017.

Así, en ambos casos, no es necesario para una autoridad de competencia o una corte que se demuestren los efectos que el acuerdo produjo, siendo esto redundante debido a su alta probabilidad de nocividad. Sin embargo, el derecho de la competencia ecuatoriano se distingue del norteamericano de la misma forma en que lo hace el europeo. En Ecuador, no solo se sanciona el cometimiento de prácticas restrictivas de la competencia en el artículo 11 de la LORCPM, sino que se otorga, en el artículo 12 de la misma Ley, exenciones a favor de los acuerdos inicialmente prohibidos –sin distinguir entre acuerdos restrictivos por su objeto o efecto– bajo criterios de eficiencia muy similares a los del artículo 101(3) del TFUE, siempre que los operadores puedan demostrarlo<sup>24</sup>.

Esto quiere decir que, al igual que en el régimen europeo, no son aplicables en el Ecuador ni la regla *per se* ni la de la razón. Esto contradice lo sostenido por la Corte Nacional, la cual, basada en un erróneo informe pericial, afirmó que “[e]l proyecto zanja definitivamente la discusión acerca de si, en el Derecho de la Competencia ecuatoriano, se aplica la regla *per se* o la regla de la razón, adoptando la postura europea de la razón, sobre todo, aquel producto de su reciente proceso de modernización”. Las reglas *per se* y de la razón y las restricciones por objeto o efectos, si bien guardan similitudes, mantienen a su vez orígenes y funcionamiento diferentes, por lo que incorporar las reglas norteamericanas a un régimen de competencia como el nuestro, estaría fuera de lugar.

24. 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:
- 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.

Es posible incluso afirmar que su aplicación no es solo incorrecta, sino hasta cierto punto contraproducente y justifica la reticencia de las cortes europeas de aceptarlas en primer lugar. Así pues, al aplicar reglas del derecho *antitrust* estadounidense, la Corte Nacional partió implícitamente de una premisa exclusiva del régimen norteamericano: la falta de necesidad de probar efectos en las restricciones *per se* significa que el operador no tiene la posibilidad en ningún momento de demostrar las eficiencias de su acuerdo, lo cual parecería “irrazonable”. Como se ha mostrado, si bien la autoridad no debe demostrar la existencia de efectos al momento de calificar al acuerdo como tal, esto no significa que el operador no pueda desvirtuar esta presunción.

En su análisis, su desconocimiento sobre el régimen de competencia nacional e internacional llevó a la Corte Nacional a ligar el hecho de analizar los efectos de un acuerdo con que la autoridad de competencia sea necesariamente quien tenga que hacerlo. Es decir, no miró la falta de necesidad de probar efectos en las restricciones por objeto como un traslado de carga de la prueba al operador a través de una presunción de hecho, sino como una licencia irrestricta de la autoridad de competencia para no considerar en ningún momento los efectos de acuerdos en casos determinados. Esto se observa cuando la Corte Nacional afirma, como fundamento para rechazar la aplicación de la regla *per se*, que:

[...] la regla *per se* históricamente se ha aplicado en casos de gran incidencia para todo un país o significativas regiones del mismo, o incluso bloques económicos estatales, donde los operadores económicos involucrados han tenido un ingente poder de mercado o han ostentado una incuestionable posición de dominio, lo cual no se desprende de manera alguna que tenga que ver con el tema, y las compañías involucradas, que generaron la multa impugnada<sup>25</sup>.

25. Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Caso número 17811-2016-01271. 19 de octubre de 2017.

Es cierto que, de forma similar a la regla *per se*, la restricción por objeto no constituye una restricción a la competencia bajo cualquier hipótesis. Sin embargo, a diferencia de lo que la Corte Nacional ha afirmado, el concepto no tiene como límite casos de gran incidencia para un país o donde los operadores ostenten una incuestionable posición de dominio. Para controlar aquello está, por ejemplo, la prohibición del abuso de posición de dominio, contemplada en el artículo 9 de la LORCPM.

El estándar que para estos casos ha desarrollado el Tribunal de Justicia en Europa es, como se mencionó anteriormente, que los acuerdos sean suficientemente nocivos para la competencia. Para determinar esta nocividad, es necesario que el análisis otorgue especial atención al contenido de sus provisiones, los objetivos que el acuerdo busca y los contextos económico y legal de los cuales forma parte<sup>26</sup>. Sin embargo, este análisis, según Niels y otros, no debe confundirse con analizar los daños que el acuerdo haya producido en el mercado. La diferencia esencial radica en que el contexto económico analizado no se centre en analizar el daño que el acuerdo ha producido, sino en examinar si el acuerdo, conceptualmente, restringe la competencia por su naturaleza<sup>27</sup>.

Un ejemplo de esto se puede observar al momento de analizar económicamente por qué los carteles de fijación de precios restringen la competencia a través de su objeto. La premisa económica fundamental de un cartel es que los competidores en un mercado determinado acuerdan replicar los mismos efectos nocivos de un monopolio al restringir la producción y así incrementar los precios del bien o servicio ofertado. De esta forma, redistribuyen el excedente del consumidor entre los productores y disminuyen las eficiencias productivas y de asignación al ge-

26. Esto puede encontrarse en los siguientes casos de la Tribunal de Justicia Europeo: desde los Asuntos C-501/06 P [2009] ECR I-9291 [2010], hasta el Asunto C-67/13, *Des Groupement des Cartes Bancaires* contra Comisión Europea, 14 de septiembre de 2014.

27. Niels, Gunnar; Jenkins, Helen y Kavanagh, James, *Economics for Competition Lawyers*, 2ª ed., Oxford University Press, New York, 2016, p. 238.

nerar una pérdida (en inglés, *deadweight loss*), la cual se evidencia cuando algunos consumidores que valoran el bien por encima de su costo de provisión se ven privados de obtenerlo –lo cual no ocurriría en un mercado competitivo–<sup>28</sup>. Esto provoca que el equilibrio en un mercado donde existe un cartel sea dominado en el sentido de Pareto por el de un mercado competitivo, mostrando así que en él no se alcanza el resultado más eficiente.

Es así que para demostrar que el cartel es capaz de imitar los efectos de un mercado competitivo a través de un acuerdo, se realiza el siguiente análisis económico conceptual. En principio, en un mercado oligopólico un precio monopólico no es estable –y, por ende, no se mantiene en el tiempo–, debido al fuerte incentivo de los operadores de competir el uno contra el otro. Por ejemplo, considérese un mercado X en el que un duopolio de dos firmas idénticas, A y B, fijen un precio ( $P$ ) para su producto Y (probablemente el precio monopólico, pero siempre  $P > C$ , siendo  $C$  el costo de producción), y por el que después se repartirán el mercado ( $Q$ ) de forma igual entre ellas ( $\frac{Q}{2}$  para cada una)<sup>29</sup>.

Cada firma tiene dos opciones igualmente válidas: coludir, manteniendo el precio monopólico, o competir. Si las firmas coluden y mantienen un mismo precio por sus productos, cada una tendrá un beneficio de  $(P - C) \times \frac{Q}{2}$ . Sin embargo, en caso de que el mantenimiento del precio no sea parte de un acuerdo que incluya un mecanismo de exigibilidad que monitoree o sancione su incumplimiento, si una de las firmas decide disminuir su precio en una pequeña cantidad  $e$ , siempre que  $P - e > C$ , su cuota de mercado se incrementa al 100% (de la mitad a la totalidad del mercado).

28. Niels, Gunnar; Jenkins, Helen y Kavanagh, James, *Economics for Competition Lawyers*, 2016, p. 240. Para mayor detalle sobre la funcionalidad económica de esta pérdida, ver Varian, Hal, *Intermediate Microeconomics*, 8ª ed., Norton & Company, New York y Londres, 2010, p. 447 y ss.

29. Este modelo está basado en el modelo de competencia de Bertrand, en Varian, Hal, *Intermediate Microeconomics*, 2010, p. 512 y ss.

Todos los consumidores del producto de la otra firma buscarían comprarlo al precio menor ( $P - e$ ), dejando a la otra firma con una pérdida total de su cuota y otorgándole a la firma que disminuyó su precio una mayor ganancia total (esto se debe al incremento en la cantidad a  $Q$  a pesar de que  $P$  haya disminuido). Por ello, sin un acuerdo con elementos de monitoreo y exigibilidad, competir se transforma en la estrategia dominante para ambas firmas, quienes al decidir hacerlo reducirán el precio de sus productos hasta que el precio sea igual al costo, asimilándose su comportamiento al de un mercado competitivo, eficiente en el sentido de Pareto.

La siguiente matriz muestra los pagos de las firmas A y B si asumimos que  $P=5$ ,  $C=2$ ,  $Q=10$ ,  $e=1$ :

	Firma B	
Firma A	Coludir	Competir
Coludir	$5 - 2 \times \frac{10}{2}, 5 - 2 \times \frac{10}{2}$ (15, 15)	$-(5 - 2) \times \frac{10}{2}, (5 - 1 - 2) \times 10$ (-15, 20)
Competir	$(5 - 1 - 2) \times 10, -(5 - 2) \times \frac{10}{2}$ (20, -15)	$(5 - 3 - 2) \times \frac{10}{2}, (5 - 3 - 2) \times \frac{10}{2}$ (0, 0)

Para evitar que esto ocurra y mantener el precio monopólico, en los acuerdos dentro de un cartel se establecen tanto precios monopólicos como un sistema de monitoreo y sanción en caso de que uno de sus miembros disminuya su precio. Así, la ganancia por competir es menor a la ganancia por coludir, eliminando la dominancia competitiva del esquema anterior. Esto modifica la estrategia de las firmas, provocando que ahora el equilibrio se encuentre en coludir. Por consiguiente, si asumimos que la sanción por no competir es igual a 6, tenemos que:

	<b>Firma B</b>	
<b>Firma A</b>	Coludir	Competir
Coludir	(15, 15)	(-15, 14)
Competir	(14, -15)	(0, 0)

De esta forma, a través de un análisis económico teórico sencillo, es posible evidenciar que un cartel como en el ejemplo expuesto, no es eficiente en el sentido de Pareto, al estar basado en un acuerdo colusorio cuyo objeto en sí mismo es restrictivo de la competencia –es decir, imitar los efectos de un monopolio–, por lo que es lo suficientemente nocivo para el derecho de la competencia. En este análisis no se han revisado los efectos concretos de un acuerdo específico en el mercado, como su estructura o el poder de mercado de los competidores, sino que se ha propuesto un escenario hipotético en el que se proyecta la eficiencia del mercado con y sin la existencia del acuerdo, concluyéndose que la existencia del cartel, teóricamente, es económicamente indeseable.

Lamentablemente, la Corte Nacional no aplicó ninguno de estos conceptos al dictar su sentencia y, por el contrario, centró su discusión en una clasificación ajena a nuestro derecho de la competencia, que la llevó a cometer los graves errores que se analizan a continuación.

## 3.2 Errores de la Corte Nacional y su posible incidencia en la efectividad del derecho de la competencia ecuatoriano

### 3.2.1 Los errores de la Corte Nacional

Al aplicar reglas que no corresponden a los orígenes y fuentes del derecho de la competencia ecuatoriano, la Corte Nacional no contó con las herramientas necesarias para tomar su decisión y tomó prestados conceptos propios del derecho penal, como las infracciones de peligro concreto y de peligro abstracto, con el fin de intentar diferenciar cuándo es aplicable la regla *per se* y cuándo la regla de la razón. Así, en su análisis, la Corte Nacional planteó lo siguiente: si la hipótesis de la restricción constituye una infracción de peligro concreto, debe probarse que el peligro existió realmente y, por tanto, se aplica la regla de la razón. Si, en cambio, se trata de un peligro abstracto, se podría aplicar la regla *per se* ya que la ley presume que la sola realización de la conducta crea una situación peligrosa en sí misma. Con esto como premisa mayor, la Corte Nacional llegó a afirmar que “podría ser” que el artículo 11 contenga infracciones de peligro abstracto, pero que en el caso del numeral 6 se trata de una infracción de peligro concreto ya que “claramente tipifica: ‘cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia’ [...]”<sup>30</sup>.

Este razonamiento muestra graves falencias en su estructuración, siendo la primera una falencia de forma. El criterio que utiliza la Corte Nacional para distinguir cuándo aplicar la regla *per se* y cuándo la de la razón al analizar acuerdos restrictivos es, como se mencionó, que en el primer caso se trate de un peligro abstracto y, en el segundo, de uno concreto. Sin embargo, el criterio que a su vez aplica para calificar al numeral 6 como una

30. Artículo 11.6, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011.

infracción de peligro concreto radica en que dicho numeral requiere que el acuerdo tenga como objeto o efecto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia.

Al hacerlo, la Corte Nacional no tomó en cuenta que la oración subordinada que utiliza como evidencia para demostrar que la infracción es una de peligro concreto es, más bien, una característica que todos los acuerdos restrictivos deben cumplir para ser prohibidos y sancionados en el derecho de la competencia. Esto significa entonces que dicha característica no puede ser tomada para diferenciar unas conductas anticompetitivas de otras. Si se lo hace, se llega indefectiblemente a la conclusión de que todas las infracciones tipificadas en el artículo 11 de la LORCPM son de peligro concreto y, por ende, se les debería aplicar la regla de la razón. Esta parece, sin embargo, que no fue la intención de la Corte Nacional, al mencionar, antes de llegar a esta conclusión, que puede haber hipótesis en las que se pueda aplicar la regla *per se*.

Empero, existe además una falencia de fondo, que conlleva un problema mayor, esta es, que nuestra Corte Nacional presume en su análisis que las prácticas restrictivas solamente constituyen infracciones de peligro. Sin embargo, ¿es esto correcto? Al aplicar el estándar desarrollado por la jurisprudencia europea para diferenciar restricciones por objeto y efecto, es posible demostrar que esta afirmación es errada, según lo revisamos seguidamente.

Según dicho estándar, las restricciones por objeto son aquellas que tienen tal grado de nocividad que resulta innecesario o redundante probar sus efectos. En el caso *T-Mobile y otros contra Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, el Tribunal Europeo recogió este mismo concepto y agregó que las restricciones por objeto están sancionadas incluso si potencialmente pueden afectar al mercado:

[...] basta con que la práctica concertada *pueda producir efectos negativos* en la competencia. Dicho de otro modo, *solo tiene que ser concretamente apta*, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común<sup>31</sup> (Énfasis añadido).

Como se puede observar, la afirmación del Tribunal de Justicia sobre la naturaleza de las restricciones por objeto se asimila más al de las infracciones de peligro concreto que a las de peligro abstracto.

Si se quiere encontrar una comparación similar a la realizada por la Corte Nacional, podemos remitirnos a la opinión de la Abogada General Juliane Kokott en el mismo caso de *T-Mobile*, donde sostuvo que:

[E]n suma, la prohibición de las «infracciones por su objeto», resultante del artículo 81 CE, apartado 1, se asemeja a los «ilícitos de peligro» conocidos en el Derecho penal: El que conduce un vehículo bajo la influencia considerable del alcohol o de las drogas se expone en la mayoría de los ordenamientos jurídicos a sanciones penales o administrativas y ello con total independencia de si efectivamente puso en peligro a alguien al circular o de si causó un accidente. En el mismo sentido, las empresas infringen el Derecho comunitario de la competencia y pueden sufrir la imposición de sanciones pecuniarias si hacen uso en el mercado de prácticas concertadas con objetivos contrarios a la competencia; *carece de relevancia el hecho de si en el caso concreto resultaron perjudicados algunos operadores económicos o el público en general*<sup>32</sup> (Énfasis añadido).

31. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV y Vodafone Libertel NV* contra *Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, 4 de junio de 2009. Apartado 31.

32. Conclusiones de la Abogada General, Sra. Juliane Kokott, presentadas el 19 de febrero de 2009. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV*,

Nótese que, en este caso, Kokott no hace una diferenciación entre delitos de peligro abstracto o concreto. Sin embargo, esto es entendible: no es necesario hacerla, ya que la categoría que distingue a las restricciones por objeto y efecto no está en ese nivel sino en uno anterior, el de las infracciones de peligro y de lesión o daño. Esto se debe a que la naturaleza de las restricciones por efecto no está relacionada con el concepto de potencialidad.

En ellas, la potencialidad no basta para que la competencia sea afectada, sino que debe demostrarse, como la misma Corte Nacional reconoce –incluso al equivocarse y denominar a la restricción como regla de la razón–, que “los operadores económicos han perjudicado a la competencia o al consumidor o al mercado”<sup>33</sup>. Como afirma Marino Barbero Santos, en los delitos (y, por ende, en general, en las infracciones) de lesión se produce un menoscabo o destrucción del bien jurídico –en nuestro caso, la competencia–, en tanto que en los delitos de peligro se situarían en un momento anterior a dicha lesión<sup>34</sup>. En consecuencia, parece más adecuado afirmar que, tratándose de prácticas restrictivas por efecto, nos encontramos frente a la hipótesis de infracciones de lesión y no de peligro.

Como se puede observar, existen claras contradicciones entre los conceptos utilizados por la Corte Nacional respecto de infracciones de peligro concreto, las restricciones por objeto y la regla de la razón. Así pues, si es que se califica adecuadamente a las restricciones por objeto, es posible concluir que constituyen infracciones de peligro concreto. Sin embargo, si a una infracción de peligro concreto se le aplican reglas como la de la razón, tal como lo hizo la Corte Nacional en su sentencia, se obliga a que

---

*KPN Mobile NV, Orange Nederland NV y Vodafone Libertel NV contra Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, 4 de junio de 2009. Apartado 47.

33. Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Caso número 17811-2016-01271. 19 de octubre de 2017.

34. Barbero Santos, Marino, “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 26, Fasc/Mes 3, 1973, p. 487 y ss.

la autoridad de competencia deba analizar los efectos de la conducta y se difumine la división entre los conceptos “objeto” y “efecto”.

### 3.2.2 *Incidencia de la decisión en el derecho de la competencia ecuatoriano*

Bajo la lógica arriba analizada, ningún acuerdo colusorio, por más pernicioso que sea, puede gozar de una presunción de anticompetitividad y estar exento de la carga de que se demuestre que ha causado daño en el mercado. Si este criterio es aplicado, prácticamente eliminando el concepto de restricción por objeto, se pueden generar problemas para la eficacia del funcionamiento del derecho de la competencia como promotor de eficiencia. Primero, la existencia de una clasificación como las restricciones por objeto permite a las autoridades de competencia y del sistema judicial conservar sus recursos. El hecho de que una autoridad de competencia no necesite demostrar, por ejemplo, que la fijación horizontal de precios produce efectos económicos adversos, le libera de cierta carga que en otro caso tendría<sup>35</sup>.

Esto se debe a que el concepto de restricción por objeto nace de una ponderación que el legislador hace entre la posibilidad de la existencia de falsos positivos —es decir, presumir erróneamente como restrictivos por su objeto a acuerdos que no lo son— y la disminución de costos que involucra demostrar afectaciones en el mercado, decantándose por priorizar lo último. El ahorro de costos es más significativo puesto que, en supuestos tan perniciosos, la probabilidad de que falsos positivos ocurra es muy baja al tratarse de actos por regla general altamente nocivos. Además, esto no limita la posibilidad de los operadores de demostrar, a través del artículo 12 de la LORCPM, que los efectos procompetitivos del acuerdo son superiores a su restricción.

35. Whish, Richard y Bailey, David, *Competition Law*, 2015, p. 129.

No obstante, si al concepto se le da una interpretación muy amplia, se lo priva de efectividad práctica<sup>36</sup>. En caso de que la autoridad deba siempre demostrar los efectos anticompetitivos de acuerdos que incluso tienen como objeto evidente la restricción de la competencia, tal como concluyó la Corte Nacional, la autoridad deberá invertir sus recursos limitados (incluyendo tiempo, dinero y capital humano) en ellos. Esto la llevará a incurrir en un alto costo de oportunidad de no poder investigar otras conductas que, en caso de existir la presunción, lo hubiera podido hacer.

Los costos de investigación son aún más onerosos en los carteles, donde las cortes internacionales han reconocido que las autoridades de competencia están en desventaja cuando los miembros de los primeros recurren a prácticas secretas para organizar sus actividades, debiendo probar su existencia a través de inferencias derivadas de evidencia circunstancial<sup>37</sup>. Si en el régimen ecuatoriano se requiere demostrar los efectos en casos de carteles organizados, donde la evidencia no está muchas veces disponible, el costo de investigar dichos carteles sería muy alto y la probabilidad de generar falsos negativos –es decir, no condenar como anticompetitivos a carteles que sí lo son– muy alta también.

En esta misma línea, otro de los beneficios que traen las restricciones por objeto es que estas modifican *ex ante* la conducta de los operadores en el mercado. Al saber que cierta conducta es restrictiva por su objeto, los operadores entienden que se presume que esta restringe la competencia y que la carga económica, de demostrar lo contrario, recae en ellos. Esto los obliga a realizar un análisis comparativo entre los beneficios que el acuerdo les trae y los costos que involucra demostrar sus efectos

36. Ídem.

37. Esto ocurrió en casos europeos como el asunto C-204/00 P *Aalborg Portland A/S* contra Comisión (2004), párrafos 55–57, y el asunto T-113/07 *Toshiba* contra Comisión (2011), párrafos 78–84.

procompetitivos y, eventualmente, si no pueden hacerlo, las posibles sanciones que cometer la infracción acarrea.

Esto se debe a que, desde el punto de vista económico, las sanciones constituyen incentivos para los operadores por los cuales estos realizan un intercambio racional entre el beneficio de la actividad prohibida y el riesgo de ser atrapados incurriendo en ella<sup>38</sup>. En este contexto, dos condiciones deben cumplirse para que la sanción en el derecho de la competencia consiga este objetivo: i) la probabilidad de ser atrapado, y ii) la sanción debe ser lo suficientemente significativa, de tal forma que el costo generado por ella sea más alto que el beneficio de cometer la infracción. Así, dejando todo lo demás constante, un incremento en el valor de la sanción esperada causaría un decrecimiento en el cometimiento de infracciones<sup>39</sup>. Esta es una de las razones por las que el número total de sanciones contra carteles se ha incrementado de forma significativa en la Unión Europea. De 2005 a 2014, la Comisión impuso multas de 18 000€ millones, cuando en los años noventa estas multas ascendían solo a 615€ millones.

Para ejemplificar lo anterior, retomemos el ejemplo del cartel mencionado líneas arriba. Como vimos, el cartel funciona de tal forma que el coludir se transforma en la estrategia dominante de las firmas A y B. Ya que este cartel no produce efectos procompetitivos, las firmas no incurrirán en ningún gasto para desvirtuar la presunción, así que los costos que el derecho de la competencia importa para ellas se ve reflejado exclusivamente en la sanción esperada. Uno de los elementos de esta sanción es la multa, que, de acuerdo a la LORCPM, considera a los carteles como infracciones muy graves (artículo 78) y los sanciona con una multa de hasta el 12% del volumen de sus negocios (artículo 79). Si suponemos que ambas firmas tienen el mismo volumen

38. Niels, Gunnar; Jenkins, Helen y Kavanagh, James, *Economics for Competition Lawyers*, 2016, p. 394.

39. Ídem.

de negocios por un valor de 30, el valor máximo de la multa sería de 3,6 para las dos. Si la probabilidad de encontrar a un cartel como culpable de la infracción es del 30%<sup>40</sup>, en un régimen de restricciones por objeto el valor esperado de la multa es del 1,08.

El otro elemento de la sanción es la nulidad de pleno derecho, cuyo efecto es eliminar el propósito económico más importante del acuerdo: convertir juegos de soluciones no cooperativas en juegos con soluciones cooperativas debido a que las promesas en este son ejecutables<sup>41</sup>. En este caso, ya que la probabilidad de que el acuerdo sea hallado como anticompetitivo y consecuentemente sea automáticamente ineficaz gracias a la nulidad es del 30%, los efectos negativos de monitoreo y sanción –que ascienden a -6– se reducen en esa proporción, teniendo la sanción un valor actual de -4,2.

	Firma B	
Firma A	Coludir	Competir
Coludir	(15 – 1,08), (15 – 1,08)	(–15 + 1,08), (20 – 4,2)
Competir	(20 – 4,2), (–15 + 1,08)	(0,0)

Como vemos, los valores esperados de las sanciones provocan que, *ex ante*, firmas como A y B decidan no coludir, reestableciéndose a la competencia como su estrategia dominante.

No obstante, si se elimina la falta de necesidad de probar efectos en las restricciones por objeto, la probabilidad de sancionar a un cartel disminuye drásticamente, dado que ahora la autoridad tiene la obligación de probar efectos en el mercado e incurre también en un alto costo de oportunidad que le impide

40. La probabilidad no es del 100% en estos casos puesto que, a pesar de que no se deba demostrar los efectos en el mercado, se debe determinar la existencia de un cartel, lo cual es en sí mismo complicado.

41. Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Law and Economics*, Pearson Education/Addison-Wesley, Boston, 2012, p. 491.

investigar el mismo número de conductas. Si esta disminuye, por ejemplo, a un 5%, los pagos vuelven a modificarse de tal forma que el valor *ex ante* de las sanciones pierde su eficacia y coludir se mantiene como la estrategia racional y dominante para las firmas. Esto torna en inútil a la legislación de competencia como modificador de conducta de los operadores en el mercado, incrementando el número de las firmas que deciden coludir.

	Firma B	
Firma A	Coludir	Competir
Coludir	(15 - 0,18), (15 - 0,18)	(-15 + 0,18), (20 - 5,7)
Competir	(20 - 5,7), (-15 + 0,18)	(0,0)

Cabe aclarar que esto tampoco significa que se deba ampliar indiscriminadamente el concepto de restricción por objeto. Por ejemplo, en 2013, en su decisión en el caso *Allianz Hungária Biztosító Zrt* y otros contra *Gazdasági Versenyhivatal*, el Tribunal de Justicia Europeo fue más allá del test clásico de restricciones por objeto al requerir, como parte del examen para identificarlas, determinar si el acuerdo eliminaba o debilitaba la estructura económica del mercado. El Tribunal planteó, consecuentemente, la necesidad de un análisis económico concreto como un método para determinar este riesgo:

[E]stos acuerdos tendrían también por objeto restringir la competencia en el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente estime que es probable que, *habida cuenta del contexto económico*, se elimine o se debilite gravemente la competencia en dicho mercado a raíz de la celebración de dichos acuerdos. Con el fin de evaluar el riesgo de tal consecuencia, *el referido órgano jurisdiccional deberá tomar en consideración especialmente la estructura de ese mercado, la*

*existencia de canales de distribución alternativos y su importancia respectiva, así como el poder de mercado de las sociedades afectadas*<sup>42</sup> (Énfasis añadido).

Si bien el Tribunal inicia con un acercamiento tradicional a las restricciones por objeto, posteriormente sugiere un examen que podría considerarse híbrido. Al requerir un análisis económico del mercado, incluyendo canales de distribución y poder de mercado de los operadores, este se acercó más bien a aquel típico de las restricciones por efecto. Así, en un intento por corregir el alcance del término “objeto”, se efectuó una “sobre corrección” del mismo<sup>43</sup>.

Esto despertó incertidumbres en cuanto a la noción de “objeto”<sup>44</sup> y devino en una potencial ampliación *de facto* de la categoría<sup>45</sup>. Bajo este nuevo concepto, se planteó un análisis de efectos con el fin de establecer la presencia de una restricción por objeto, lo cual técnicamente elimina las ventajas principales que la restricción por objeto busca traer en primer lugar y, a su vez, amplía el abanico de las hipótesis que pueden constituirla<sup>46</sup>. Esta interpretación, según autores como Whish y Bailey, con-

42. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-32/11. *Allianz Hungária Biztosító Zrt. y otros contra Gazdasági Versenyhivata*. 14 de marzo de 2013. Apartado 48.

43. Ariel Ezrachi plantea que la confusión del Tribunal nace de la referencia que este realiza en *Allianz Hungária* al caso de *Expedia*, donde se sostuvo que al momento de determinar el objeto de un acuerdo también es apropiado considerar las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado en cuestión. Ver Tribunal de Justicia Europeo. Asunto C-226/11. *Expedia Inc. contra Autorité de la Concurrence* y otros. 13 de diciembre de 2012. Esta referencia a *Expedia* en *Allianz Hungária* está, según Ezrachi, fuera de lugar. Aquella decisión trata sobre la regla *de minimis*, y como tal no debe ser usada para determinar si el acuerdo tiene un objeto restrictivo. Al hacerlo, esto otorgó al Tribunal de Justicia la posibilidad de modificar sustancialmente la fórmula del análisis a aplicarse. Véase Ezrachi, Ariel, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, Bloomsbury Publishing, Portland, 2016, p. 108.

44. Mahtani, Munesh Ram, “Thinking Outside the Object Box: An EU and UK Perspective”, *European Competition Journal*, Vol. 8, N°1, 2015, p. 1.

45. Faull, Jonathan, et al., *The EU Law of Competition*, Oxford University Press, New York, 2014, pp. 242-243.

46. Ezrachi, Ariel, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, 2016, p. 108.

llevó el riesgo de crear una tercera categoría que añadiría mayor complejidad a un área por sí complicada<sup>47</sup>. Sobre todo, generó el potencial problema de que las restricciones por objeto ya no se interpreten de manera restrictiva, pudiendo justificarse su aplicación en hipótesis en las que antes esto no era posible.

Debido a los evidentes peligros que esta decisión acarrea para el derecho de la competencia europeo, este acercamiento fue modificado pocos años después, en septiembre de 2014, cuando el mismo Tribunal de Justicia rectificó su criterio en *Groupement des Cartes Bancaires* contra Comisión. Aquí, el Tribunal regresó a la definición primigenia de restricción por objeto e, incluso, brindó un mayor detalle sobre las características diferenciadoras de la categoría. Por ejemplo, al referirse a las restricciones por objeto, manifestó que,

[...] algunos comportamientos colusorios, como los que lleven a la fijación horizontal de los precios por los carteles, pueden considerarse hasta tal punto aptos para generar efectos negativos, en especial en los precios, la cantidad o la calidad de los productos o los servicios, que *cabe estimar innecesaria la demostración de que tienen efectos concretos en el mercado* a efectos de aplicar el artículo 81 CE, apartado 1 [...]. En efecto, la experiencia muestra que *esos comportamientos dan lugar a reducciones de la producción y alzas de precios que conducen a una deficiente asignación de los recursos en perjuicio especialmente de los consumidores*<sup>48</sup> (Énfasis añadido).

De esta forma, confirmó que la razón por la que no se demuestra los efectos de estos acuerdos en el mercado es por la alta probabilidad de que las conductas den lugar a ineficiencias conforme la teoría económica, que a su vez torna prácticamente redundante un análisis en materia de efectos en muchos de los casos.

47. Whish, Richard y Bailey, David, *Competition Law*, 2015, p. 127.

48. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-67/13. *Groupement des Cartes Bancaires* contra Comisión, 14 de septiembre de 2014. Apartado 51.

La decisión del Tribunal de regresar al concepto más restrictivo, de considerar restricciones por objeto solo a aquellas que tienen un suficiente grado de nocividad, se justificó por la esencia detrás del concepto de restricción por objeto. Tal como reflexionó el Tribunal, en caso de ampliar demasiado el alcance de lo que se entiende por restricción por objeto se lograría “dispensar a la Comisión de la obligación de probar los efectos concretos en el mercado de acuerdos de los que no se ha demostrado en absoluto que sean nocivos por su propia naturaleza para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia”<sup>49</sup>.

Así, es posible observar que tanto restringir como ampliar demasiado la línea divisoria de las restricciones por objeto y efecto puede traer más perjuicios que beneficios. La efectividad de su presunción se basa en el mantenimiento de un delicado equilibrio entre la reducción de costos para la autoridad de competencia en casos donde los acuerdos sean evidentemente anti-competitivos, y la generación de falsos positivos o negativos en virtud de la probabilidad de nocividad de los acuerdos.

En el caso que nos ocupa, el procedimiento seguido en contra de RECAPT se inició sobre la base del numeral 6 del artículo 11 de LORCPM, según el cual están prohibidos:

Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competen-

49. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-67/13. *Groupement des Cartes Bancaires contra Comisión*, 14 de septiembre de 2014. Apartado 58. Este acercamiento restrictivo fue posteriormente reafirmado en el caso *Maxima Latvija contra Konkurences padome*, donde el Tribunal vuelve a hacer hincapié en que un acuerdo restringe la competencia por su objeto cuando revela en sí mismo un suficiente grado de nocividad a la competencia, considerándose que no es necesario analizar sus efectos. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-345/14. *Maxima Latvija contra Konkurences padome*, 26 de noviembre de 2015, p. 20.

cia, 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<sup>50</sup>.

Esta conducta se conoce generalmente como subasta colusoria (*collusive tendering*) o licitación fraudulenta (*bid rigging*), y constituye un tipo especial de cartel que se puede observar en mercados donde los contratos son otorgados a través de un proceso de licitación. Si todos los miembros del cartel llegan a un acuerdo de precios al momento de realizar sus ofertas, coordinan precios “cubiertos” —es decir, ofertan un precio más alto destinado a no ser el que eventualmente será adjudicado—, o se reparten subastas, el efecto que generan es similar al de un cartel de fijación de precios<sup>51</sup>. Según Whish y Bailey, no existe duda de que la subasta colusoria es una práctica restrictiva por su objeto, y está sancionada por el artículo 101(1) del TFUE debido a los claros efectos dañinos que su existencia como tal produce en el mercado<sup>52</sup>.

En el caso de RECAPT, la SCPM afirmó en su resolución que se recabó evidencia de una práctica restrictiva horizontal, que habría tenido como objeto asegurar el resultado en beneficio propio del proceso de subasta inversa electrónica para los operadores RECAPT y SOLNET. Los factores que, de acuerdo a la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la SCPM sustentaron la comisión de esta conducta, se hallaron en el proceso de contratación pública SIE-IESS-015-2011, en el que participaron seis empresas y solo se habilitó a RECAPT y SOLNET para que prosiguieran a la etapa de puja de la subasta inversa elec-

50. Artículo 11.6, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011.

51. Niels, Gunnar; Jenkins, Helen y Kavanagh, James, *Economics for Competition Lawyers*, 2016, p. 240.

52. Whish, Richard y Bailey, David, *Competition Law*, 2015, p. 571.

trónica sin una justificación al respecto. Esto, según la SCPM, además de la fuerte vinculación entre RECAPT y SOLNET, reflejó la existencia de vinculación entre los operadores y, circunstancialmente, la existencia de un acuerdo como tal que bastaba para sancionar la conducta a la luz del artículo 11, numeral 6, de la LORCPM.

Consecuentemente, la discusión del caso en la Corte Nacional no debió centrarse en determinar si debía aplicarse la regla *per se* o la regla de la razón, sino si el análisis de la SCPM fue suficiente para poder calificar la conducta como anticompetitiva por su objeto. En caso de serlo, la Corte Nacional debía simplemente comprobar que RECAPT no se excepcionó al respecto, invocando el artículo 12, para que el operador pueda ser considerado infractor del artículo 11 de la LORCPM.

### **3. CONCLUSIONES**

En el presente artículo hemos podido demostrar que la Corte Nacional claramente cometió un error al importar las reglas *per se* y de la razón y utilizarlas para analizar un caso, a la luz del derecho de la competencia ecuatoriano, particularmente cuando la restricción a examinarse era una hipótesis tan clara de restricción por objeto, como la licitación fraudulenta. Con su decisión, la Corte Nacional inició una discusión sobre categorías inaplicables y equivocadamente exigió que, a través de la regla de la razón, se compruebe que los operadores económicos han perjudicado a la competencia, al consumidor o al mercado.

Esto, por un lado, genera potenciales problemas en cuanto a la eficacia de la categoría de restricciones por objeto como reductora de costos para la autoridad de competencia y modificadora *ex ante* de la conducta de operadores económicos; por otro, omite un importante análisis sobre cuáles son los elementos a

considerar para determinar cuándo una conducta es restrictiva por su objeto, y poder diferenciarla claramente de una restricción por efecto. Todo esto es esencial para un régimen de competencia naciente como el ecuatoriano, el cual reconoce categorías que no pudieron ser diferenciadas debido a la errada aplicación de conceptos, tanto del derecho de la competencia como del derecho penal.

Lamentablemente, este error no es responsabilidad exclusiva de la Corte Nacional. El Tribunal Distrital partió también de premisas incorrectas, desconociendo los orígenes y fuentes del derecho de la competencia en el Ecuador. Así, los actores judiciales involucrados, quienes están llamados a brindar seguridad jurídica y eficacia al sistema, omitieron los avances y desarrollos alcanzados por regímenes de competencia aplicables y más avanzados. En el sistema europeo, por ejemplo, queda claro que no se emplean las reglas de la razón y *per se*, sino que se parte de análisis jurídicos y económicos propios, basados en la naturaleza de sus normas.

Reconocemos que la línea divisoria entre restricciones por objeto y efecto puede llegar a ser poco clara –confusiones han ocurrido, incluso en jurisdicciones maduras como la europea, donde se ha visto esta dificultad en ocasiones–. Por ello, resulta imperante que la Corte Nacional corrija en posteriores fallos los criterios emitidos, como lo hizo el Tribunal de Justicia Europeo en su momento. De no hacerlo, nuestra máxima autoridad judicial estaría provocando inseguridad e ineficacia en el sistema y limitando el consiguiente desarrollo del derecho de la competencia en el Ecuador.

Finalmente, la identificación de esta problemática puede servir como punto de partida para el estudio de otras posibles afectaciones que la decisión generaría en áreas transversales y complementarias del derecho de la competencia. Por ejemplo,

se pueden vislumbrar posibles transgresiones en materia procesal y constitucional al debido proceso, al darse una modificación en cuanto a quién le corresponde la carga de la prueba en ciertas conductas y omitirse análisis sobre la pertinencia y conducencia de pruebas.

Esto es particularmente preocupante en el escenario opuesto al que nos encontramos, es decir, si la Corte Nacional decide que una restricción es *per se* anticompetitiva. Siguiendo la misma línea de pensamiento que ha seguido en esta decisión, en caso de que ello ocurra, no se permitirá al operador mostrar prueba en contra sobre la procompetitividad de su conducta, lo cual está expresamente reconocido en el artículo 12 de la LORCPM y constituiría una violación directa de sus derechos.

## **IX. NORMATIVA DE COMPETENCIA Y LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE**

*Carlos Chavarría*<sup>1</sup>

### **Abstract**

La delimitación del mercado es una piedra angular en la política de competencia, que resulta esencial tanto para el control de las concentraciones económicas como para la investigación de prácticas anticompetitivas. No obstante, este no es el caso en el tratamiento de prácticas desleales, donde el consumidor promedio debería constituir el estándar de evaluación más no el mercado (y su impacto) o el bienestar general.

### **Palabras clave**

Derecho de la competencia, delimitación del mercado, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

La determinación del mercado relevante juega un rol importante en la aplicación de la normativa de competencia. Al respecto, el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante, "LORCPM")<sup>2</sup> señala

1. Economista. Economista en Teoría y Política Económica (ESPOL, Ecuador). Master in Economics of Markets and Organizations (Toulouse School of Economics, Francia). Especialista Regulatorio en Telefónica Ecuador. Para comentarios y mayor discusión contactar con el autor al correo electrónico: carlos.chavarría.loor@gmail.com
2. Registro Oficial Suplemento No. 555 del 13 de octubre de 2011.

que “a efecto de aplicar esta Ley [...] [se] determinará para cada caso el mercado relevante [...]”. El mercado relevante es, por tanto, y al menos desde el punto de vista jurídico (o de cumplimiento de la norma), un paso esencial en la aplicación del Derecho de Competencia. Sin embargo, desde el punto de vista económico, la determinación del mercado relevante no resulta siempre esencial y, consecuentemente, fijar excesiva importancia en su determinación distrae del verdadero interés del análisis de competencia (i.e., entender la naturaleza de la situación competitiva que enfrentan las firmas). Como se discutirá en este artículo, la determinación del mercado relevante es un medio, no un fin, en el análisis de competencia. Por tanto, su aplicabilidad debe supeditarse al objetivo último de la investigación, tal y como se discute en diferentes secciones de este artículo.

## **1. EL ROL PRIMORDIAL DE LA DOCTRINA ECONÓMICA EN LA DEFINICIÓN DE MERCADO**

De la revisión de algunos casos resueltos en la normativa ecuatoriana de competencia, se denota una tendencia a usar mayormente herramientas cualitativas en la investigación de prácticas abusivas o restrictivas, mientras que en el control de fusiones el análisis cuantitativo es más frecuente<sup>3</sup>. Este enfoque cualitativo utilizado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la definición de mercado no corresponde con los avances, visión y entendimiento económico de cómo deben definirse los mercados, y más si se considera que la doctrina económica provee (casi siempre) un indicador con-

3. Para el control de fusiones, de hecho, la Autoridad ha emitido una “Guía Técnica para el Análisis de Operaciones de Concentración Económica” en la que se ofrece una revisión de los aspectos que deben considerarse en la definición de mercado. Un reciente estudio en el sector cervecero da cuenta además del interés de incluir estimaciones cuantitativas en la definición de mercado para el control de fusiones.

fiable de la política actual y futura en la definición de mercado<sup>4</sup>.

La doctrina económica debe además jugar el rol primordial en la delimitación de mercado; esto con el objeto de evitar (lo que hasta ahora parece una tendencia en la aplicación de la normativa ecuatoriana de competencia) decisiones “orientadas” a los resultados de la investigación. En otras palabras, el uso de base económica debe reducir la tentación de definir mercados “estrechos” que (orientan) la existencia de poder de mercado y parecen “delinear” los resultados de las investigaciones.

Recientemente, en un caso de definición de mercado para bebidas carbonatadas, la Autoridad de Competencia concluyó que bebidas como el té carbonatado (con gas) pertenecían a un mercado distinto al de otras bebidas carbonatadas como gaseosas de diferentes sabores (i.e., Coca Cola, Pepsi Cola, Fanta). La Autoridad se enfocó básicamente en las diferencias de sabor entre varios tipos de bebidas con gas, concluyendo que no existía suficiente evidencia de sustitución de la demanda. No se consideró, por ejemplo, si los precios de un tipo de bebida con gas restringían los precios de otras también con gas. No se consideraron los diferentes modelos de consumo que aplican a las bebidas (i.e., si es para saciar la sed, acompañar una comida, nutrición, evento social, entre otros). Se omitió, además, una prueba básica por la que debía evaluarse si el número de consumidores que sustituían una bebida en respuesta a un incremento de precios era o no suficiente para actuar como una restricción competitiva. La carencia de un correcto análisis cuantitativo, por un lado, y no contrastar la evidencia cualitativa con la cuantitativa, por otro, pueden llevar a una errónea delimitación del mercado.

4. O'Donoghue, Robert y Padilla, Jorge “Market Definition”, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Portland, OR, 2006, p. 67.

## **2. EL ARTE ECONÓMICO DE DEFINICIÓN DE MERCADO**

La determinación del mercado relevante es un asunto complejo que requiere un análisis exhaustivo, sustentado en técnicas cualitativas, cuantitativas y, cuando es posible, evidencia circunstancial de sustitución en un pasado reciente. La definición de mercado en la normativa de competencia no siempre coincide con la definición empresarial. Para un empresario, el mercado es el lugar donde se ponen los productos o servicios en venta, o el sector o la industria a la que pertenece la empresa. En la normativa de competencia, el mercado corresponde al conjunto de productos (o áreas geográficas) que ejercen entre sí alguna restricción competitiva.

Las firmas enfrentan tres tipos de restricciones (o presiones) competitivas. Por un lado, los consumidores que, si no están satisfechos con el precio o calidad de un producto lo sustituyen por productos de otros competidores. Por otro lado, los competidores que, para captar clientes aplican promociones, descuentos o reducciones de precios. Finalmente, los potenciales competidores que, representan una futura amenaza para los actuales participantes del mercado. Estas presiones competitivas son consideradas en la delimitación del mercado desde diferentes perspectivas. La presión competitiva que ejercen los consumidores se considera en el análisis de sustitución de la demanda, mientras que la presión competitiva de los competidores en el análisis de sustitución de la oferta<sup>5</sup>. Así, la sustituibilidad de los consumidores o demanda, por un lado, y la de los competidores u oferta, por otro lado, determina el mercado relevante (o los “límites” de la competencia<sup>6</sup>).

5. Por su parte, la presión competitiva de los potenciales competidores no es considerada en la definición de mercado, sino para evaluar la posición de una empresa en el mercado.
6. La sustitución desde la perspectiva de los consumidores es la que mayormente delimita el mercado relevante. Por su parte, la sustitución desde la perspectiva de los oferentes solo se considera en aquellos casos en los que surte el mismo efecto que la sustitución desde los consumidores; es decir, cuando la sustitución de un producto a otro se realiza de manera rápida, eficaz, y no conlleva a un ajuste grande y riesgoso de activos materiales (procesos de

Para el análisis de sustitución (y determinación del mercado relevante) se cuenta con muchas técnicas de valoración, entre las que destaca una prueba conocida como el test del monopolista hipotético (o prueba *SSNIP*, por sus siglas en inglés). La prueba *SSNIP* empieza por considerar el producto (o zona geográfica) objeto de la investigación, luego se plantea la pregunta de si la empresa que produce o comercializa dicho producto encontraría rentable incrementar el precio en, digamos, un 10%. Si la respuesta es sí, significa que no existen en el mercado otros productos sustitutos a aquel que incrementó su precio y, por tanto, dicho producto delimitaría el mercado relevante. Si la respuesta es no, significa que existen otros productos en el mercado que los consumidores consideran sustitutos y, por tanto, esos otros productos serán considerados en la definición de mercado.

Es importante aclarar que el análisis cualitativo no resulta irrelevante ni menos importante en la delimitación de mercado. Es una herramienta necesaria, pero no suficiente. En la evaluación de qué otros productos se deben considerar en la aplicación de la prueba *SSNIP* explicada *supra*, se utiliza (preliminarmente) un análisis cualitativo sobre los usos y características de los productos potencialmente sustitutos, se toma en cuenta el nivel de precios, su disponibilidad en el mercado, las preferencias de los consumidores, entre otros factores. Este análisis cualitativo (posteriormente) es soportado con un análisis de tipo cuantitativo, donde los resultados de la prueba *SSNIP* pueden ser también sustentados con herramientas como pruebas de correlación de precios y/o estimaciones econométricas de elasticidades.

La definición de mercado en la normativa de competencia comprende en general dos dimensiones, la de producto y la geográfica. Para el análisis de sustitución de zonas geográficas se suelen emplear las mismas técnicas cuantitativas o cualitativas utilizadas para delimitar el mercado de producto. Tal como se-

---

producción o distribución) o de activos inmateriales (habilidades y entrenamiento del personal).

ñalan O'Donoghue y Padilla "Dependiendo del grado de homogeneidad de las condiciones de competencia entre diferentes áreas, el mercado geográfico puede ser global, regional, transnacional, nacional, sub-nacional, o, en pocos casos, limitarse a una facilidad en una locación geográfica específica (i.e., un puerto)"<sup>7</sup>.

### **3. LA DETERMINACIÓN DE MERCADO EN POLÍTICA REGULATORIA Y POLÍTICA DE COMPETENCIA**

Conceptualmente, la definición del mercado relevante se fundamenta sobre el concepto de sustituibilidad existente entre los productos que forman parte del mismo<sup>8</sup>. La lógica es simple: si se está analizando si el producto Y efectivamente pertenece al mismo mercado que el producto X (suponiendo que el producto X es el objeto de la investigación), entonces la condición necesaria es que el consumidor deba percibir ambos productos como altamente sustituibles. De lo contrario, se desecha al producto Y como perteneciente al mercado relevante que contiene al producto X<sup>9</sup>. Si bien la definición de mercado obedece a esta lógica económica, existe una diferenciación en la definición de mercado en función de si la aplicación es para política regulatoria o de competencia. En sectores económicos regulados (telecomunicaciones, por ejemplo) es importante tomar en cuenta esta diferenciación para la determinación de mercado relevante.

La política regulatoria tiene una visión prospectiva (*ex ante*) y tiene como finalidad establecer condiciones que promuevan la competencia, prevengan distorsiones anticompetitivas en el

7. O'Donoghue, Robert y Padilla, Jorge, "Market Definition", 2006, p. 65.

8. Davis, Peter y Garcés, Eliana, *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton University Press, Princeton y Oxford, 2009.

9. Este ejercicio continúa para otros productos candidatos a ser incluidos en el mercado que contiene al bien X.

mercado o situaciones que creen o refuercen dominancia. Por su parte, la política de competencia tiene una visión retrospectiva (*ex post*), y busca determinar la existencia de prácticas anticompetitivas en las que ha incurrido determinada empresa<sup>10</sup>.

Otra diferencia importante en la definición de mercado para política regulatoria y para la política de competencia es el ámbito de aplicación. En el primer caso, el objetivo es definir un mercado que viabilice la aplicación de medidas regulatorias de cumplimiento general para todas las firmas participantes del mercado, por lo que generalmente la delimitación de mercado es más “holgada”. En el segundo caso, la política de competencia busca delimitar mercados relevantes centrados en un producto específico mediante el cual se han implementado prácticas anticompetitivas; consecuentemente, la delimitación de mercado es más “estrecha”.

En este sentido, dado el contexto de análisis en política regulatoria y en política de competencia, las metodologías de definición de mercado relevante son diferentes, por lo que la delimitación de mercado en cada uno de estos contextos puede no coincidir<sup>11</sup>. Sin embargo, es recomendable tomar como punto de partida el mercado relevante definido en el contexto regulatorio y ajustarlo al contexto de la práctica anticompetitiva investigada.

10. OECD. “Defining the Relevant Market in Telecommunications”. OECD 2014: 9.

11. *Ibidem*, p. 10.

#### **4. LA DETERMINACIÓN DE MERCADO Y SU RELACIÓN CON EL PODER DE MERCADO (SECCIÓN 2) DE LA LORCPM**

La Sección 2 de la LORCPM se refiere al poder de mercado (i.e., la condición por la que una o varias firmas pueden actuar con cierto grado de independencia de sus competidores, proveedores, consumidores u otros agentes participantes del mercado). En términos económicos, evaluar el poder de mercado implica determinar si “la firma investigada enfrenta o no significativas restricciones competitivas”. Esta evaluación se realiza en, digamos, dos etapas. En una primera etapa se determina el mercado relevante, que (a través del análisis económico *Vid supra*) implica definir los productos (y áreas geográficas) que limitan la competencia efectiva de la firma cuyas prácticas están siendo investigadas. En la segunda etapa se evalúa la posición competitiva de la firma investigada (i.e., su participación en el mercado, la habilidad de incrementar precios (o reducir la producción), la existencia de barreras en el mercado, su comportamiento en el mercado, entre otros factores). Ambas etapas resultan vitales para la investigación de una práctica tipificada en el artículo 9 o el artículo 10 de la LORCPM.

Quizá dos de los indicadores más comunes de la existencia de poder de mercado son la participación del mercado y la posibilidad de entrada. La cuantificación de las cuotas de mercado solo es posible si se han establecido (correctamente) las “fronteras” del mercado relevante. Así mismo, la determinación de mercado relevante hace posible identificar restricciones sobre el ejercicio de poder de mercado originadas de la entrada potencial de nuevos competidores<sup>12</sup>.

12. Motta, Massimo, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

Es muy común el debate sobre el mercado relevante especialmente en investigaciones relacionadas al artículo 9 o al artículo 10 de la LORCPM. Esto surge porque la posibilidad de determinar la existencia de poder de mercado está muy influenciada por cuán amplia o estrecha sea la definición de mercado. En una definición amplia es menos probable encontrar la existencia de poder mercado (pues se incluyen más productos y más firmas en los “límites” de la competencia) y así cualquier conducta investigada del artículo 9 o del artículo 10 de la LORCPM podría escapar el escrutinio de la normativa de competencia. Por su parte, en una definición estrecha, al reducir los “límites” de la competencia, se podría imponer obligaciones injustificadas a la firma investigada. En cualquier caso, estos errores son costosos para la aplicación efectiva de la normativa por lo que la correcta delimitación de mercado es sumamente importante.

La definición de mercado se utiliza no solo en el contexto de determinar la existencia de poder de mercado, sino también en la evaluación de los efectos reales o potenciales de la conducta investigada. El abuso de poder de mercado puede tener efecto en el mercado en el que la firma investigada tiene poder de mercado o en un mercado adyacente al investigado. Por ejemplo, “para concluir que determinada práctica en el mercado A tiene un efecto exclusionario en el mercado B, ambos mercados A y B deben estar propiamente definidos”<sup>13</sup>. Además, los efectos en el proceso competitivo solo pueden ser correctamente evaluados cuando los “límites” de la competencia (i.e., el mercado) han sido correctamente dimensionados.

13. O’Donoghue, Robert y Padilla, Jorge, “Market Definition”, 2006, p. 64.

## 5. LA DETERMINACIÓN DE MERCADO Y SU RELACIÓN CON LOS ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS (SECCIÓN 3) DE LA LORCPM

La normativa de competencia prohíbe además los acuerdos y prácticas que distorsionan o restringen la competencia. Dentro de este tipo de prohibiciones se encuentran aquellas prácticas consideradas *per se* ilegales (i.e., fijar precios, repartirse clientes o zonas de distribución, colusión en compras públicas<sup>14</sup>) y aquellas que deben analizarse bajo el criterio económico de la regla de la razón<sup>15</sup> (i.e., la fijación de precios de reventa, la incorporación de cláusulas de exclusividad, la discriminación de precios, las ventas atadas, entre otras). En el primer caso, la carga de la prueba es mayormente circunstancial o prueba directa, como puede ser evidencia de comunicación entre las partes investigadas. En el segundo caso, la carga de la prueba es mayormente económica o prueba indirecta (i.e., demostrar que las conductas generaron mayormente efectos anticompetitivos que procompetitivos).

Independientemente del tipo de acuerdo restrictivo investigado, la definición de mercado es un aspecto esencial. En primer lugar, los acuerdos restrictivos no se prohíben para el caso de empresas que por su pequeña escala de operación y/o por su escasa significación no sean capaces de afectar la competencia (i.e., regla de *minimis*<sup>16</sup>). Es decir, que determinado acuerdo (potencialmente) restrictivo debe ser analizado inicialmente en función de su impacto en el mercado, para lo que se consideran las

14. Este tipo de prácticas se presumen anticompetitivas por sí mismas y no se requiere comprobación alguna respecto de los efectos ocasionados o de la intención de las partes.

15. Bajo esta regla se deben evaluar los efectos que determinada conducta ha generado en el mercado; en consecuencia, el análisis económico se vuelve imprescindible y riguroso. Solo de llegarse a demostrar que tales efectos provocaron un daño a la competencia (que supera los potenciales efectos procompetitivos) se procede a la prohibición (y sanción) de la conducta.

16. Artículo 13 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, referente a la Regla de *Minimis*.

participaciones o cuotas de mercado de las firmas involucradas en el acuerdo<sup>17</sup>. Como se indicó anteriormente, la cuantificación de las cuotas de mercado solo es posible si se han establecido correctamente los “límites” del mercado relevante y, por tanto, la correcta exención o prohibición a un acuerdo restrictivo depende (indirectamente) de las cuotas de mercado de las firmas investigadas. En segundo lugar, si determinado acuerdo no puede acogerse a la aplicación de la regla de *minimis*, se debe entonces analizar su naturaleza y realidad económica, para lo cual es necesaria la delimitación de mercado. Una alegación de fijación de precios *per se* ilegal solo tiene sustento y sentido económico si se trata de empresas competidoras en el mercado relevante, o una alegación de cláusulas de exclusividad restrictivas solo es coherente si se trata de firmas complementarias en el mercado relevante. En cualquier caso, para definir si dos empresas son competidores o complementarias, la delimitación de mercado es un paso esencial para entender la naturaleza y realidad económica de las conductas investigadas.

17. La Resolución No. 003 de la Junta de Regulación de la LORCPM, respecto a la “Determinación de Criterios para la Aplicación de la Regla de *Minimis* en Materia de Acuerdos y Prácticas Restrictivas” estableció tres umbrales para la exención de conductas prohibidas conforme el artículo 11 de la LORCPM, a saber:
  - 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.

## 6. LA DETERMINACIÓN DE MERCADO Y SU RELACIÓN CON LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA (SECCIÓN 4) DE LA LORCPM

El control y la regulación de las operaciones de concentración económica (i.e., fusiones y adquisiciones) consisten en la aprobación, negación o condicionamiento por parte de la Autoridad de la operación de fusión o adquisición propuesta por las partes involucradas. La decisión adoptada se fundamenta en un análisis *ex ante* por el que se determina el potencial impacto en el mercado una vez concretada la operación. Así, aquellas operaciones que no representan riesgos para el entorno competitivo del mercado (i.e., incremento unilateral de precios o reducción de la producción, cierre de canales de venta o comercialización, o fomento de pactos colusorios) son por lo general aprobadas, concretándose la operación propuesta por las partes involucradas. Sin embargo, las operaciones que crean, modifican o refuerzan el poder de mercado son en general condicionadas o desestimadas por la Autoridad.

La evaluación del poder de mercado implica, como ya se mencionó anteriormente, conocer los “límites” del mercado sujeto a investigación. Las cuotas de mercado y la posibilidad de entrada son, en general, el estándar de la evaluación de poder de mercado y cualquiera de estos dos indicadores solo pueden ser evaluados una vez que los “límites” del mercado relevante han sido correctamente establecidos.

Interesante es acotar que, en la evaluación de prácticas abusivas, por un lado, y operaciones de concentración económica, por otro lado, la temporalidad (y objeto) del análisis es distinta. En el primer caso, la evaluación es *ex post*, lo que implica que el objeto último es la corrección y eliminación de las conductas que distorsionan la competencia en el mercado. En el segundo caso, la evaluación es *ex ante* y, por tanto, se busca la prevención de

cualquier acto o conducta que pueda (posteriormente) afectar la competencia. Esta diferencia de temporalidad (y objeto), no implican que la definición de poder de mercado sea distinta. De hecho, existe una equivalencia doctrinal en la definición de poder de mercado para ambos casos y, en consecuencia, la delimitación correcta de mercado es un insumo esencial en el análisis.

A pesar de esta equivalencia en la definición de poder de mercado y la importancia de la correcta delimitación de mercado, algunas diferencias deben puntualizarse. Primero, el análisis de restricciones competitivas que es el foco de la definición de mercado no es el mismo para evaluar prácticas abusivas y operaciones de concentración económica<sup>18</sup>. En el caso del control de fusiones, el objetivo de delimitar el mercado es identificar las restricciones competitivas que enfrentan las partes a precios *pre-fusión*, sin cuestionar la legitimidad de dichos precios. Por su parte, en la evaluación de prácticas abusivas, la definición de mercado se utiliza para evaluar, por un lado, si la firma cuyas prácticas están siendo investigada posee o no poder de mercado y, por otro lado, para investigar si el nivel de precios actual impone o no alguna restricción competitiva. Esto implica que la definición de mercado para evaluar prácticas abusivas es más compleja que en el control de fusiones: “mientras los precios *pre-fusión* son observables, la tarea de definir si un precio es o no competitivo, resulta abrumadora”<sup>19</sup>.

Por otro lado, al igual que los acuerdos y prácticas restrictivas, las operaciones de concentración económica pasan por una especie de filtro previo a determinar si merece o no atención de la Autoridad. En el caso de los acuerdos restrictivos la regla de *minimis* es dicho filtro (*Vid supra*). Y para las operaciones de concentración económica, la normativa establece la aplicación de umbrales basados en el volumen de negocios y/o cuotas de mer-

18. O'Donoghue, Robert y Padilla, Jorge, “Market Definition”, 2006, p. 65.

19. *Ibidem*, p. 66.

cado. La incorrecta delimitación del mercado (como paso previo necesario para cuantificar cuotas de mercado y/o volumen de negocios) puede conllevar a dos tipos de errores, ambos costosos en la aplicación de la normativa de competencia. Por un lado, los falsos positivos (o error tipo I), si no se escrutan aquellas operaciones de concentración que representan un verdadero riesgo para el mercado. Por otro lado, los falsos negativos (o error tipo II), cuando se escrutan actos o conductas que desgastan el aparato administrativo y no representan ningún riesgo para el proceso competitivo.

## **7. LA DETERMINACIÓN DE MERCADO Y SU RELACIÓN CON LAS PRÁCTICAS DESLEALES (SECCIÓN 5) DE LA LORCPM**

El enfoque de definición de mercado del artículo 5 de la LORCPM es consistente con los principios aplicados en la evaluación de poder de mercado, acuerdos restrictivos, fusiones y adquisiciones. Sin embargo, sorprende que en la normativa ecuatoriana la Autoridad aplique la definición de mercado en la evaluación de prácticas desleales. Existe un consenso en la jurisdicción de varios países que la definición de mercado provee una visión general de los principios que deben aplicarse en la evaluación de las tres áreas principales de la política de competencia (i.e., Poder de Mercado, Acuerdos Restrictivos y Control de Fusiones); no obstante, la evaluación de prácticas desleales merece (ciertamente) otro tratamiento que no guarda relación con la delimitación de mercado.

Como se ha indicado, el propósito de delinear el mercado es identificar las restricciones competitivas que enfrenta la firma investigada, de ahí que la definición de mercado sea un paso esencial para la (posterior) evaluación de prácticas anticompe-

titivas y el control de fusiones. Es importante aclarar, en primer lugar, la diferencia entre una práctica anticompetitiva y una práctica desleal desde el punto de vista económico<sup>20</sup>. Las prácticas desleales no hacen referencia a los daños económicos (potenciales o reales) que implican tanto los monopolios (o el poder de mercado) y la legislación *antitrust* (normativa de competencia). En tal sentido, los efectos de una conducta anticompetitiva y una conducta desleal son distintos: la primera genera efectos en el mercado, mientras la segunda (independientemente de los efectos en el mercado) afecta los intereses de un competidor o de un consumidor. Las conductas anticompetitivas requieren, por tanto, definir los “límites” de un mercado que constituya justamente la dimensión afectada por la puesta en práctica de la conducta. Por su parte, las conductas desleales no requieren tal delimitación porque la afectación se circunscribe (en general) al interés particular de un grupo de consumidores y/o competidores.

Una práctica desleal, que afecte o distorsione la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general, se conoce como anticompetitiva, por lo que debería dársele el tratamiento normativo prescrito para tal caso. No obstante, mientras no se acredite la existencia de efectos en el mercado, la conducta merece un tratamiento (económico y jurídico) distinto al del conocido Derecho *antitrust*<sup>21</sup>. En el tratamiento económico, específicamente, no hay sentido ni justificación de definir el mercado cuando la práctica desleal no genera daños económicos, sino una afectación particular a un grupo de consumidores y/o competidores.

La LORCPM, respecto de las prácticas desleales, ha instaurado un régimen de regulación incoherente e ineficiente, al pro-

20. Para una discusión sobre los aspectos jurídicos de la competencia desleal, véase el artículo de Alberto Brown, “*Antitrust* y Competencia Desleal”, incluido en este número de la *Revista Ecuatoriana de Derecho de la Competencia*.

21. Legal Information Institute, “Unfair Competition”, *Cornell Law School*, 10 Oct. 2017. Disponible en: [https://www.law.cornell.edu/wex/unfair\\_competition](https://www.law.cornell.edu/wex/unfair_competition)

hibir actos desleales que “impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia o atenten contra la eficiencia económica o el bienestar general [...]”. Para denotar esta incoherencia e ineficiencia de la LORCPM en el tratamiento de prácticas desleales, supóngase el caso de un acto de engaño (i.e., calidad de un producto resulta inferior a la publicitada). Este tipo de prácticas, queda claro, no solo engañan a un consumidor sino a todos aquellos que adquieren el producto (y probablemente a firmas competidoras que experimentaron una externalidad negativa por la publicidad engañosa). Entonces, ¿cuál es el objeto de delimitar el mercado? El acto de engaño está configurado independientemente de si se afectó o no a un consumidor o a varios, e independiente de si el producto en cuestión es un mercado en sí o hubiere otros productos sustitutos. En cualquier práctica comercial dirigida a un grupo particular de consumidores, el consumidor promedio<sup>22</sup> de dicho grupo es el estándar de comparación (*benchmark*). La condición de “leal” o “desleal” de la práctica se evalúa tomando a dicho consumidor como estándar de comparación y no al bienestar general, como manifiesta la LORCPM.

La cuestión de delimitar el mercado no es consistente con el bienestar general como estándar de evaluación. Bienestar general es un concepto que tiene implicaciones sociales, económicas (y más en el sentido de monetario), políticas, religiosas y otros aspectos de la vida humana; es decir, un concepto que traspasa el sentido microeconómico y económico de cualquier normativa de competencia. Delimitar el mercado, por su parte, implica entender “los límites de la competencia” o evaluar las “restricciones competitivas” que enfrenta una firma; un con-

22. La Corte Europea de Justicia define a este consumidor como aquel “razonablemente bien informado y razonablemente observador y cauteloso”. Véase “Opinion of the European Economic and Social Committee on the ‘proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the Internal Market and amending Directives 84/450/EEC, 97/7/EC and 98/27/EC (the Unfair Commercial Practices Directive)”, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:108:0081:0085:EN:PDF>>.

cepto netamente microeconómico. ¿Cómo entonces delimitar un mercado es consistente con establecer el “bienestar general” como estándar de evaluación? No existe simplemente una correspondencia ni teórica ni práctica entre estos dos conceptos. El aspecto normativo de la LORCPM para evaluar prácticas desleales resulta, por tanto, incoherente e ineficiente con la aplicación y doctrina económica.

## 8. PRECISIONES FINALES RESPECTO A LA DEFINICIÓN DE MERCADO

A modo de conclusiones finales, es importante precisar los siguientes aspectos. Las prácticas abusivas (abuso de poder de mercado) se prohíben por su efecto en el mercado, al igual que ciertos acuerdos restrictivos (como las restricciones verticales). El tratamiento de fusiones y adquisiciones es similar al de prácticas abusivas, diferenciándose principalmente el horizonte de evaluación (i.e., *ex ante* para las fusiones y *ex post* para prácticas abusivas). En estos tres casos, no cabe duda que la definición de mercado es esencial, pues el efecto en el mercado es (en consenso) el estándar de comparación para prohibir o no la práctica investigada. En el caso de prácticas desleales, su efecto en el mercado no debería ser el estándar de evaluación, tampoco el bienestar general, sino el consumidor promedio. Esto a fin de evitar la incoherencia e ineficiencia de delimitar el mercado en asuntos relacionados con prácticas desleales. En palabras de Monti, ex Comisionado para la Comunidad Europea, en la aplicación de la política de competencia, “lo más importante es entender la naturaleza de la situación competitiva que enfrentan las firmas involucradas en cierta práctica”<sup>23</sup>. Por tanto, el mercado relevante si bien es una piedra angular en la política de competencia, no puede priorizarse por sobre el objeto mismo de tal política.

23. Monti, Mario, “Policy market definition as a cornerstone of EU Competition policy”. Workshop on Market Definition, Helsinki, 5 Oct. 2001, <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-01-439\\_en.pdf](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-01-439_en.pdf)>.