



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas
Escuela de Derecho

**“EL ABUSO DE PODER DE MERCADO Y LA FIJACIÓN DE PRECIOS
PREDATORIOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”**

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogado

Autor: Fabián Teodoro Pozo Neira

Director: Dr. Marcelo Chico Cazorla

Cuenca, Ecuador

Octubre de 2013

Dedicatoria

A la memoria de Fernando Pozo Illingworth

Agradecimientos

El presente trabajo, no hubiese sido posible sin el apoyo incondicional y paciente de las personas que me han acompañado durante su desarrollo, desde su inicio hasta su conclusión.

Agradezco a mis padres y hermanos, de quienes he robado invaluable horas familiares para dedicarme exclusivamente a la investigación.

Agradezco a Ana Belén Cordero, por su amor, consejo y paciencia infinitas, sin los que este trabajo hubiese sido imposible.

También, debo agradecer a mi amigo y maestro Francisco Gottifredi, al Dr. Marcelo Chico Cazorla, personas y profesionales ejemplares, a los Abgs. Marcelo Chico Jaramillo, Juan Fernando Valdivieso y José Andrés Valdivieso, y a todos los integrantes de Coello-Chico & Asociados Abogados por su amistad y enseñanzas diarias.

Agradezco a mi querida Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay, por las enseñanzas, vivencias y experiencias adquiridas a lo largo de toda la carrera, en especial al Dr. Remigio Auquilla Lucero, decano y amigo, a la Dra. Ana Isabel Malo, maestra, amiga y consejera, al Ec. Luís Tonón Ordoñez, a los Doctores José Cordero Acosta y Rodrigo Cordero, al Ab. Andrés Martínez Moscoso, a la Ab. Silvana Tapia de Tuven, y a todo el personal de la Facultad cuyo apoyo ha sido invaluable a lo largo de mi paso por sus aulas.

Índice De Contenidos

Dedicatoria	II
Agradecimientos.....	III
Índice De Contenidos	IV
RESUMEN.....	VII
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO PRIMERO:.....	4
1.1.- INTRODUCCION AL DERECHO DE LA COMPETENCIA	4
1.1.1.- Definición e importancia de la competencia	7
1.1.2.- ¿QUÉ ES EL DERECHO DE LA COMPETENCIA?	9
1.2.- EL BIEN JURÍDICO QUE PROTEGE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA. 12	
1.2.1.- EVOLUCIÓN DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO POR EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA	13
1.2.2.- EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EUROPEO	18
1.2.3.- EL OBJETO DE TUTELA DE LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA EN LATINOAMÉRICA.....	20
CAPITULO SEGUNDO	23
2.1.-LA NORMATIVA DE COMPETENCIA EN EL ECUADOR	23
2.2.- REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA COMPETENCIA.....	25
2.2.1.- EL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA	28
2.2.2.- EL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA COMO DERECHO COLECTIVO	29
2.2.3.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	31
2.3.- LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA SOBRE COMPETENCIA	37
2.4.- CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS DE ABUSO DE PODER DE MERCADO SEGÚN LA LEY ORGANICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE PODER DE MERCADO	41

2.5.- ESTÁNDARES DE EVALUACIÓN DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA	45
2.5.1.- LA REGLA PER SE	46
2.5.2.- LA REGLA DE LA RAZÓN	51
CAPITULO TERCERO	55
3.1.- EL PODER DE MERCADO Y LA POSICION DE DOMINIO	55
3.2.- EL PODER DE MERCADO Y SU ABUSO.....	59
3.3.- LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE Y LA DETERMINACIÓN DEL PODER DE MERCADO	61
3.4.- METODOLOGÍAS PARA LA DETERMINACION DE LA POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO.....	64
3.4.1.- METODOLOGÍA GENERAL.-.....	66
CAPÍTULO CUARTO.....	100
4.1.- QUÉ SON LOS PRECIOS PREDATORIOS.....	100
4.2.- ¿ES POSIBLE Y RAZONABLE UNA ESTRATEGIA DE PREDACIÓN DE PRECIOS?	103
4.3.- DIFERENTES CORRIENTES SOBRE SU EXISTENCIA Y SANCION	107
4.4.- ¿COMO SE SANCIONA ESTA PRÁCTICA EN EL DERECHO COMPARADO?	109
4.5.- CONDICIONES NECESARIAS PARA QUE SEA FACTIBLE UNA ESTRATEGIA DE PREDACIÓN DE PRECIOS	110
4.5.1.- CONDICIONES DE LA EMPRESA.....	110
4.5.2.- CONDICIONES DEL MERCADO.....	111
4.6.- ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LOS PRECIOS PREDATORIOS.....	112
4.6.1.- ELEMENTOS OBJETIVOS.....	112
4.6.2.- ELEMENTO SUBJETIVO.....	114
4.7.- MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS PRECIOS PREDATORIOS	116
4.7.1.- Reglas de costos a corto plazo. Test Areeda Turner	116
4.7.2.- Reglas de control a la expansión de la producción	118
4.7.3.- Reglas de control a los aumentos de precios.-	119
4.7.4.-Test de la razón	120
4.7.5.- Reglas "Two-tier"	121

4.8.- APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA Y EUROPEA.	123
.....	
CAPITULO QUINTO	126
5.1 DESCRIPCION DEL CASO	126
5.2.- DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE:	127
5.3.- SITUACION DEL MERCADO	127
5.4.- ANALISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS:	127
5.4.1.- SOBRE LA EXISTENCIA DE PODER DE MERCADO:	128
5.4.2.- SOBRE LA VENTA POR DEBAJO DE COSTOS:	132
5.5.- ANALISIS DEL ELEMENTO SUBJETIVO:	134
CAPITULO SEXTO	136
6.1.- EL MERCADO DEL CEMENTO EN EL ECUADOR	136
6.2.- CARACTERISTICAS ESTRUCTURALES DEL MERCADO DEL CEMENTO EN ECUADOR	139
6.3.- EXISTENCIA DE BARRERAS DE ENTRADA:	142
6.4.- CASOS DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN EL MERCADO DEL CEMENTO EN EL DERECHO COMPARADO	142
6.5.- ¿SERIA RAZONABLE UNA PRACTICA DE PRECIOS PREDATORIOS EN EL MERCADO ECUATORIANO DEL CEMENTO?	143
RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES	146
• CNDC Argentina. Nº 064-000962/97 (c.405 Caso de Cámara Argentina de Papelerías, Librerías y Afines vs. Supermercados Mayoristas Makro	161

RESUMEN

El abuso de poder de mercado mediante la fijación de precios predatorios es analizado a partir de la definición conceptual de la conducta, sus elementos y las circunstancias necesarias para que se lleve a cabo. Se hace referencia a la más importante jurisprudencia internacional, la normativa nacional y las metodologías empleadas para su investigación. Se concluye sugiriendo la aplicación de una metodología de doble etapa que evalúe en primer lugar las condiciones del mercado investigado, y en segundo lugar, si el mercado cumple las características que hacen factible la implementación de esta práctica, se analice los elementos objetivos y subjetivos que configuran esta conducta anticompetitiva.

ABSTRACT

The abuse of market power through predatory pricing is analyzed based on the concept of behavior, its elements, and the circumstances needed for this to occur. The study mentions the most important international jurisprudence, the national legislation, and the investigation methodologies that are employed. We conclude by suggesting the application of a double stage methodology that evaluates the market conditions in the first place. Second, it evaluates if the market fulfills the characteristics that make the implementation of this practice feasible and analyzes the objective and subjective elements that make up this anticompetitive behavior.




Translated by,
Diana Lee Rodas

INTRODUCCIÓN

El derecho de la competencia en el Ecuador ha tenido hasta ahora escaso desarrollo tanto doctrinal como jurisprudencial, debido a la falta de una normativa interna de la materia antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y su reglamento.

La entrada en vigencia de esta Ley, marca un punto de quiebre para el ejercicio de los operadores económicos de nuestro país, en especial de aquellos con poder de mercado.

Las atribuciones tanto investigativas como sancionatorias de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, así como el andamiaje técnico-jurídico contemplado en la Ley y su Reglamento para efectivizar su aplicación, harán sin dudas que esta rama del derecho cobre gran importancia dentro de los próximos años.

El presente trabajo, en aplicación de una metodología deductiva, comienza con una introducción al derecho de la competencia y sus principales conceptos, así como sus objetivos, y su evolución en la doctrina y jurisprudencia comparada.

Posteriormente, se realiza un análisis de la normativa ecuatoriana de competencia, partiendo de su regulación constitucional, concentrándose en las conductas de abuso de poder de mercado según la Ley y sus estándares de evaluación.

Se exponen las metodologías y criterios utilizados para la definición del mercado relevante a investigarse, así como de los métodos propuestos para la determinación de la existencia de poder de mercado, recurriendo para ello a la escuela de Análisis Económico del Derecho.

La conducta específica de fijación de precios predatorios es abordada en el capítulo cuarto, utilizando los conceptos tratados en los capítulos anteriores. Se analiza su factibilidad y su criticable razonabilidad económica, así como las características que deben cumplir tanto el mercado como la empresa predadora para poder poner en práctica una estrategia de predación de precios con relativa probabilidad de éxito.

Posteriormente se analizan los elementos tanto objetivos como subjetivos que configuran esta práctica, así como las metodologías de análisis, investigación y prueba utilizadas en el derecho comparado, basándose nuevamente en la escuela de Análisis Económico del Derecho, sugiriendo la implementación de la que he considerado correcta según nuestro orden jurídico y las características de nuestro sistema.

Se dedica el capítulo quinto a observaciones y comentarios realizados acerca del primer caso de supuesta predación de precios en Ecuador, seguido en contra de la aerolínea LAN ECUADOR, por denuncia de sus competidoras AEROGAL y TAME, respecto de la ruta Quito-Guayaquil y viceversa.

Finalmente, se realiza un breve estudio acerca del mercado del cemento, analizando si en éste fuese posible y económicamente razonable la implementación de una práctica anticompetitiva de fijación de precios predatorios.

**“EL ABUSO DE PODER DE MERCADO Y LA FIJACIÓN DE PRECIOS
PREDATORIOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”**

CAPITULO PRIMERO:

“EL DERECHO DE LA COMPETENCIA”

1.1.- INTRODUCCION AL DERECHO DE LA COMPETENCIA

En los últimos tiempos, ha cobrado fuerza en Ecuador el llamado “Derecho de Competencia”, especialmente a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

Esta rama del derecho, poco desarrollada en el Ecuador y con escaso estudio doctrinario nacional, comporta un conjunto de temas algo novedosos para nuestro medio. Una disciplina jurídico-económica cuyo lenguaje es en gran medida el de la economía y negocios a la par que el de las ciencias jurídicas, resulta inquietante para abogados y jueces no familiarizados con el tema.

Esta área jurídica especializada, tiene su origen en el derecho norteamericano, como “*Derecho contra los trusts*”, forma de conglomeración empresarial muy utilizada y en auge en los primeros años post-revolución industrial, que posteriormente ha evolucionado extendiéndose mundialmente, cambiando su objeto de tutela, especializando y perfeccionando sus métodos, entre otros avances.

Lo que no ha cambiado, es el papel central de la competencia dentro de las relaciones humanas, que permite el progreso y crecimiento de las economías y el bienestar de los ciudadanos. La competencia empodera al consumidor y amplía su bienestar, ya que brinda la posibilidad de elegir entre una multiplicidad de bienes y servicios los que más le convenga para satisfacer sus necesidades.¹

Si bien economistas de la talla de Von Mises argumentan con fundamentos que las llamadas “distorsiones” de los mercados no son “fallas” del sistema de mercado, sino

¹ Cortazar Mora, Javier. *Curso de Derecho de la Competencia*. Bogotá Colombia. 1ra. Edición. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Editorial TEMIS, 2011. 3

producto de intervenciones regulatorias², cuyo efecto indirecto o colateral es la generación de monopolios u oligopolios, y que si el Estado no interviniese no existiesen distorsiones³, la realidad es que –sea por la imposibilidad inmediata de eliminar las intervenciones estatales, o sea por la existencia de fallos en el mercado- estas distorsiones existen y afectan a los consumidores y al mercado en general.

Existen monopolios y oligopolios que pueden ejercer su poder de mercado para restringir la competencia, eliminar competidores o impedir su potencial entrada a un mercado específico. Así como existen acuerdos entre operadores que pueden restringir la competencia forzando condiciones o fijando precios.

La economía precapitalista era esencialmente monopolista. Los feudos no eran más que pequeños monopolios sobre la fuerza laboral y la tierra; a la vez que en las ciudades y villas, los gremios ejercían su poder, manejando cada cual su correspondiente sector monopolísticamente.

Ejemplos paradigmáticos son la Casa de Contratación de Sevilla, que monopolizó el comercio de España con sus colonias, y la Compañía Inglesa de las Indias Orientales (East India Trading Company), monopolista inglesa de las rutas marinas. Monopolios estatales directos o concesiones reales a privados monopolistas, privilegios gremiales que excluían del mercado a los independientes no agremiados, entre otras, eran regla en la economía previa a la revolución industrial.

A partir de ésta, el cambio en los sistemas de producción condujo a cambios políticos y sociales, el capitalismo terminó con los privilegios de linaje y sangre y transformó el poder político, pues si los consumidores son los que deciden a quién favorecer, sobresale el más eficiente e innovador, sin que pese clase, raza o condición.

Desde entonces, ha sido y es la libre competencia la fuerza impulsora de la creatividad, la innovación y la eficiencia, competencia que está directamente relacionada con los derechos de libertad, ya que para que se desaten los beneficios de la competencia,

² Cabieses, Guillermo. *Las fallas del mercado y las fallas del Gobierno*. Cato Institute <http://www.elcato.org/las-fallas-del-mercado-y-las-fallas-del-gobierno> ingreso de fecha 28 de Julio de 2013, 12h13

³ Demsetz, Harold. *Information and Efficiency, Another Viewpoint*. The Journal of Law and Economics, University of Chicago, 1969. 1-21

esta debe ser libre, a fin de que existan incentivos suficientes y no se forjen barreras a su desarrollo.

Sin embargo, la libertad económica y progreso alcanzado gracias a la competencia es también amenazada desde sus propios actores: operadores económicos que coluden entre ellos para evitar las regulaciones del Gobierno, repartirse mercados o fijar precios, excluir a determinados operadores, impedir la entrada de nuevos competidores, sea a través de acuerdos, o fijando unilateralmente condiciones tendientes a ello.

Dejando de lado la posibilidad expuesta por Rothbard de que en ausencia de intervenciones regulatorias el mercado mismo impediría el nacimiento de monopolistas⁴ (por ejemplo, es la penalización de las drogas la que en última instancia causa el nacimiento de los carteles de narcotráfico, pues crean un mercado negro sumamente rentable), los Estados han buscado sancionar y disminuir estas prácticas nocivas para la competencia y los consumidores, dando origen al Derecho de la Competencia.

Como se expondrá en el apartado correspondiente, el derecho antitrust norteamericano ha tenido una evolución distinta del europeo, formando dos vertientes de las cuales se han nutrido los sistemas latinoamericanos⁵.

Asimismo, el bien jurídico tutelado y por ende los criterios de prohibición, a lo largo de la evolución del Derecho de la Competencia han variado. Pasando de un criterio socio-político que penalizaba la conductas per se, y un criterio objetivo de “eficiencia” que permite la justificación y aplicación de dichas prácticas en caso de que no afecten a la competencia ni a los consumidores.

Este trabajo abordará tangencialmente estos aspectos, pues son trascendentales en el tratamiento del Abuso de Poder de Mercado en la legislación ecuatoriana, concentrándonos especialmente en la conducta prohibida de fijación de precios

⁴ Rothbard, Murray. *Man, Economy and State*. Cap.10 “Monopoly and competition”. D. Van Nostrand Co., Princeton, New Jersey, 1962. Publicado en español por Unión Editorial, Madrid 2011 Trad. De Sedaca, Norberto.

⁵Ginebra Serrabou, Xavier. *Teoría General del Derecho de la Competencia*. México, Editorial Porrúa, 2012, Primera Edición. 39 y 69

predatorios, que me permitirá abordar en una conducta prohibida específica, las implicaciones de los temas de fondo anteriormente mencionados.

Expondré en un inicio nociones acerca de la competencia, el bien jurídico tutelado por el derecho de competencia y nuestra Ley de Control y Regulación de Poder de Mercado, y en base a esto, abordaré el tratamiento de las conductas prohibidas por la misma, el abuso de poder de mercado y su prueba, para finalmente abordar la conducta específica motivo de este trabajo, que es la fijación de precios predatorios como conducta de abuso de poder de mercado.

1.1.1.- Definición e importancia de la competencia

En palabras de Joaquín Garrigues, “La competencia es el modo natural de manifestarse la libertad económica y la iniciativa privada del empresario, y, en consecuencia, es la base del sistema capitalista. Libertad y competencia se han hecho términos sinónimos”⁶

La competencia libre, fomenta la eficiencia y la innovación, ya que al existir competidores o potenciales competidores, se debe buscar abaratar costos y maximizar la calidad, para obtener el favor de los consumidores. La ineficiencia es castigada por el mercado que excluye a las empresas poco eficientes⁷, así, se empodera a los consumidores que son en última instancia quienes deciden quien permanece en el mercado, de acuerdo a sus intereses y preferencias.

Competencia, etimológicamente, proviene del latín “*Competere*” que significa “ser apto para” y también “ir al encuentro de”. Dos vertientes que aún se manifiestan en el uso que damos a la palabra competencia, por un lado, como rivalidad entre dos sujetos, y por otro, como aptitud o habilidad para realizar o resolver algo.

Estas dos acepciones de “competencia” se mezclan en el concepto de competencia económica. Por un lado, los actores económicos se disputan el favor de los

⁶ Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Bogotá: Temis, 1987, p. 218

⁷ Witker, Jorge. *Derecho de la Competencia Económica en el TLCAN*. Universidad Autónoma de México. México DF. Editorial Porrúa. 2003. 2

consumidores, y por otro, es su aptitud para innovar y satisfacer sus necesidades la que determina quien prevalece.

Aplicando la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española competencia es “la disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa”. Y la “oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran obtener la misma cosa”⁸.

En consecuencia, competencia económica puede definirse como la disputa entre dos o más operadores económicos por obtener la mayor cantidad de clientes en un mercado determinado. Witker⁹ distingue entre: competencia económica, libre competencia y libre concurrencia, conceptos que son utilizados en nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

Así, este autor define a la competencia económica como una rivalidad consistente en actos jurídicos entre dos o más sujetos con relación a una misma clientela, que buscan un beneficio económico producto de una actividad comercial generalmente similar.¹⁰

Mientras que la libre competencia, debe entenderse como la situación de un mercado en la que dos o más agentes económicos ofrecen bienes o servicios similares intentando atraerse a los consumidores¹¹; y la libre concurrencia, a su vez, consiste en la situación específica en la que se halla un mercado, en el cual los agentes económicos tienen plena libertad de acceso sin barreras ni restricción alguna¹².

Por esto, proteger la competencia es proteger la libertad de competir, a fin de que las “armas” en esta confrontación entre operadores económicos no sean otras que la calidad, los precios, la prontitud del servicio, la innovación del producto y la variedad.

Por lo dicho, me adhiero a la definición de libertad económica dada por Miranda Londoño, quien sostiene que es “la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y

⁹ Witker, Jorge. *Derecho de la Competencia en el TLCAN*, Ob. Cit. 4

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela”¹³ misma que a su vez, presupone la concurrencia, pero que sin embargo no debe emplearse como sinónimo de la misma como al parecer hace nuestra legislación en algunos casos que comentaré más adelante.

1.1.2.- ¿QUÉ ES EL DERECHO DE LA COMPETENCIA?

En base a esta definición, el derecho de la Competencia es definido por Miranda Londoño como “el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado en aras del interés público”¹⁴

Al involucrar el concepto de “interés público”, se acogería un criterio socio-político. En un inicio, siguiendo esta tendencia, el Derecho de la Competencia fue pensado como un derecho prohibitivo-sancionador de la acumulación económica, por lo que tomó el nombre de “Derecho Antitrust”, por lo que toda operación de concentración económica medianamente importante podía ser sancionada o prohibida; sin embargo con posterioridad se siguió criterios de eficiencia económica, pasando a ser una rama reguladora y vigilante, dejando de lado la idea de que la concentración es nociva *per se*.

La noción de interés público es ampliamente subjetiva (¿Quién determina lo que interesa a un abstracto público sino el gobernante de turno?), y se enfoca principalmente en este criterio socio-político, que puede ser utilizada para restringir la competencia en base a criterios políticos y no técnicos, dada su ambigüedad. Por esto, el criterio sociológico ha sido progresivamente abandonado tanto en los fallos jurisprudenciales como en las normas de regulación de la competencia.

Por lo que, una definición que considero correcta, es la de Cortázar Mora, quien define al Derecho de la Competencia como el “conjunto de normas correctivas o preventivas

¹³ Miranda, Alfonso. *El Régimen General de la Libre Competencia*. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC III: compilación. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. 18

¹⁴ Miranda, Alfonso. *El derecho de la competencia en Colombia*. Revista de Derecho Económico N° 9 (1989), Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 53; citando a Merkin, Robert. *Competition Law in the United Kingdom and the E.E.C.*

cuyo objetivo o fin es proteger y promover la libre competencia en los mercados”¹⁵ que resulta más precisa y orientada a la protección de un bien jurídico específicamente determinado.

El derecho de la Competencia, así definido, se puede dividir en un Derecho de la Competencia Correctivo, y un Derecho de la Competencia Preventivo.

El derecho Correctivo, es la rama punitiva del derecho Antitrust, cuyo objeto es reprimir ciertas prácticas que le infligen daño a la libertad de competencia, como por ejemplo, los acuerdos de cártel o las conductas de abuso de posición de dominio¹⁶ que serán tratadas en el capítulo correspondiente a Abuso de Poder de Mercado.

Dentro de éstas, podemos distinguir las prácticas de grupo y las prácticas unilaterales. Las prácticas de grupo a su vez pueden ser acuerdos horizontales o acuerdos verticales, en los acuerdos horizontales, encontramos los cárteles, mientras dentro de los acuerdos verticales, podemos encontrar la fijación de precios de reventa, entre otras.

A su vez, dentro de las prácticas unilaterales, tenemos las prácticas de abuso de posición de dominio, como la fijación de precios predatorios, y también prácticas que no requieren posición de dominio, solamente contempladas en algunas legislaciones.

El derecho antimonopolios preventivo, por su parte, se caracteriza por requerir obligaciones consideradas necesarias para la prevención de realización de las prácticas sancionadas por el derecho antimonopolios punitivo¹⁷, así como efectuar actividades de control y vigilancia preventiva, como el requerimiento de notificación y/o autorización para el caso de operaciones de integración empresarial que dado su tamaño puedan generar consecuencias negativas en el mercado, además de las actividades de abogacía de la competencia, especialmente en el proceso regulatorio.

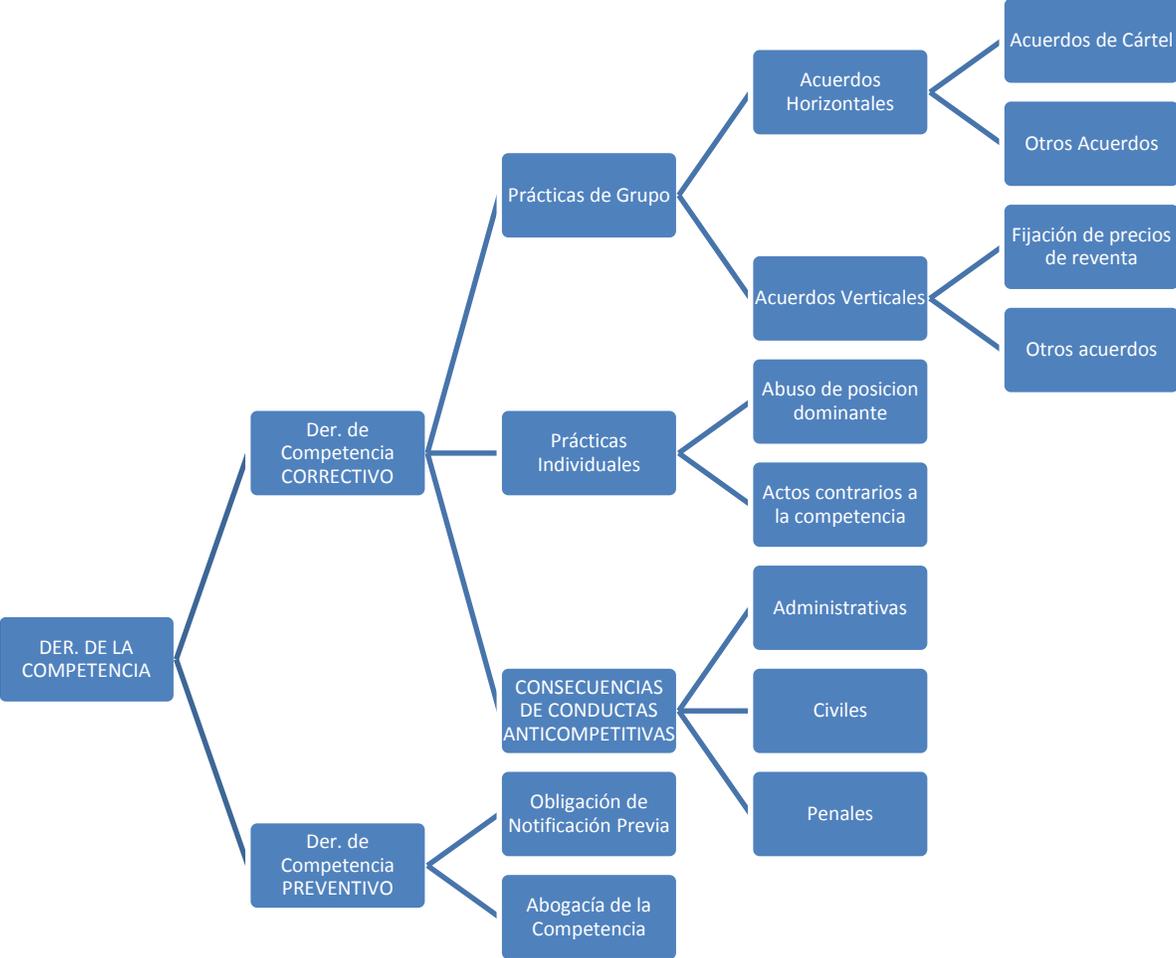
En la siguiente figura, (FIGURA 1) se puede apreciar una división didáctica ejemplificativa del derecho de la competencia:

¹⁵ Cortázar, Javier. *Curso de Derecho de la Competencia*. Ob. Cit. 4

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Cortázar, Javier. *Curso de Derecho de la Competencia*. Ob. Cit. 5

Figura 1



1.2.- EL BIEN JURÍDICO QUE PROTEGE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La finalidad del Derecho de la Competencia ha sido objeto de discusión desde sus inicios, cuando se configuraba esencialmente por Normas de carácter punitivo a fin de sancionar la acumulación y evitar la concentración económica, penando los monopolios por el hecho mismo de su existencia.

Sin embargo, de acuerdo al modelo de la competencia perfecta, atribuido a Kenneth J. Arrow,¹⁸ existen circunstancias en las cuales la eliminación de algunos de ellos especialmente en mercados con altas barreras de entrada o costos irrecuperables, redundaría en un encarecimiento del servicio o producto, o el detrimento de la calidad del mismo, siendo clásico el ejemplo de los llamados “monopolios naturales” como el del servicio de agua potable, en el cual sería ineficiente y poco viable el tendido de una red de tuberías paralelas a las ya existentes, aunque cada vez la tecnología va desmontando lo que DiLorenzo¹⁹ ha llamado “el mito del monopolio natural”.

Así, la evolución del Derecho de la Competencia ha venido de la mano del cambio de su objeto de tutela, el cual a su vez varía según las diversas corrientes socio-políticas, económicas, jurídicas y filosóficas de cada época.

En un inicio, veremos una finalidad de control sobre los conglomerados empresariales en favor de los pequeños industriales, independientemente de los resultados económicos de éstos y su impacto en el mercado y los consumidores.

Posteriormente, dada la importancia de los criterios económicos y sus efectos en los mercados, el objeto de tutela del Derecho de la Competencia pasa a ser el sistema competitivo en sí mismo, como garantía del bienestar de los consumidores.

¹⁸ Arrow, Kenneth. *General Economic Equilibrium*. Nobel Memorial Lecture, Harvard University, Cambridge. Diciembre 1972

¹⁹ Di Lorenzo, Thomas. *El mito del monopolio natural*. En *The Review of Austrian Economics*. Ludwig Von Mises Institute. Vol. 9, No.2 (1996) 43-58

Así, se adopta el llamado criterio de eficiencia, según el cual “mientras mayor sea la eficiencia de un mercado, mayor será la satisfacción de los consumidores”²⁰.

1.2.1.- EVOLUCIÓN DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO POR EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

La mencionada evolución acerca del bien jurídico tutelado se puede apreciar en la evolución jurisprudencial norteamericana, siendo los Estados Unidos la cuna del Derecho Antimonopolios.

En sus inicios, las Cortes protegían directamente a las pequeñas empresas considerando nociva la acumulación de poder económico en sí misma. Después se protegió la estructura del mercado, proscribiendo ciertas conductas específicas como nocivas al sistema de competencia, y finalmente, hoy por hoy las normas antimonopolio buscan tutelar fundamentalmente el bienestar del consumidor, el cual se logra protegiendo la eficiencia en el mercado.

En atención a esta evolución, se puede distinguir que la finalidad del Derecho de Competencia ha seguido los siguientes criterios:

- Criterio sociológico-político
- Criterio estructuralista
- Criterio de la eficiencia

a) CRITERIO SOCIOLÓGICO-POLÍTICO.- El Criterio Sociológico-político, a diferencia de los otros dos, es un criterio no-económico, que de acuerdo con Miranda²¹, tenía por finalidad condenar la concentración de poder económico con objeto de proteger a las pequeñas empresas, sin tener en consideración las condiciones de eficiencia del mercado ni el bienestar del consumidor.

Como se puede apreciar en las recopilaciones acerca de los debates legislativos precedentes a la Ley Sherman, los debates tuvieron poco contenido económico y

²⁰ Garrigues, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. Ob. Cit. 218

²¹ Miranda, Alfonso. *Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica*. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC III: compilación documentos sobre derecho de la competencia. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.1999, 147.

mucho de retórico, político e incluso idealista.²² Sin embargo, el lenguaje de la Ley SHERMAN y su historia legislativa indican que el Congreso no condena el estatus de monopolio. En cambio, la crucial tarea analítica de las cortes era definir la conducta que, unida con el poder de monopolio, constituía una monopolización ilegal.²³

El lenguaje ambiguo de la Ley, permitió que se apliquen dos criterios: uno que consideraba la concentración como prohibida per se, y otro que consideraba necesario definir un estándar acerca de las conductas que constituían acciones monopolísticas ilegales.

El criterio socio-político puede verse claramente en las sentencias de los casos United States vs. Aliminium Co. of América (1945) y United States vs. Columbia Steel Co. (1948), especialmente en la primera de ellas, cuando el juez Learned Hand sostuvo que “existe la creencia de que los grandes conglomerados industriales son inherentemente indeseables, independientemente de sus resultados económicos.”. que es citado comúnmente como el ejemplo paradigmático de este criterio.²⁴

Esta corriente fue seguida entre 1888 y 1910 por la Corte Suprema Norteamericana, mientras estuvo presidida por Melville W. Fuller, contando con la oposición de la minoría liderada por el Juez Edward D. White, que reclamaba un estándar de decisión razonable que hiciera la aplicación de la Ley Sherman consistente y efectiva, a la vez que respetuosa de los derechos de propiedad y la eficiencia de la producción²⁵.

De la misma manera, fue asumida a partir de 1936, dentro de la llamada “Primera era de la aplicación del Derecho Antitrust”, impulsada por el Gobierno de Eleanor Roosevelt, a la cual corresponde el fallo citado.²⁶

²² Bork, Robert. *The Role of Courts in Applying Economics*. American Barr Association, Antitrust Law Journal 54.1985. 24

²³ Kovacic, William y Saphiro, Carl. *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*. Competition Policy Center, University of California, Berkeley, 1999, 2.

²⁴ Miranda L. Alfonso y Gutiérrez R. Juan. *Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia*. Revista de Derecho de la Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 2, n° 2: 269-400, enero-diciembre 2006. 291

²⁵ Fox, Eleanor M. Sullivan, Lawrence A, y Peritz, Rudolph Jr. *Cases and materials on U.S Antitrust in global context*. Estados Unidos. American Casebook Series. Thomson West. Segunda Edición, 2004. 35

²⁶ Kovacic, William y Shapiro, Carl. *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*, Ob. Cit. 9

Teniendo esta finalidad como norte, la misión del derecho de competencia fue dispersar el poderío económico, evitando en lo posible la concentración, que se consideraba podía degenerar en presiones político-económicas poco democráticas.

Sin embargo, este criterio no toma en cuenta que la concentración podría ser producida por el mismo proceso competitivo, por razones de eficiencia o innovación, por lo que dichas restricciones a la concentración privaban al consumidor de potenciales beneficios, a saber, menores precios, mayor variedad y mejor calidad, a la vez que podría prestarse para mantener en el mercado empresas poco eficientes, por lo que, se comenzó a analizar el derecho antimonopolios tomando en cuenta factores económicos propiamente dichos, adoptando el criterio estructuralista.

Según Kovacic y Saphiro, en esta etapa las cortes desestimaron los argumentos de los investigados en relación con las eficiencias generadas por sus conductas, a la vez que consideraron como relevantes algunas metas no relacionadas con la eficiencia, como es el caso de preservar pequeñas empresas, para aplicar la legislación antimonopolios²⁷.

b) CRITERIO ESTRUCTURALISTA.- Dadas las falencias de la orientación anterior, en los años de posguerra se adoptan criterios económicos estructuralistas para la determinación de las conductas proscritas y su sanción.

Se toma en cuenta que el comportamiento de los operadores económicos de un mercado específico son determinadas por las condiciones específicas de dicho mercado, es decir, que la estructura de cada industria es la que determina el comportamiento de sus operadores económicos²⁸.

Así, hacen su entrada al mundo del Derecho de Competencia factores determinantes como la existencia de barreras de entrada y de salida, el grado de concentración del mercado analizado, la existencia de posibles competidores y sustitutos y su cantidad, entre otros.

²⁷ Kovacic, William y Shapiro, Carl. Ob. Cit. 11

²⁸ Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez R. Juan. *Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia*. Ob. Cit. 293

Se analiza la estructura a fin de determinar cuándo un mercado se encuentra concentrado y cuando no lo está, así una misma conducta podía ser considerada anticompetitiva en un mercado y no en otro, dados los diferentes grados de concentración, en consecuencia, el derecho antitrust tendría como finalidad la protección de una correcta estructura para el mercado analizado, a fin de que no torne en monopolístico u oligopólico.

Por ejemplo, en el caso el caso de *Container Corporation v. United States*²⁹, la Corte consideró que el hecho de compartir información sobre precios con los competidores no tenía un efecto anticompetitivo en mercados poco concentrados; pero en cambio, en mercados con una estructura duopólica u oligopólica, la misma práctica producía efectos negativos para la competencia.

Este análisis estructural del mercado específico como objeto de análisis, dio origen a la llamada Regla *per se*, que trataré más adelante, ya que se determinó que ciertas conductas en determinadas circunstancias son ilegales *per se*, como los acuerdos de cartel en mercados oligopólicos, creando una presunción de derecho en contra de éstas, sin que quepa justificación alguna.

Sin embargo, este criterio estructuralista aún no tomó en cuenta los criterios de eficiencia que podían redundar en beneficios para los consumidores como elemento de justificación para ciertas concentraciones, criterio que surge con las críticas efectuadas por economistas de la Escuela de Chicago que sostenían que potenciales beneficios para el mercado y el consumidor habían sido frenados por la aplicación restrictiva del derecho antimonopolios.

c) CRITERIO DE LA EFICIENCIA.- Bajo la influencia de la Escuela de Chicago, encabezada por economistas como Richard Posner, Robert Bork y Frank Easterbook, la Corte Suprema empieza a tener en cuenta la posible eficiencia creada por la conducta juzgada, aceptando aquellas que creaban eficiencias benéficas para los consumidores.³⁰

²⁹ Fox, Eleanor M. Sullivan, Lawrence A, y Peritz, Rudolph Jr. *Cases and materials on U.S Antitrust in global context*. Ob. Cit. 402

³⁰ Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez R. Juan. *Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia*. Ob. Cit. 294

Al tomar en cuenta este factor, el objeto de tutela del Derecho Antimonopolios sufre una profunda transformación: el objeto de tutela pasa a ser el bienestar del consumidor, garantizado por la eficiencia del mercado.

La libre competencia conduce a mayores beneficios para el consumidor, así, los acuerdos y prácticas serían perseguibles solamente en aquellos casos en que se demuestre que tienen por efecto un detrimento para los consumidores, como por ejemplo, un aumento de precios producto de un acuerdo de cártel en un mercado concentrado.

La Corte permitió varias concentraciones que anteriormente hubiesen sido prohibidas, justificadas por las eficiencias que generarían para los consumidores y el mercado en general, por lo que varias reglas per se fueron dejadas de lado por la jurisprudencia. A decir de Kovacic y Saphiro, las empresas norteamericanas se encontraban perdiendo terreno frente a sus pares extranjeras que adquirirían ventaja al poder concentrarse y competir más eficazmente en un mercado globalizado, lo que contribuyó a que los argumentos en contra de las reglas per se sean acogidos.

En este marco, surge la aplicación de la *regla de la razón*, sistema de análisis que se aplica a prácticas cuyas consecuencias no siempre son anticompetitivas y que dependen de la particular estructura del mercado, sobre el cual profundizaré en el apartado correspondiente a reglas de interpretación aplicables a las normas de competencia.

Así, una situación de monopolio u oligopolio, a primera vista puede parecer antijurídica, sin embargo, puede ser justificada por la utilidad que genera, sustituyéndose la presunción de derecho en su contra, por una presunción de hecho, que además, otorga la carga de la prueba a la autoridad controladora.

De este breve repaso por la evolución del derecho antitrust norteamericano, se aprecia que el objeto de tutela o bien jurídico protegido subyacente a las normas de defensa de la competencia ha evolucionado, pasando de ser tutelar a los competidores como tal, a tutelar la estructura del mercado frente a posibles monopolizaciones, hasta finalmente

tutelar el bienestar del consumidor, a fin de que sean los factores de eficiencia los que determinen la prevalencia de unos sobre otros en un mercado, bienestar del consumidor se logra a su vez protegiendo la eficiencia en el mercado.

1.2.2.- EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EUROPEO

Acerca del objeto de tutela de las normas de competencia, en el marco de la integración económica europea, éstas tienen una consideración distinta que la anteriormente expuesta, si bien se ha nutrido de los criterios producidos por el derecho norteamericano.

Las normas comunitarias europeas tienen por objeto proteger a los competidores y a la vez, favorecer la concentración económica de las empresas intracomunitarias, para así poder afrontar la competencia de empresas norteamericanas y japonesas en el Mercado Común.

El derecho de la competencia europeo, por circunstancias históricas e inclusive geográficas, ha tenido una evolución diferente del Estadounidense, pues como fuera expresado por Hobson³¹, la economía europea del siglo XIX e inicios del XX se caracterizaba por los “imperios que compiten entre sí” (competing empires).

Los imperios europeos tendían a fortalecer a sus empresas nacionales a fin de que enfrenten a sus rivales vecinas exitosamente, por lo que los acuerdos de cartel internos fueron frecuentes, llegando al punto de existir en Alemania una Ley sobre Creación de Carteles Obligatorios³² expedida en 1933.

Esta tendencia hizo que el desarrollo del derecho de la competencia europeo propiamente dicho no surja sino con el Tratado de la Comunidad Económica Europea, aunque previamente hayan existido normas de regulación de la Competencia aisladas,

³¹ Hobson, John. *Imperialism: A Study*. James Pott and Co. New York, 1902, disponible en <http://www.econlib.org/library/YPDBooks/Hobson/hbsnImp1.html> consultada en 29 de Julio de 2013, p.4

³² Ginebra Serrabou, Xavier. *Teoría General del Derecho de la Competencia*, citando a Pace, Lorenzo Federico. Ob. Cit. 75

como ser los artículos 65 y 66 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero.

Así, el derecho de la competencia europeo surge principalmente de la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, que prohíben los acuerdos restrictivos de la competencia y el abuso de posición dominante.

El objeto de tutela de éstos, sin embargo, no es claramente definido en su texto, por lo que ha correspondido a la Comisión Europea –así como a la Corte Suprema en el caso norteamericano- el definirlo mediante su interpretación, de manera que podemos distinguir tres etapas:

1. Una primera etapa en la que se consideró que la finalidad del derecho de defensa de la competencia consistía en la protección de la “unidad del mercado” y en evitar la creación de barreras entre los Estados parte, correspondiente a los años sesenta, como se puede apreciar en las sentencias del Tribunal de Justicia Europeo en los casos de International Fruit Company y otros (Asuntos Acumulados 41/70 a 44/70)³³
2. Una segunda fase estructuralista, según la cual el objetivo de la defensa de la competencia es la tutela de la “competencia efectiva” o la “estructura del mercado” como se aprecia en múltiples sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea entre los años setentas y noventas, como el caso de United Brands³⁴, y el Informe sobre la Política de Competencia de 1985³⁵
3. Una tercera fase, que acoge el criterio de la eficiencia, en forma similar a la ya expuesta respecto del derecho antitrust norteamericano, como se aprecia en el caso de European Night Services Ltd. En el que se abandona la interpretación según la cual todo acuerdo entre empresas infringía el art. 81 del Tratado.³⁶

³³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, International Fruit Company y otros/Comisión (Asuntos Acumulados 41/70 a 44/77, sentencia de 21 de febrero de 1976

³⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Sentencia de 3 de Julio de 1991, asunto 27/76, apartado 86

³⁵ XV Informe sobre la política de competencia-Comunidad Económica Europea.

³⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de Septiembre de 1998, European Night Services y otros/Comisión, Asuntos Acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, apartado 78.

1.2.3.- EL OBJETO DE TUTELA DE LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA EN LATINOAMÉRICA

El surgimiento del Derecho de la Competencia en América Latina tiene su apogeo en la década de los noventa. Si bien en varios países encontramos normas antimonopolios anteriores, como ser, Argentina desde 1919, en México a partir de 1934, en Colombia desde 1959 (Ley 155), en Chile desde 1959 (Ley No. 13.305) y en Brasil se remontan a 1962 (Ley No. 4.137), la existencia formal de éstas no guardó relación con su efectiva aplicación³⁷ ya que según Krakowski, solamente en Chile y Argentina se aplicaron efectivamente políticas de defensa de la competencia antes de los años noventa³⁸, sin que todos los países de la región cuenten con normas de defensa de la competencia aún.

En Latinoamérica, sin embargo, son los diversos procesos de integración regional los que han dado un impulso al Derecho de la Competencia, así, dentro de las siguientes organizaciones existen normas de defensa de la competencia:

- **Mercado Común del Sur (MERCOSUR):** Protocolo para la Defensa de la Competencia, la Decisión 21 de 1996 y el Tratado de Asunción de 1999.
- **Comunidad Andina de Naciones (CAN):** Decisión 608 de 2005, que reemplaza la Decisión 285 de Abril de 1991, “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”. Además, al no contar Ecuador con una normativa interna propia sobre la materia, se aprobó en el mismo año la Decisión 608 sobre la “Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador”
- **Comunidad del Caribe y Mercado Común** (en inglés, Caribbean Community and Common Market - CARICOM)¹ fue creada por el Tratado de Chaquaramas en el año 1973. El Capítulo VIII del Tratado contiene las normas sobre las políticas de competencia y protección al consumidor a la vez que crea una autoridad de la competencia regional, denominada Comisión de Competencia Comunitaria.
- **Mercado Común Centroamericano (MCCA):** nace del “Tratado General de Integración Económica Centroamericana” que fue suscrito en año de 1960 por

³⁷ Krakowski, Michael. *Política de competencia en Latinoamérica: una primera apreciación: un análisis comparativo legal e institucional de las políticas de competencia en Latinoamérica.* Proyecto MIFIC-GTZ, Managua: 2001. 1

³⁸ *Ibid.*

El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua y posteriormente por Costa Rica en el año 1963. Hace múltiples referencias a la obligación de sus firmantes de establecer regímenes de libre competencia

- **Tratado de Libre Comercio del Atlántico Norte (TLCAN)** o en inglés North American Free Trade Agreement (NAFTA): suscrito por Estados Unidos, México y Canadá que en vigencia el primero de enero de 1994.

Las legislaciones latinoamericanas han seguido tanto corrientes europeas como norteamericanas respecto del derecho de la competencia y su objeto de tutela, dependiendo en gran medida de la orientación ideológica con que se han aplicado y creado.

Por ejemplo, en la República de Perú el objeto de la Ley por la cual se eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la competencia es “eliminar las prácticas monopólicas controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores (art. 1° del Decreto Legislativo N°701)”, de cuya lectura se deduce que sigue los criterios de eficiencia surgidos de la Escuela de Chicago en el Derecho Antitrust norteamericano.

De la misma manera, en la República de Venezuela, la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia tuvo por objeto promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad *económica* (art. 1°), por lo que seguía la misma Escuela norteamericana, sin embargo, ha sido modificada a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución Bolivariana de 1999, que establece la prohibición absoluta del establecimiento de monopolios.

Respecto del Ecuador, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, objeto esencial de este estudio, debe tenerse en cuenta que su artículo primero sostiene que:

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

Como se aprecia, se establece la “búsqueda de la eficiencia en los mercados” como objetivo, por lo que a primera vista podríamos decir que se sigue los criterios norteamericanos surgidos de la Escuela de Chicago y la más reciente tendencia del derecho de competencia europeo, así como la mención que se hace al “comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios” deja claro que el objeto de la ley es la tutela del consumidor a través de la eficiencia de los mercados, sin que quede claro si la ley considera a la libre competencia como el camino hacia dicha eficiencia, dada la mención de “un sistema económico social, solidario y sostenible” como objetivo ulterior.

CAPITULO SEGUNDO EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN ECUADOR

2.1.-LA NORMATIVA DE COMPETENCIA EN EL ECUADOR

El Derecho de la Competencia en Ecuador no contaba con una ley específica propia hasta la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado en Octubre de 2011 y su Reglamento publicado en mayo de 2012.

Si bien la Constitución Ecuatoriana de 1979 hacía mención a la prohibición y represión de “cualquier forma de abuso del poder económico inclusive las reuniones y agrupaciones de empresas que tiendan a dominar los mercados nacionales, a eliminar la competencia o a aumentar arbitrariamente los lucros”³⁹ y la Constitución de 1998 que reconocía como principio constitucional la eficiencia económica, prohibiendo en su artículo 244 las “prácticas monopólicas y otras que impidan y distorsionen la competencia”⁴⁰ éstas no fueron aplicables a falta de una legislación inferior específica y la ausencia de una autoridad de competencia encargada de su aplicación.

En virtud de esto, fue desde el Derecho supranacional que se comenzó a regular las prácticas restrictivas de la Competencia en Ecuador. La Comunidad Andina de Naciones (CAN) intentó establecerlas en 1971 con la aprobación de la Decisión 71 “Normas para prevenir o corregir las practicas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión”, sustituida posteriormente en 1987 por la Decisión 230, a su vez sustituida por la Decisión 285 de 1991 acerca de las “Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia”; sin embargo, ninguna de éstas fue aplicada.⁴¹

³⁹ Constitución Ecuatoriana de 1979, Artículo 60.

⁴⁰ Constitución Ecuatoriana de 1998, Artículo 244 numeral 3

⁴¹ Marín, Marcelo et al. *Régimen de Competencia*. Ed. Riofrío M-V, Juan y Marín, Marcelo. Universidad de los Hemisferios, Quito-Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. p.21

En 2005, se aprobó la Decisión 608 sobre las “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”, decisión que establece normas claras, define y tipifica conductas anticompetitivas y señala cláusulas generales prohibitivas, a diferencia de sus predecesoras.

Dado a que el Ecuador no contaba con legislación interna en materia de competencia, se aprobó la Decisión 616 sobre la “Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador”, sin embargo, en principio tampoco se pudo aplicar plenamente ante la inexistencia de una autoridad ecuatoriana de competencia que la aplique.⁴²

Fueron múltiples los intentos legislativos por aprobar una Ley en materia de Competencia, el primero data de 1995, posteriormente en 2002, 2004 y 2005, el Ministerio de Industria y Productividad presentó proyectos de Ley sobre libre competencia; en 2009 el asambleísta Rafael Dávila se presentó un proyecto de “Ley Orgánica de la Libre Competencia Económica”, sin que ninguno de éstos haya progresado.

Ante este Déficit Legislativo, el Presidente Rafael Correa emite el Decreto Ejecutivo 1614⁴³ referente a las “Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN”, fundamentándose en el Mandato Constitucional contenido en el artículo 304 numeral 6 de la Constitución de 2008 referido a la sanción de prácticas monopólicas u oligopólicas, abuso de posición dominante y otras prácticas de competencia desleal.

El citado decreto creó la Subsecretaría de la Competencia adscrita al Ministerio de Industrias y Productividad (MIPRO) como Autoridad Investigativa, siendo dicho ministerio nombrado como Autoridad Resolutiva en materia de competencia.

Estas autoridades fueron las encargadas de aplicar las normas andinas de defensa de la competencia hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado en 2011, en virtud de la cual se creó la Superintendencia correspondiente.

⁴² Ibid.

⁴³ R.O.558 de 27 de marzo de 2009

2.2.- REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA COMPETENCIA

La llamada noción de Constitución Económica, entendida como “el marco jurídico fundamental para la estructuración y el funcionamiento de la actividad económica”⁴⁴ abarca los principios básicos del orden económico recogidos en el orden jurídico de un Estado.

En Ecuador, la Constitución de 2008 asigna al Estado un papel preponderante en materia económica. El constituyente diagramó un ordenamiento orgánico y un ordenamiento sustancial constitucionales que prevén un Estado interventor, al mismo tiempo que empresario y de policía, que si bien siempre ha estado presente en el constitucionalismo ecuatoriano, ve acrecentado su rol a partir de la Asamblea Constituyente de Montecristi.

En especial, el rol planificador del Estado que lo legitima como proveedor único de bienes y servicios específicos, a la vez que competidor del sector privado en otras áreas, se ve fortalecido con la limitación subjetiva a los principios liberales a través de nociones poco determinadas como ser: “utilidad pública”, “función social”, “sumak kawsay” de carácter colectivista, sumada a la creación de un Consejo Nacional de Planificación, máximo rector de la política económica.

Este Consejo, es el encargado de dictar los lineamientos económicos a seguir, a través del Plan Nacional de Desarrollo, de carácter vinculante para todo el sector económico público, dejando sin mayor espacio en la regulación económica a la Asamblea Nacional, que también debe sujetarse a sus lineamientos, lo cual hace cuestionable su relación con el principio de legalidad.

Como derechos, las normas de competencia están relacionadas con los derechos de libertad establecidos en el artículo 66 de la Constitución, especialmente al derecho a una vida digna, reconocido en su numeral 2, el derecho a desarrollar actividades económicas en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental reconocido en su numeral 15, y el derecho a la libertad de contratación, reconocido en su numeral 16, El derecho a asociarse, reunirse

⁴⁴ STC Tribunal Constitucional Español 1/1982 28 de enero de 1982

y manifestarse en forma libre y voluntaria, reconocido en su numeral 13, y el derecho a la propiedad en todas sus formas, reconocido en su numeral 26.

En cuanto al papel a desempeñar por parte del Estado, encontramos que la Constitución de 2008 tiene un amplio articulado referente a temas económicos, especialmente en el título II referente a “Derechos” en el cual constan los ya citados; en el capítulo VI del “Régimen de Desarrollo” que marca las pautas directriz de nuestra política económica; el capítulo IV referente a la “Soberanía Económica” y el capítulo VI del “Trabajo y Producción”, aunque encontremos también normas económicas en otros capítulos.

De esta manera, son varias las referencias constitucionales a la prohibición de prácticas atentatorias contra la competencia, destacando los arts. 335 y 336, que dicen:

Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.

Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.

Como se puede apreciar, se menciona la sanción a “cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal”, criterios que son desarrollados en la Ley motivo de este estudio, y que dejan a salvo los monopolios públicos.

Asimismo, se refiere al deber del Estado de asegurar la “transparencia y eficiencia en los mercados” que abriría la puerta a la aplicación de los criterios de eficiencia mencionados en el capítulo primero de este trabajo.

Otras normas que mencionan la prohibición de prácticas anticompetitivas son:

Art. 17 Numeral 3: El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto: 3. No permitirá el oligopolio o monopolio, directo ni indirecto de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias

Art.281 Numeral 6: La soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiados de forma permanente. Para ello, será responsabilidad del Estado:

11. Generar sistemas justos y solidarios de distribución y comercialización de alimentos. Impedir prácticas monopólicas y cualquier tipo de especulación con productos alimenticios.

Art. 304 numeral 6. La política comercial tendrá los siguientes objetivos:

6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados

También conforman la constitución económica las normas referentes al Régimen de Desarrollo y política económica, que encontramos en los artículos 277, 283, 284, 304, 319 y 335, así como las referentes a la protección de los usuarios y consumidores, establecidas en el correspondiente capítulo, y esencialmente en los artículos 52, 53, 54 y 55.

2.2.1.- EL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

El derecho de la competencia, presupone de cierta manera la existencia de una economía de mercado más o menos libre, así como el reconocimiento de ciertos derechos económicos⁴⁵, como ser la propiedad, la libertad de empresa y la iniciativa privada, la libertad para escoger profesión u oficio, la libertad de asociación y de manera principal, la libertad de competencia económica, que como se citó, corresponden a los derechos de libertad reconocidos por el artículo 66 de nuestra constitución, pues no cabría competencia alguna en una economía de dirección centralizada de tipo socialista.

Sin embargo, también presupone la existencia de una facultad interventora en mayor o menor grado por parte del Estado, ya que en una sociedad de *laissez faire* o anarco capitalista, tampoco cabría una regulación de la competencia.

Así, en el marco constitucional ecuatoriano contemporáneo, debe distinguirse un derecho a la libre competencia como derecho individual, derivado de los derechos de libertad; a la vez que un derecho a la libre competencia como derecho colectivo, derivado de la función estatal de tutela y planificación asignado por la Constitución.

A diferencia de la Constitución de 1998⁴⁶, la Constitución de 2008 no hace mención expresa a la libre competencia, sin embargo, debe entenderse como marco necesario para el desarrollo de otros derechos de carácter individual reconocidos como derechos de libertad, en especial el derecho a desarrollar actividades económicas en forma individual o colectiva, el derecho a la libertad de contratación y el derecho a la propiedad en todas sus formas.

La libre competencia como derecho individual subjetivo, debe entenderse como el derecho que tienen los ciudadanos de participar en el mercado libre y equitativamente, en ejercicio de sus derechos de libertad y autodeterminación, así, la iniciativa

⁴⁵45 Peces-Barba, Gregorio. *Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales* en “*Escritos sobre derechos fundamentales*”. Editorial Eudema, Madrid, 1986. p.46

⁴⁶46 Constitución Ecuatoriana de 1998, “**Art. 244.-** Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: **3.** Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen la competencia...”

económica relacionada con el derecho de libertad, tiene íntima relación con el principio de igualdad ante la ley reconocido en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución; por tanto, se trata de una igualdad de derecho, mas no una igualdad de hecho.

2.2.2.- EL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA COMO DERECHO COLECTIVO

La libre competencia a su vez, es considerada como un derecho colectivo a partir de la tutela del proceso competitivo como garantía del bienestar de los consumidores.

De esta manera, las normas de competencia tutelan el “bienestar del consumidor” en su dimensión colectiva. Se puede afirmar que el fin último de las normas de defensa de la competencia es el bienestar del consumidor, mientras la eficiencia económica obtenida a través del proceso competitivo es el medio para su consecución.

El Régimen de Desarrollo expuesto en la Constitución Ecuatoriana de 2008, que como se mencionó anteriormente, determina la política económica nacional, tiene como principal objetivo:

Art.76.- El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos:

1.- Mejorar la calidad y esperanza de vida, y aumentar las capacidades y potencialidades de la población en el marco de los principios y derechos que establece la Constitución.

De la misma manera, se establece que la política comercial tendrá por objetivo:

Art. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos:

1. Desarrollar, fortalecer y dinamizar los mercados internos a partir del objetivo estratégico establecido en el Plan Nacional de Desarrollo.

2. Regular, promover y ejecutar las acciones correspondientes para impulsar la inserción estratégica del país en la economía mundial.

3. Fortalecer el aparato productivo y la producción nacionales.

4. Contribuir a que se garanticen la soberanía alimentaria y energética, y se reduzcan las desigualdades internas.

5. Impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo.

6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.

De estos objetivos, cabe destacar que se menciona el desarrollo de economías de escala y del comercio justo, además de fortalecer el aparato productivo y la producción nacionales, que de la mano con el objetivo ulterior del Régimen de desarrollo relacionado a mejorar la calidad de vida, capacidades y potencialidades de la población, nos deja claro que “Se debe impulsar el fortalecimiento del mercado interno a fin de poder competir en mejores condiciones en el mercado internacional, y una de las formas de lograr este fortalecimiento es obligando a los operadores económicos a competir.”⁴⁷

De acuerdo a los comentaristas de la Ley, sin una legislación de competencia “Los empresarios tendrían el derecho a competir, mas no la obligación que viene dada por ley. Ahora existe la obligación legal de competir sin incurrir en prácticas monopólicas ni desleales en beneficio de los consumidores y de los mismos empresarios, so pena de sanciones”⁴⁸; ya que el concepto de bienestar general en materia de regulación económica, debe entenderse como “la idea de evitar en la mayor medida posible el costo social de las prácticas económicas anticompetitivas”⁴⁹. De forma que no existe contradicción real entre bienestar general y eficiencia económica, al contrario, una economía eficiente produce bienestar general⁵⁰.

Si bien las referencias a la “desconcentración económica” del numeral 4 del artículo 4, y al comercio justo y bienestar general del artículo 1 a primera vista pudieran entenderse como afines a los llamados criterios sociopolíticos, o según Posner “criterios populistas del derecho de la competencia”⁵¹, al ser analizadas con mayor profundidad y en concordancia con las disposiciones constitucionales aplicables, se aprecia que el objetivo principal de la ley es “la eficiencia económica como medio para

⁴⁷ Marín Sevilla, Marcelo et al. *Régimen de Competencia*. Ob. Cit. p.91

⁴⁸ Marín Sevilla, Marcelo et al. *Régimen de Competencia*. Ob. Cit. p.91

⁴⁹ Ghersi Rassi, Oscar y Arosemena Burbano, Flavio. *La Regla de la Razón y conductas per se ilegales en el derecho de la competencia ecuatoriano: Reflexiones para la aplicación de la ley de regulación y control de poder de mercado*. Disponible en: <http://www.rosemenaburbanoyasociados.com/archivos/ArticuloReglasPerseYdeLaRazonEnElDerechoDeLaCompetenciaEcuatoriano.pdf> consultado en fecha 13/07/2013 a las 13h16. 20

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ Posner, Richard. *Antitrust Law*. The University of Chicago Press, Second Edition.26

la obtención de un ambiente económico sano que se refleje en un mayor bienestar social y, por tanto, en un ambiente de comercio más justo⁵².

Esto nos permite afirmar que nuestra constitución no sanciona los monopolios per se, con lo cual la nueva Constitución sigue la línea marcada por la Constitución de 1998, en cuyo marco existen múltiples pronunciamientos del entonces Tribunal Constitucional, afirmando que sólo se busca evitar las prácticas que sean nocivas para el funcionamiento de los mercados, esto es, contrarias a los criterios de eficiencia.

A la vez, el fin ulterior del Régimen de Competencia, esto es, el bienestar del consumidor, tiene estrecha relación con el comercio justo, y estrecha relación con el principio de igualdad.

2.2.3.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El Principio de igualdad tiene especial relevancia en el orden constitucional ecuatoriano a partir de 2008, siendo un eje transversal del sistema jurídico ecuatoriano, y por ende, del Régimen de Competencia.

La igualdad en materia de competencia, se refiere a una igualdad de acceso o de oportunidad para emprender una actividad económica, de la misma manera que otros actores económicos pueden hacerlo. Por tanto, nos referimos a una igualdad ante la ley y un ambiente de igualdad de acceso en el mercado, más que a una igualdad material permanente, pues como se afirmó en los apartados correspondientes a los criterios socio-políticos y criterios de eficiencia para la aplicación de la política de competencia, pretender mantener una igualdad de hecho resulta perjudicial para el desarrollo, la innovación y el sistema competitivo en sí mismo.

Como principio fundamental, la igualdad se encuentra reconocida en el art. 11 numeral 2 de la Constitución, que dice:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

⁵² Ghersi Rassi, Oscar y Arosemena Burbano, Flavio. *La Regla de la Razón y conductas per se ilegales en el derecho de la competencia ecuatoriano: Reflexiones para la aplicación de la ley de regulación y control de poder de mercado*. Ob. Cit. 19

2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

A la vez, se lo reconoce como un derecho en el artículo 66 numeral cuarto de la Constitución, que dice:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

En concordancia con este artículo, la política comercial también se fija como objetivo la reducción de las desigualdades, así en su numeral cuarto establece que:

Art. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos: 4. Contribuir a que se garanticen la soberanía alimentaria y energética, y se reduzcan las desigualdades internas.

Articulado que a su vez va en concordancia con lo establecido en referencia a los factores de producción, que fija como rol del Estado el promover el acceso equitativo a los mismos, diciendo que:

Art. 334.- El Estado promoverá el acceso equitativo a los factores de producción, para lo cual le corresponderá: 1. Evitar la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, promover su redistribución y eliminar privilegios o desigualdades en el acceso a ellos.

Como se puede apreciar, el principio de igualdad atraviesa el orden constitucional ecuatoriano, sin embargo, no se debe interpretar como una igualdad de hecho permanente, pues la igualdad ante la ley no es más que el derecho a que no se establezcan privilegios o condiciones de excepción en iguales circunstancias.

Como afirma Ferrajoli, entender al principio de igualdad como “igual valoración jurídica de las diferencias”⁵³, basada en el principio normativo de igualdad en derechos fundamentales, no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, sino que las asume a todas como dotadas de igual valor⁵⁴, lo que garantiza a todos su libre afirmación y desarrollo, sin desconocer la existencia de ellas, sino al contrario, reconociendo su existencia y valorándolas como rasgo de identidad.

De hecho, los seres humanos somos diversos, y las relaciones económicas, como fruto de la acción humana, son igualmente diversas, siendo objeto del orden jurídico el impedir que dichas diferencias pesen como factores de discriminación.⁵⁵

En el derecho de competencia, el principio de igualdad puede entenderse como una “prohibición de 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”⁵⁶ por lo que, en principio, la aplicación de dicho principio vetaría la posibilidad del establecimiento de monopolios legales, aunque la misma constitución y la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado prevean la posibilidad del establecimiento de monopolios públicos legalmente reconocidos.

Lo cual es sumamente preocupante, ya que como afirma Bullard “el monopolio legal no permite que nos consolemos con la esperanza que futuros entrantes al mercado, es decir, nuevos competidores, van a corregir el problema. Los precios mayores que el

⁵³ Ferrajoli, Luigi. *Igualdad y Diferencia*. En *“Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad”*. Caicedo, Danilo y Porras, Angelica, editores. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito, Ecuador. 159

⁵⁴ *Ibid.* 159

⁵⁵ *Ibid.* 163

⁵⁶ Cerdá Martínez-Pujalte, 2008, *La Igualdad en el Derecho de Defensa de la Competencia*. Valencia: Tirant Le Blanch. p. 38. Citado por Marín Sevilla, Marcelo en *“El derecho de Competencia en la Constitución del Ecuador”*. Quito, Universidad de los Hemisferios, IUS HUMANI, Revista de Derecho. Volumen 2, diciembre 2010. p. 43-70

monopolio carga no cumplirán el rol de crear incentivos para nuevos entrantes porque por definición esa entrada está prohibida o limitada precisamente por la acción estatal...Lo mismo no ocurre con las barreras estatales, porque superarlas implica, por definición, cometer un acto ilegal.”⁵⁷

Sin embargo, de acuerdo al mismo principio de igualdad, de la forma en que se encuentra reconocido en la Constitución ecuatoriana, permite al Estado “dar vida a desigualdades normativas con el fin de alcanzar la igualdad de hecho... lo cual por supuesto, no es una competencia absoluta sino limitada, entre otras cosas, por el propio principio de igualdad jurídica”⁵⁸.

En virtud de esta facultad, en materia de Competencia, el Estado puede establecer restricciones o establecer requerimientos, e incluso establecer ayudas públicas; sin embargo, de acuerdo al mismo principio de igualdad, las mismas deben ser debidamente justificadas, idóneas, necesarias y proporcionales.

De aquí que resulte de vital importancia y de suma novedad, el rol supervisor de la eficiencia de las políticas públicas establecido por la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado a través del Control de Ayudas Públicas establecido en los artículos 28 al 34 de la mentada ley, que permitirán una supervisión e incluso derogación de las políticas públicas y ayudas estatales tendientes a la ineficiencia.

De acuerdo a esto, debe tenerse en cuenta que los juicios de igualdad excluyen tanto la identidad como la mera semejanza. Las personas –y también los operadores económicos- son siempre iguales en algunos aspectos y desiguales en otros, por lo que “la mera existencia de una desigualdad o igualdad fáctica no dice nada aún sobre si el tratamiento jurídico debe ser igual o desigual”.⁵⁹

⁵⁷ Bullard González, Alfredo. *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*. 2ª edición. Lima: Palestra. p. 961 y siguientes.

⁵⁸ Prieto Sanchíz, Luis. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*. En *“Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad”*. Caicedo, Danilo y Porras, Angélica, editores. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito, Ecuador. 110

⁵⁹ Prieto Sanchíz, Luis. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*. En *“Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad”*. Caicedo, Danilo y Porras, Angélica, editores. Ob. Cit. 111

Siguiendo a Prieto Sanchíz, “el hecho de que “A” y “B” desarrollen la misma profesión supone que son parcialmente iguales, pero no que merezcan el mismo tratamiento a todos los efectos, así como que “C” y “D” tengan profesiones diferentes supone que son parcialmente desiguales, pero no impide que merezcan el mismo tratamiento en ciertos aspectos”.⁶⁰ Como sostiene Ferrajoli, “la igualdad jurídica no será nunca otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales, independiente del hecho, o incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes.”⁶¹

Por tanto, la cuestión central es determinar los rasgos que se consideran relevantes a efectos de cierta regulación, haciendo abstracción de los demás rasgos diferenciales como de los demás ámbitos de regulación; así como determinar que las razones para dicha restricción o tratamiento desigual, basado en la facultad estatal de intervención correctiva, sigan criterios de razonabilidad y restricción de la arbitrariedad.

De esta manera, el principio de igualdad se configura como una exigencia de fundamentación racional para la aplicación de un trato diferenciado o de una norma restrictiva, ya que la justificación de la igualdad o desigualdad de trato en una relación jurídica no puede apelar a la mera facticidad.⁶²

En materia de competencia, es fundamental relacionar esta interpretación constitucional del principio de igualdad con los criterios económicos de eficiencia abordados anteriormente. La eficiencia económica de una conducta, una fusión o la implementación de un sistema de economía de escala, si acarrea beneficios potenciales a los consumidores, y a la vez no comporta una afectación intolerable al sistema competitivo, puede ser considerada como razonable y por lo tanto, justificada.

La definición de los aspectos relevantes de similitud entre un producto y otro, así como las circunstancias específicas de dicho mercado, como ser las restricciones geográficas de acceso, o los costos de transporte, en relación con los competidores o posibles sustitutos, viene a ser lo que respecto del juicio de igualdad es definir las

⁶⁰ *Ibíd.* 112

⁶¹ Ferrajoli, Luigi. *Igualdad y Diferencia*. Ob. Cit. 167

⁶² *Ibíd.* 114

características semejantes de una categoría que hace equiparables a quienes las cumplen.

De la misma forma, la exigencia de fundamentación racional que respecto del juicio de igualdad se cumple a través del correspondiente test de proporcionalidad, en materia de competencia se cumple a través de la regla de la razón, que será abordada posteriormente.

El principio de proporcionalidad, y el test desarrollado en la jurisprudencia constitucional para su análisis, permiten juzgar si una medida es efectivamente eficaz para conseguir el fin perseguido, si es la menos gravosa de otros derechos o principios con los cuales colisiona la intervención, y finalmente si su implementación no implica la aniquilación de otro derecho o principio. Esto permite juzgar si la intervención, restricción o sanción de una conducta es el medio más idóneo para la realización del fin perseguido – por ejemplo, en materia de competencia el bienestar del consumidor a través de un mercado competitivo- a la vez que es respetuoso del principio que afectaría al aplicarse–por ejemplo, la eficiencia económica al sancionar una fusión de operadores.

Así considerado el principio de igualdad en materia de competencia, implica que, para juzgar una conducta como anticompetitiva, se debe analizar las circunstancias específicas de dicho mercado, del producto y sus potenciales sustitutos, así como los beneficios o perjuicios que traería su implementación o sanción para el mercado y los consumidores, lo cual permite una efectiva igualdad de derecho, respetando las diferencias y fomentando el desarrollo de sus operadores.

De esta forma, podemos concluir que nuestra Constitución prevé como una finalidad del régimen de competencia la tutela de la igualdad jurídica, a la vez que la reducción de las desigualdades, sin embargo, en relación a la finalidad última que la Constitución misma establece para la regulación de la competencia y el sistema económico nacional, no cabe interpretarse como el establecimiento de una igualdad plena de hecho entre los competidores de un mercado determinado, sino como una igualdad de trato por parte de la legislación, y que en ciertos casos, se justifica un trato diferenciado aplicando una restricción o sancionando una conducta, por considerarse nocivos o

dañosos para dicha finalidad última, que es el bienestar del consumidor a través de un mercado competitivo; debiendo ser justificada razonablemente.

2.3.- LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA SOBRE COMPETENCIA

Como ya se mencionó, el Ecuador careció de un cuerpo normativo propio en materia de Competencia hasta la aprobación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado en 2011⁶³.

Previo a ello, el decreto ejecutivo 1614 de 14 de marzo de 2009 permitió la aplicación de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, cuyos preceptos son plenamente aplicables a raíz de la aprobación de la citada ley.

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, con su correspondiente reglamento, es desde entonces el cuerpo normativo aplicable a las relaciones económicas tanto de operadores públicos como privados, así como nacionales y extranjeros, e incluso aquellos que potencialmente realicen actividades en Ecuador, o cuyos efectos se produzcan dentro del Ecuador.⁶⁴

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, se basa en cuatro pilares fundamentales, que es la regulación de:

1. Acuerdos y prácticas anticompetitivas
2. Poder de Mercado y su abuso
3. Prácticas de Competencia desleal
4. Operaciones de concentración económica.

Podemos afirmar sin miedo a equivocarnos, que la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, marca un antes y un después en el mundo de los negocios y de la economía ecuatoriana. A partir de ésta, la economía de mercado, que se desarrolla a base de la libre elección de los consumidores y la formación autónoma

⁶³ *Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado*. Publicada en el Registro Oficial-Suplemento 555 de 13 de Octubre de 2011. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. Edición primera, 2012. Las posteriores referencias al articulado de esta ley corresponden a la misma edición.

⁶⁴ Art. 2 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

de los precios, cuenta con la intervención preventiva y sancionadora del Estado, a fin de que se provean y mantengan las condiciones de institucionalidad y legalidad que permitan su sostenimiento.

Por esto, existen nuevas obligaciones y deberes para los operadores económicos y nuevas obligaciones y deberes para el Estado. La aplicación de esta ley, deberá garantizar el derecho a la libre iniciativa privada, manteniendo los incentivos para la innovación y el progreso, con sumo respeto al derecho que tienen los agentes económicos de fijar sus precios, políticas y condiciones de comercialización, distribución, mercadeo, entre otras, que busquen eficiencia y rentabilidad, pues éstas redundan en beneficios para el consumidor, cuyo bienestar es la finalidad del Régimen de Competencia.

Como correlato de esta libertad, corresponde según esta Ley al Estado garantizar las condiciones para que las decisiones de los consumidores y los resultados de una competencia libre, sean realmente las que determinen quienes ganan y quienes pierden en el mercado.

En palabras de Durand Carrión, “la posición de dominio que obtiene una empresa es, en esencia, un reconocimiento que le otorga el propio mercado a la iniciativa privada de aquellos agentes económicos que cumplen determinadas condiciones.”⁶⁵ Es objeto de la política de competencia, supervisar que esta posición dominante responda efectivamente a criterios económicos de eficiencia y no a situaciones de abuso o de colusión que repercutan en efectos negativos para los consumidores.

De esta manera, la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado tiene por objeto prevenir, corregir, eliminar y sancionar las conductas anticompetitivas y las conductas desleales, buscando beneficio para los mercados y los consumidores.⁶⁶ De la misma manera, no excluye de su ámbito de aplicación a operador económico alguno, ni a ningún sector de la economía, incluyendo inclusive a operadores económicos potenciales⁶⁷. Podemos apreciar que la Ley recoge en un cuerpo normativo dos partes: una, referente a las normas de defensa de la competencia

⁶⁵ Marín Sevilla, Marcelo et al. *Régimen de Competencia*. Prólogo de Durand Carrión, Julio. Ob. Cit. p.15

⁶⁶ Art. 1 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado

⁶⁷ Art. 2 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado

propriadamente dicha, y otra, referente a las normas sancionadoras de conductas consideradas competencia desleal. Este trabajo se enfoca principalmente en las primeras.

El proceso competitivo, el mercado, es tutelado independientemente por considerarse el medio para tutelar el bienestar de los consumidores y usuarios, que como vimos, es el objetivo ulterior de la normativa de defensa de la competencia en el Ecuador, de conformidad también con los objetivos fijados por la Decisión 608, cuyo artículo 1 dice: “tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el beneficio a los consumidores”. Se considera que el proceso competitivo es idóneo para alcanzar la eficiencia económica y a través de ésta, generar bienestar para los consumidores.

A la vez, la legislación permite que en aras de dicho bienestar, sea el Estado a través de la Autoridad de Competencia, quien tome acciones en contra de los operadores infractores, ejerciendo una facultad correctiva sancionadora y una facultad preventiva.

En virtud de la eficiencia económica, la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado recoge la Regla de la Razón, que permite que una conducta que *prima facie* pudiese ser considerada como anticompetitiva, pero que en realidad está beneficiando al sistema competitivo y a los consumidores, no sea sancionada.⁶⁸

Para dar cumplimiento a estos objetivos, la ley tipifica como anticompetitivas conductas de abuso de poder de mercado⁶⁹, así como los acuerdos restrictivos de la competencia en sus diferentes modos, sean verticales u horizontales; para cuya sanción prevé un procedimiento investigativo y de sanción, incluso prevé un procedimiento y tipifica especialmente los abusos en situación de dependencia económica⁷⁰, a fin de atemperar el desequilibrio en la relación.

También, tipifica y sanciona acuerdos y prácticas contrarias a la competencia, como por ejemplo el reparto concertado de clientes o mercados, fijación concertada de

⁶⁸ Marín Sevilla, Marcelo et al. *Régimen de Competencia*. Ob. Cit. p.182

⁶⁹ Art. 9 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado

⁷⁰ Art. 10 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado

precios o tasas de interés, reparto concertado de fuentes de abastecimiento, entre otras.⁷¹

La ley establece a la vez un apartado referente a la competencia desleal, tipificando varias modalidades⁷², sean éstos actos de confusión, actos de engaño, actos de imitación, actos de denigración o actos de comparación, violación de secretos empresariales, explotación de reputación ajena, entre otras. Así mismo, establece un procedimiento de control de concentraciones económicas⁷³, estableciendo una obligación de notificación para éstas de acuerdo a los parámetros señalados en la ley.

Se señala como Autoridad de competencia a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, creada por esta ley, como encargada de aplicar el Derecho Administrativo Sancionador, a la vez facultada para establecer medidas preventivas como ordenes de cese de la conducta, imposición de condiciones, etc.

A la vez, debe tenerse en cuenta que de acuerdo a los preceptos constitucionales citados, así como al objeto de la ley y de la Superintendencia en ejercicio de sus potestades, deberá estar siempre limitada por los principios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad⁷⁴, reconocidos por la constitución y la misma ley como aptos para efectuar el análisis de razonabilidad de sus intervenciones en el mercado y los derechos de los administrados.

Luego de este brevísimo resumen de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, pasaremos a tratar el objeto central de este trabajo, que es el Abuso de poder de mercado, para concentrarnos en una conducta anticompetitiva específica que es la fijación de precios predatorios, tipificada en el artículo 9 numeral 4 de la Ley.

⁷¹ Art. 11 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado

⁷² Art. 25 al 28 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado

⁷³ Arts. 14 al 24 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado

⁷⁴ Arts. 4 y 62 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

2.4.- CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS DE ABUSO DE PODER DE MERCADO SEGÚN LA LEY ORGANICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE PODER DE MERCADO

La ley de Regulación y Control de Poder de Mercado sanciona, entre otras, las prácticas de abuso de poder de mercado a través de su artículo 9, y en especial las prácticas de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica en su artículo 10.

Se advierte el establecimiento de una Cláusula general de prohibición, y de un listado no taxativo de conductas consideradas como prácticas de abuso de poder de mercado.

En principio, respecto de la prohibición general⁷⁵ se podría criticar esta falta de taxatividad normativa en relación con el principio de tipicidad, sin embargo, debe tenerse en cuenta que dicho principio en materia de Derecho Administrativo Sancionador no exige el detalle específico exhaustivo de la conducta sancionable, y en especial en el derecho de competencia, dada la dinamicidad de los mercados, resultaría estéril cualquier intento de tasación exhaustiva.

Es práctica común en el Derecho comparado de competencia el establecer cláusulas generales de prohibición a fin de que nuevas modalidades de abuso desarrolladas por los operadores económicos así también la Decisión 608 de la Comunidad Andina ha seguido la misma orientación. De hecho, incluso antes de la entrada en vigor de la Ley, en aplicación de la cláusula general prohibitiva de la Decisión 608, el entonces competente MIPRO, condenó a Pfizer al pago de una multa por abuso de procesos legales, aun cuando dicha figura no esté expresamente recogida en dicha decisión.⁷⁶

⁷⁵ Art. 9 "Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar genera: 1.- Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia." y Art.9 numeral 21 *Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.* Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

⁷⁶ Ministerio de Industrias y Productividad. Rs 001-2011

Si bien la “pena penal” y la “pena administrativa” se someten a un mismo estatuto constitucional, que consagra garantías mínimas tanto sustantivas como procedimentales: legalidad, tipicidad, culpabilidad, irretroactividad, justo y racional, procedimiento previo, entre otros; en materia administrativa se encuentra matizado respecto de su estricto detallismo en materia penal.

El principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (*praeceptum legis*) y de la sanción (*sanctio legis*). “El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto, de acuerdo a la construcción lógica de las normas de tipo hipotético: si A es, en consecuencia B debe ser.

El grado de determinación de la conducta proscrita así como la predeterminación de su sanción, constituyen el núcleo de este principio, si bien en materia de competencia se ha estilado la inclusión de cláusulas generales prohibitivas, como por ejemplo, en las legislaciones colombiana, argentina y chilena; su inclusión exige a su vez al aplicador del Derecho un “especial esfuerzo de interpretación destinado a “cerrar” el tipo, a interpretarlo de acuerdo con las exigencias del principio de tipicidad”⁷⁷, siendo requerimiento para su aplicación extensiva, la concurrencia del daño al mercado y los consumidores, además de la probada existencia del poder de mercado, lo que hace que la aplicación extensiva de la cláusula general prohibitiva ponga la carga probatoria en manos de la Autoridad de competencia con un alto grado de exigencia.

A continuación, la ley establece un listado no taxativo de conductas que constituyen abuso de poder de mercado, que son⁷⁸:

1. Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, que les permitan aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor.
2. Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, en condiciones en que debido a la concentración de los medios de producción o

⁷⁸ Art. 9. Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado

comercialización, dichas conductas afecten o puedan afectar, limitar o impedir la participación de sus competidores o perjudicar a los productores directos, los consumidores y/o usuarios.

3. La fijación de precios predatorios o explotativos.
4. La alteración injustificada de los niveles de producción, del mercado o del desarrollo técnico o tecnológico que afecten negativamente a los operadores económicos o a los consumidores.
5. La discriminación injustificada de precios, condiciones o modalidades de fijación de precios.
6. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros.
7. La venta condicionada y la venta atada, injustificadas.
8. La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios.
9. La incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros.
10. La fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios.
11. El establecimiento de subsidios cruzados, injustificados, particularmente agravado cuando estos subsidios sean de carácter regresivo.
12. La subordinación de actos, acuerdos o contratos a la aceptación de obligaciones, prestaciones suplementarias o condicionadas que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de los mismos.
13. La negativa injustificada del acceso para otro operador económico a redes u otra infraestructura a cambio de una remuneración razonable; siempre y cuando dichas redes o infraestructura constituyan una facilidad esencial.
14. La implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas.
15. Los descuentos condicionados, tales como aquellos conferidos a través de la venta de tarjetas de afiliación, fidelización u otro tipo de condicionamientos, que impliquen cualquier pago para acceder a los mencionados descuentos.

16. El abuso de un derecho de propiedad intelectual, según las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, convenios y tratados celebrados y ratificados por el Ecuador y en la ley que rige la materia.
17. La implementación injustificada de acciones legales que tenga por resultado la restricción del acceso o de la permanencia en el mercado de competidores actuales o potenciales.
18. Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.
19. La fijación injustificada de precios de reventa.
20. Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;
21. Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.
22. La imposición de condiciones injustificadas a proveedores o compradores, como el establecimiento de plazos excesivos e injustificados de pago, devolución de productos, especialmente cuando fueren perecibles, o la exigencia de contribuciones o prestaciones suplementarias de cualquier tipo que no estén relacionados con la prestación principal o relacionadas con la efectiva prestación de un servicio al proveedor.

De similar manera, la ley sanciona específicamente el Abuso de Poder de Mercado en situación de dependencia económica, respecto del cual se establece de igual manera una prohibición de carácter genérico y un listado no exhaustivo de conductas que en particular se encuadran dentro de esta proscripción, así consisten abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica las siguientes conductas en particular⁷⁹:

- 1.- La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido 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.

⁷⁹ Art. 10 Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado

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.

3.- La utilización del poder de mercado para generar 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.

4.- La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

Este trabajo se centrará en el análisis de la conducta de abuso de poder de mercado determinada en el numeral 3 del artículo 9, esto es la fijación de precios predatorios, que serán tratados a profundidad en el capítulo cuarto. Previo a esto, es necesario hacer un análisis de los criterios de evaluación utilizados para la sanción e investigación de las prácticas anticompetitivas que se han mencionado a lo largo de este trabajo, esto es: regla per se y regla de la razón.

2.5.- ESTÁNDARES DE EVALUACIÓN DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Las conductas anticompetitivas, y de manera especial las conductas de abuso de poder de mercado o de posición de dominio, pueden ser analizados desde dos estándares de evaluación, cuya evolución corresponde al derecho antitrust norteamericano, estos estándares son la llamada regla per se y la regla de la razón.

Al igual que otras ramas del derecho, la interpretación de la normativa vigente en cuanto a conductas prohibidas, presenta dificultades, que en el derecho de la competencia resaltan aún más dado que en este caso, el derecho debe acudir a la ciencia económica para el análisis de las prácticas que regula, a fin de determinar con la mayor precisión posible las conductas prohibidas.

En este afán de certeza y previsibilidad, de conformidad con el derecho a la seguridad jurídica, ha dado origen a estándares de evaluación más o menos precisos, según los cuales se debe juzgar las presuntas transgresiones al Régimen de Competencia.

A breves rasgos, la regla de la razón implica evaluar todos los efectos económicos de una determinada práctica económica antes de concluir si la misma es ilegal o no, mientras la regla per se consiste en condenar definitivamente un cierto número de prácticas por considerar que su naturaleza es contraria a los principios básicos de la normativa de competencia vigente.

Respecto de nuestra legislación, la constante referencia a la eficiencia económica y el bienestar del consumidor analizada en apartados anteriores, excluiría en principio la aplicación de la regla per se para la mayoría de casos. De igual manera, a lo largo de las conductas enumeradas por el artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado se reitera la inclusión de la palabra “injustificadas” –así en los numerales 1,2,5,6,7,8,9,11,13,14,18,19,20,22 y 23- lo que excluye a la regla per se, cuya esencia es precisamente no permitir justificación.

2.5.1.- LA REGLA PER SE

La Regla per se es el sistema que se utiliza 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 y situación del mercado específico en particular, para concluir que son ilegales⁸⁰. Por tanto, corresponde a la autoridad investigadora probar únicamente la existencia de la conducta, sin considerar sus fines ni efectos. En caso de que una práctica sea juzgada bajo la regla per se, la única defensa posible para el operador investigado es negar la existencia de la práctica, ya que ningún argumento respecto de los beneficios de la misma o de su objetivo serán admisibles.

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

⁸⁰ Miranda Londoño, Alfonso. *El Régimen General de la libre competencia*. Ob. Cit. 35

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”⁸¹

La regla *per se* equivale a una presunción de derecho⁸² acerca de que una determinada práctica es contraria a la competencia; por tanto, su aplicación procede únicamente frente a causales de ilegalidad expresamente consagradas en la ley.

Su origen se debe a la jurisprudencia norteamericana, que conforme se analizó en el Capítulo primero, estableció que, una vez se den ciertos eventos, presume que se está ante una práctica restrictiva *per se*, sin necesidad de entrar a considerar los propósitos, naturaleza y efectos de la práctica, como una regla de economía procesal.

Así en *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, de 1897, 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 sólo aquellos que lo hicieran razonablemente.⁸³ Su aplicación en la jurisprudencia norteamericana ha seguido vaivenes importantes, así por ejemplo, en *United States v. Joint Traffic Association*, admitió que contratos o arreglos con el objetivo de alcanzar negocios legítimos de un individuo o sociedad, sin que tengan por objeto restringir el comercio, y que no lo restrinjan directamente, no eran ilegales bajo la Ley Sherman, aun cuando pudiesen afectar el comercio de manera indirecta⁸⁴; posteriormente

⁸¹ Gagliuffi, Ivo. *La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla per se o la regla de la razón*. Perú, INDECOPI, Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 12 disponible en: http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompic/castellano/articulos/primavera2011/lv_oGagliuffiPiercechi.pdf consultado en fecha 14 de julio de 2013 a las 20h48. 153

⁸² Miranda Londoño, Alfonso. *¿Existe la ilegalidad per se en el derecho de la competencia colombiano?*. Bogotá, Colombia. Universidad Javeriana. Disponible en https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.javeriana.edu.co%2Fjuridicas%2Fmenu_lat%2Fdocuments%2FEXITE.DOC&ei=u43kUfPqK4eRqQGyjYCoAQ&usq=AFQjCNHeA1X9pM1MTBWS_GYc6Zync5zpLg&sig2=qMdBoABl-c1aYG7pi_oHbw&bvm=bv.48705608,d.aWM consultado en fecha 15 de julio de 2013 a las 19h07

⁸³ *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, citado por Kovacic, William y Saphiro, Carl en “Antitrust Policy: A Century of Economic” Ob. Cit. 2 and Legal Thinking

⁸⁴ Ghersi Rassi, Oscar y Arosemena Burbano, Flavio. *La Regla de la Razón y conductas per se ilegales en el derecho de la competencia ecuatoriano: Reflexiones para la aplicación de la ley de regulación y control de poder de mercado*. Ob. Cit. 5

abandonada a raíz de la decisión *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*⁸⁵, según la cual, la “regla de la razón” debía ser el criterio evaluador general de las conductas sospechosas de ser anticompetitivas, reafirmando la regla de la razón en 1918 en el caso *Chicago Board of Trade v. United States*⁸⁶.

Posteriormente, volvió a aplicarse la regla per se en la decisión *Trenton Potteries (1927)*⁸⁷, donde la Corte Suprema volvió a la regla per se para evaluar esquemas de fijación de precios, y nuevamente fue abandonada en el caso *Appalachian Coals (1933)*⁸⁸, dictada en medio de la gran depresión, por el contrario, habló de un “estándar esencial de razonabilidad” para no condenar un cartel formado por varios productores de carbón, sobre la base de que el cartel no controlaba el mercado ni era capaz de afectarlo significativamente. La regla per se renació en 1940 con la decisión *Socony-Vacuum Oil Co.*⁸⁹ que condenó con el empleo de ese rígido estándar, una política entre varias refinerías de gasolina, de comprar el “exceso” de gasolina ofrecida por los vendedores al detal, con el objeto de restringir la oferta de combustible, lo cual generaba efectos inmediatos en el precio del producto al consumidor final.⁹⁰

La aplicación de la regla per se entre 1930 y 1970 se ve fortalecida por la influencia de la Teoría de los Mercados imperante en esa época, que bajo la idea de la competencia perfecta, considera sospechosa toda desviación de dicho modelo, estudios entre los cuales destacan: “*Economics of Imperfect Competition*” (1933) de J. Robinson, “*Theory of Monopolistic Competition*” (1933) de E. Chamberlin, y “*Barriers to Entry*” (1956) de Joe Bain.

A partir de la década de los 70, con las aportaciones de la Escuela de Chicago y el fortalecimiento del análisis económico del derecho, se ha abandonado paulatinamente la aplicación de la regla per se, que actualmente ha quedado reducida a la sanción de las llamadas “restricciones crudas” o “acuerdos desnudos”, tales como la fijación

⁸⁵ Gavil, Andrew, Kovacic, William y Baker, Jonathan. *Antitrust Law in perspective: cases, concepts and problems in competition policy*. Thomson-West. American Case Book Series.2002.81

⁸⁶ Ídem.146

⁸⁷ Ídem.81

⁸⁸ Ídem.82

⁸⁹ Ídem. 95

⁹⁰ Ghersi Rassi, Oscar y Arosemena Burbano, Flavio. *La Regla de la Razón y conductas per se ilegales en el derecho de la competencia ecuatoriano: Reflexiones para la aplicación de la ley de regulación y control de poder de mercado*. Ob. Cit.5

concertada de precios o de condiciones de comercialización, la manipulación del mercado para generar efectos en los precios, las disminuciones artificiales de oferta y la repartición de mercados entre competidores.

En palabras de Ghersi y Arosemena “la regla per se como una herramienta procesal que sirve como tamiz o filtro, y le permite al funcionario encargado de la aplicación de la ley, evitar la inversión de tiempo y recursos en la investigación de una conducta que será anticompetitiva en todos los casos salvo en una porción insignificante de los mismos”⁹¹. De tal manera que las ventajas de la aplicación de las prohibiciones per se pueden resumirse en:

1. Ahorro para la administración al no incurrir en gastos elevados de investigación de cada caso, ya que normalmente la Autoridad de Competencia cuenta con un presupuesto limitado que debe asignar a la multiplicidad de casos que enfrenta.
2. Evita favorecer a las grandes firmas que pueden costear análisis e investigaciones econométricas del caso específico, que en muchos casos no pueden ser costeadas por firmas de menor tamaño
3. Facilita la decisión para los Tribunales, que normalmente carecen de conocimiento profundo en temas económicos.
4. Mayor certeza respecto de las prácticas prohibidas, que de acuerdo al efecto disuasivo de las penas, desincentivaría a los Operadores Económicos de incurrir en ellas.

Por tanto, respecto de las ventajas de la aplicación de la regla per se, encontramos ventajas económicas procesales, pues los juicios pueden ser decididos más rápidamente, minimizando la inversión privada de los litigantes y terceros interesados, así como del Estado en la persecución e investigación de una práctica económica.⁹²

Respecto de la existencia de certeza y de la facilidad de decisión para los Juzgadores, considero equivocados estos criterios ya que la aplicación de la regla per se, como presunción de derecho, debe ser expresamente contemplada en la norma, además que

⁹¹ Ídem. 24

⁹² Ídem. 27

afecta al derecho a la defensa, pues priva a los investigados de la posibilidad de responder a las acusaciones hechas.

En el área andina, ha prevalecido la regla de la razón, como se aprecia en el artículo 6 de la Decisión 608.

Las desventajas de la aplicación de la regla per se pueden resumirse a su vez en:

1. Impide cambiar las concepciones teóricas y prácticas acerca de supuestos daños a la competencia a raíz de avances tecnológico-científicos.
2. Desincentiva la innovación y su aplicación a los procesos productivos por posibles sanciones, como por ejemplo, en cuanto a inversiones en investigación y desarrollo de nuevas tecnologías, se acostumbra utilizar contratos de *joint venture* que reducen el riesgo del capital invertido dividiéndolo entre varias empresas que se beneficiarían de la invención en caso de que resulte bien, lo que con una regla per se se podría interpretar como una cartelización o acuerdo de no competencia, privando a la sociedad del potencial beneficio de dicha invención.
3. Las prohibiciones per se afectan también a operadores pequeños que no tienen real influencia en el mercado, cuyas acciones no afectan a los consumidores ni a la competencia. Los comentaristas de la Ley utilizan como ejemplo el siguiente: Dos panaderías en una misma cuadra se ponen de acuerdo para fijar el precio de los panes que venden, podrían ser sancionadas a pesar de que no tuvieran capacidad de alterar los precios de los panes en perjuicio de los consumidores.
4. Una misma conducta puede tener distintos resultados en relación a la competencia, si es juzgada bajo la regla per se o la regla de la razón. Por ejemplo, el caso de las cadenas de cines en Perú, que en 2007 se pusieron de acuerdo para fijar una entrada de bajo costo (3,50 Soles peruanos) los días domingo a fin de combatir la piratería e incentivar que las personas asistan a los cines en lugar de adquirir videos pirata; en aplicación de la regla per se, hubiesen sido sancionadas.⁹³
5. La regla per se priva del derecho de defensa a los operadores investigados.

⁹³ Marín Sevilla, Marcelo et al. *Régimen de Competencia*. Ob. Cit. 305

Por estas consideraciones, considero correcto que nuestra legislación se incline por la regla de la razón, ya que no se puede justificar decisiones injustas por economizar costos de investigación y sanción.

2.5.2.- LA REGLA DE LA RAZÓN

En contraste con la regla per se, la regla de la razón no considera inmediata y automáticamente una conducta como anticompetitiva y por tanto sancionable, al contrario, consiste en un análisis de razonabilidad de la conducta, según la cual la autoridad de competencia debe analizar la razonabilidad de la práctica, desde el punto de vista de la competencia y la eficiencia, así como determinar si sus efectos fueron apreciables en el mercado⁹⁴.

Para Miranda, la aplicación de la Regla de la Razón corresponde a "todos aquellos acuerdos y prácticas cuyo efecto competitivo debe ser evaluado a través del estudio de las características y los hechos peculiares a cada tipo de industria o negocio, de la historia de la práctica restrictiva en cuestión, y de las razones por las cuales se aplicó la práctica restrictiva".⁹⁵ Estos aspectos a analizarse son básicamente tres: la naturaleza de la práctica, el propósito de la misma y el efecto de la restricción a la libre competencia.

Bork por su parte, sostiene que la regla de la razón tiene por objeto estudiar el comportamiento empresarial que se juzga bajo los parámetros de la intención de la empresa o del efecto que su comportamiento pudiera tener sobre la competencia, considerando el contexto del mercado⁹⁶. Bajo esta regla, el operador económico investigado, además de poder defenderse negando la existencia de la conducta, puede argumentar que los efectos de la misma no son anticompetitivos, o que ésta beneficia a los consumidores, porque obedece a la mayor eficiencia de la empresa en la producción, entre otras posibles defensas.

⁹⁴ Gagliuffi, Ivo. *La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla per se o la regla de la razón*. Ob. Cit. 154

⁹⁵ Miranda Londoño, Alfonso. *Régimen General de la libre competencia*. Ob. Cit. 35

⁹⁶ Bork, Robert. *The antitrust paradox. A policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993, p. 18.

La jurisprudencia norteamericana introdujo este estándar de evaluación en el caso Standard Oil (1911) al sostener que “La naturaleza genérica de las prohibiciones de la sección 1 necesariamente obligan a ser establecidas a la luz de la razón...” misma que es reafirmada en el caso Board of Trade of Chicago (1918) al sostener que: “La Corte debe usualmente considerar los hechos específicos al negocio sobre el cual aplica la restricción; así como su condición antes y después de la imposición de la restricción; la naturaleza de la misma y su efecto, actual o probable. La historia de la restricción, el supuesto problema; la razón para adoptar la restricción específica, el propósito o fin buscado, todos ellos son hechos relevantes”.

Aunque fue parcialmente abandonada entre 1930 y 1970, esta regla retorna con fuerza en los años setenta a raíz de los Estudios de la Escuela de Chicago, entre los cuales destacan: “*El problema del Costo Social*” (1960) de Ronald Coase, “*The Logic of Collective Action*” (1965) de M. Olson; “*Information and Efficiency: another view point*” (1969) de H. Demsetz; “*The Organization of Industry*” de G. Stigler y “*The Antitrust Paradox*” (1980) de Robert Bork.

La regla de la razón, puede equipararse a una presunción de hecho, por la cual una vez la Autoridad investigativa ha probado la existencia de una práctica, corresponde a la vez analizar sus efectos, su naturaleza, sus potenciales beneficios, a la vez que permite al investigado desvirtuar las acusaciones que se le imputan.

En el caso ecuatoriano, nuestra legislación se inclina por esta regla en la mayor parte de casos, pues si bien hay prácticas que se consideran actualmente como dañinas para la competencia, en una situación de globalización e integración, con nuevas tecnologías avanzando a pasos agigantados, es posible que en el futuro ya no tengan efectos dañinos en el mercado, por lo que en aplicación del derecho a la defensa y del objetivo constitucional de la legislación ecuatoriana de competencia antes analizado, debe permitirse a los operadores económicos demostrar que en el caso concreto las prácticas por las que se les acuse, no generen daños a la competencia ni perjudiquen al consumidor.

El Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, establece en su artículo 8 algunas presunciones, que sin embargo no constituyen prohibición per se, pues deben entenderse como una presunción iuris tantum, así:

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.”

Como se aprecia, nuestro ordenamiento opta por la regla de la razón, estableciendo una fuerte presunción en contra de las prácticas concertadas o grupales, mismas que se encuentran legalmente tasadas, siendo expresa la norma en que fuera de éstas, debe aplicarse un análisis casuístico.

La regla de la razón permite que, si se comprueba objetivamente que una conducta que en principio puede parecer ilegal en realidad beneficia a los consumidores y al sistema competitivo, esta conducta no sea sancionada. Si bien la aplicación de esta regla dificulta el trabajo investigativo de la autoridad de competencia, considero que es correcto el criterio seguido por nuestra Legislación al abrir la posibilidad de defensa para los operadores, que ayudados por el análisis económico, podrán argumentar acerca de los efectos pro competencia de determinadas prácticas.

CAPITULO TERCERO

EL PODER DE MERCADO: LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE Y LA DETERMINACIÓN DEL PODER DE MERCADO

3.1.- EL PODER DE MERCADO Y LA POSICION DE DOMINIO

El mercado, en palabras de Von Mises “No es ni un lugar ni una cosa ni una asociación. El mercado es un proceso puesto en marcha por las actuaciones diversas de los múltiples individuos que entre sí cooperan bajo el régimen de división del trabajo. Los juicios de valor de estas personas, así como las acciones que surgen de estas apreciaciones, son las fuerzas que determinan la disposición –continuamente cambiante- del mercado...El proceso mercantil es la resultante de determinadas actuaciones humanas. Todo fenómeno de mercado puede ser retrotraído a precisos actos electivos de quienes en el mismo actúan”⁹⁷

Esta manifestación de la acción humana -el mercado- entra en relación con el derecho al momento en que éste, como forma de organización social instrumental del imperio estatal, interviene para prevenir y sancionar aquellas actuaciones que perjudiquen o puedan perturbar el funcionamiento del mercado⁹⁸ y por tanto, el bienestar de los consumidores a través de la eficiencia.

De esta manera, para el derecho antimonopolios la definición del mercado se reduce a “un producto o grupo de estos en un espacio geográfico determinado al cual se le hacen una serie de análisis económicos y jurídicos con el propósito específico de extraer conclusiones relacionadas con el poder de mercado o la realización de posibles conductas anticompetitivas”.⁹⁹

El concepto de “posición de dominio” es un elemento central para el análisis de casos basados en la normativa de libre competencia. La ley ecuatoriana, toma su nombre del

⁹⁷ Von Mises, Ludwig. *La Acción Humana*. Unión Editorial, Novena Edición, Madrid, 2009. Trad. De Reig Albiol, Joaquín. 314

⁹⁸ *Ibid.* 313

⁹⁹ Baker, Jonathan. *Market definition: an analytical overview*. American University, Washington College of Law, *Anitrust Law Review*, vol. 74, 2007

concepto económico subyacente a la posición de dominio, esto es, el poder de mercado.

En palabras de Landes y Posner, el poder de mercado “está referido a la capacidad de una empresa (o de un conjunto de ellas) de incrementar el precio por encima del nivel de equilibrio competitivo mediante la reducción de su nivel de producción; dicho incremento de precios sería tal que aún le resulta rentable y no le genera una pérdida importante de consumidores e ingresos, pudiendo por ende obtener para sí ganancias extraordinarias. Dado que el modelo de competencia perfecta prevé el establecimiento de precios a un nivel igual al de los costos marginales, el poder de mercado estará referido a la capacidad de fijar precios por encima de los costos marginales.”¹⁰⁰

Como se puede apreciar, existe una diferencia entre “poder de mercado” y “posición de dominio”, aunque se los suele utilizar como sinónimos. El poder de mercado, es un concepto económico más amplio, ya que puede aplicarse también las prácticas de acuerdos restrictivos de la competencia y las operaciones de concentración, además de las prácticas de abuso de posición de dominio, ya que en cierta medida, todas las firmas tienen algún poder de mercado.

El término “poder de mercado” (market power) es utilizado en la normativa de competencia chilena y en el derecho antitrust norteamericano, mientras el derecho europeo y otras legislaciones latinoamericanas suelen utilizar el término “posición de dominio”.

Así, podemos decir que la expresión jurídica del concepto económico “poder de mercado” es el concepto jurídico de “posición de dominio”, mismo que se utiliza en el control de una dominación del mercado, que puede tener consecuencias para el derecho de la competencia correctivo bajo la figura de “abuso de poder de mercado o abuso de posición de dominio”.

En estos términos, siguiendo a Korah, se establece que hay una posición dominante cuando “como consecuencia de la falta de competencia sustancial, una empresa de

¹⁰⁰ Landes, William y Posner, Richard. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Harvard University Press, 2003. 138

forma unilateral puede modificar los precios u otras condiciones del mercado sin temor a una reacción en contra de sus intereses por parte de otras empresas o de los consumidores”¹⁰¹

Las legislaciones de competencia, normalmente, no sancionan la existencia de poder de mercado per se, sino ciertas conductas que se consideran “abusivas”. Lo cual es ilustrado por Cortázar Mora con un divertido símil al decir que “Así como por ejemplo, un campeón de lucha libre o un karateca cinta negra montados en un bus de Transmilenio en hora pico no pueden simplemente levantar de su asiento a un alfeñique para sentarse, o quitarle el asiento al conductor, o desocupar el bus para ir más cómodos, las empresas cinta negra o con talla de campeón de lucha libre tampoco pueden hacer lo que se les antoje en el mercado”¹⁰²

Al respecto, el Tribunal de Justicia Europeo ha dicho que, no obstante no se castiguen a las posiciones dominantes, las empresas con posición dominante en el mercado tienen una responsabilidad especial de no permitir que su conducta perjudique la competencia genuina no distorsionada.¹⁰³

Por tanto, como considera Cortázar, a pesar de que algunas empresas tienen el poder suficiente para hacer casi lo que quieran con prescindencia de sus competidoras y los competidores, que se ven convertidos en “*price takers*”, las empresas con posición de dominio o poder de mercado tienen también límites legales, con respecto a sus rivales, los mercados en los que actúan y los consumidores, relacionados con el principio de responsabilidad inherente a su posición.

La determinación de la posición de poder en la que se encuentre una empresa, es de vital importancia para la aplicación de las normas de protección de la competencia, en especial respecto de su potestad correctiva, ya que para que la autoridad de competencia declare la existencia de un abuso de posición de dominio o abuso de poder de mercado, “es necesario que previamente haya determinado que la empresa investigada detentó posición de dominio en el mercado relevante durante el periodo

¹⁰¹ Korah, Valentine. *Concept of a dominant position within the meaning of article 86*. Common Market Law Review, vol. 17, 1980. 395 a 414

¹⁰² Cortázar Mora, Javier. *Curso de Derecho de la Competencia*. Ob. Cit. 91

¹⁰³ Asunto 322/81 Michelin vs. Commission. 1983. ECR 3461

materia de investigación. Para ello, a su vez, es necesario que antes haya definido el mercado relevante materia de la controversia”¹⁰⁴

De igual manera, respecto de las prácticas colusorias, también es importante evaluar la existencia de cierto grado de poder de mercado para identificar sus efectos sobre el mercado, ya que un acuerdo anticompetitivo entre dos o más empresas que en conjunto tienen escaso o nulo poder de mercado no es susceptible de afectar la competencia, y queda exento de sanción bajo la regla de mínimos.

Asimismo, respecto del control de concentraciones, también es de gran relevancia la determinación de mercados relevantes, “pues precisamente lo que pretende evitar este mecanismo es la conformación de estructuras de mercado en las que se generen perjuicios para el interés económico general o se facilite la realización de prácticas anticompetitivas”.¹⁰⁵

Como afirma Cortázar Mora, “salvo las prácticas absolutamente anticompetitivas (per se) el resto del análisis antimonopólico depende en buena medida del concepto de posición de dominio”¹⁰⁶. A lo largo de la evolución del Derecho de la Competencia, las diferentes Autoridades de Control en distintos países han desarrollado diversos métodos para la determinación de los mercados relevantes y en especial, para el cálculo de la posición de mercado que detente una empresa, para así juzgar dentro del mismo sus conductas.

Este capítulo tiene por objeto el análisis del concepto de poder de mercado en la legislación ecuatoriana, los mercados relevantes y los métodos para su definición, y las metodologías de análisis de la situación del mercado que permitan determinar la existencia de la posición dominante por parte de uno o varios operadores; así como las metodologías seguidas en derecho comparado, que podrán ser de utilidad para la Superintendencia de Control de Poder de Mercado en el análisis de casos concretos.

¹⁰⁴ Figari, Hugo; Gomez, Hugo y Zuñiga, Mario. *Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio*. Artículo publicado en la “Revista de la competencia y propiedad intelectual” INDECOPI, basado en marco teórico incluido en el Informe N° 034-2004 del 20 de octubre de 2004 INDECOPI, disponible en <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompicastellano/articulos/primavera2005/HFigari%20HGomez%20MZuniga.pdf> acceso 18 de julio de 2013 a las 12h51

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ Cortázar Mora, Javier. *Curso de Derecho de la Competencia*. Ob. Cit. 91

3.2.- EL PODER DE MERCADO Y SU ABUSO

Por posición dominante en el mercado se entiende la situación en que una empresa, por si sola o actuando conjuntamente con algunas otras empresas esté en condiciones de controlar el mercado pertinente de un bien o servicio o de un determinado grupo de bienes o servicios¹⁰⁷

Bullard, define la posición de dominio de la siguiente manera:

"La posición de dominio en el mercado se da cuando no existen suficientes oferentes y/o demandantes como para evitar que alguno o algunos puedan determinar o influir de manera sustantiva en el precio y las condiciones ofrecidas en el mercado. En un mercado competitivo, todos (oferentes y demandantes) son "tomadores" de precios y de condiciones: esto quiere decir que asumen el precio y las condiciones como dadas, y quien los dicta es el mercado a través de un conjunto indeterminado de decisiones atomizadas. Sin, embargo, cuando el número de oferentes o demandantes no es suficiente para que esto se cumpla, uno o unos pocos tienen la facultad de fijar un precio y las condiciones de manera distinta de aquellos que el mercado arrojaría en libre competencia"¹⁰⁸

En el ámbito europeo, la posición de dominio ha sido interpretada por la jurisprudencia comunitaria ya en 1976 (Sentencia del caso *United Brands*) como:

"La situación de poder económico que ostenta una empresa que le da la facultad de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportamientos en medida apreciable independientes respecto de sus competidores, sus clientes y, en definitiva, los consumidores".

¹⁰⁷ Witker, Jorge. *Derecho de la Competencia en América*. Fondo de Cultura Económica. Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México. Chile, 2000. 59

¹⁰⁸ Bullard, Alfredo. *¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio*. En: Seminario aplicación de la política de competencia a nivel internacional y su desarrollo en el ámbito nacional. (24 al 25 de marzo de 1998: Cartagena). p. 4.

Al respecto, el Tribunal de Defensa de la Competencia español, ha señalado que:

“Se diría que una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tuviera en éste poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto.¹⁰⁹

Acogiendo estos criterios provenientes de la doctrina y de la jurisprudencia comparada, nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, define al mismo en su artículo 7 como:

“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 u otros sujetos que participen en el mercado...”

Como ya se indicó anteriormente, las legislaciones no suelen penar el poder de mercado o la posición de dominio en sí misma, pues se entiende que la mejora de la posición en el mercado es en sí una aspiración legítima y lógica de los operadores económicos, penando únicamente su abuso. Siguiendo esta línea, el mismo artículo 7 continúa en su párrafo segundo diciendo:

“La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá

¹⁰⁹ Resolución del TDC español del 30 de septiembre de 1999, Expediente R-362/99 Bacardi. También de forma similar en Resoluciones del TDC español del 10 de mayo de 1999 (Expediente R-344/98 Aluminios de Navarra) y del 7 de julio de 1999 (Expediente 441/98 Electra Avellana).

una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley.”¹¹⁰

La jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia, indica que el abuso se presenta cuando un agente económico con posición de dominio actúa de tal forma que influye en la estructura del mercado donde actúa, debilitando la libre competencia mediante la utilización de métodos diferentes del mérito.¹¹¹ Por lo que, vemos que el criterio de eficiencia expuesto en el capítulo primero es determinante para el juzgamiento de las conductas de presunto abuso de poder de mercado.

Conforme al Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia de la OCDE, “El termino abuso de situación dominante o monopolización se refiere a prácticas comerciales restrictivas de la competencia a las cuales puede dedicarse una empresa para preservar o mejorar su situación en el mercado. Estas prácticas pueden considerarse, no sin controversia, como un aprovechamiento abusivo o anormal de una situación de control de monopolio de un mercado con objeto de restringir la competencia. La expresión “abuso de posición dominante” figura en la reglamentación de un cierto número de países, tales como Canadá o Alemania y en la Comunidad Económica Europea. En los Estados Unidos, las disposiciones equivalentes serían las referentes a los monopolios, las tentativas de monopolización o la monopolización de un mercado”¹¹²

De esta manera, el primer paso previo a efectuar un análisis jurídico y económico en materia de competencia es la definición del mercado relevante, y en virtud de ésta, la determinación del poder de mercado de quienes operan en él.

3.3.- LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE Y LA DETERMINACIÓN DEL PODER DE MERCADO

La definición del mercado relevante es el punto de partida de todo proceso en materia de defensa de la competencia, de la cual dependen en gran medida los resultados

¹¹⁰ Art. 7. Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado

¹¹¹ Wessley, Thomas y Hortstkotte, Christian. “*Union Europea*”. En *Dominance 2009*, Colección Getting the deal through, Law Business Research Ltd. 62-70

¹¹² OCDE, *Glosario de economía industrial y derecho de la competencia*. Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, 1995.11

finales de la investigación, ya que si se define erróneamente, las conclusiones serán erradas. Como afirma, Massey “en general, mientras más pequeño es el mercado relevante definido, mayor probabilidad de que una firma sea encontrada en posición de dominio”.¹¹³ Y a la inversa, mientras más amplio sea el mercado relevante definido, menor probabilidad de que una firma sea encontrada en posición de dominio.

La definición del mercado relevante corresponde exclusivamente a la Autoridad de Competencia, en nuestro caso la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, sin embargo, las partes, en uso de sus facultades procesales, pueden demostrar a ella cuál es el mercado relevante y realizar observaciones a su definición.

Una primera tarea consiste en individualizar el mercado o el nivel de éste en el que opera la empresa o empresas que se investiga, siendo posible que las empresas en cuestión operen en diversos mercados o dentro de un mercado amplio con varios submercados.

Una segunda tarea, es la determinación material del mercado, en palabras de Ginebra Serrabou “el mercado relevante es el espacio en el que los bienes o servicios son intercambiables o no por otros”¹¹⁴ por esto, no se debe considerar únicamente el bien o producto con sus esencialmente idénticos, sino sus productos sustitutos que pueden servir para un mismo uso, siendo comparables sea por su naturaleza, origen, funciones, precio, entre otras variables¹¹⁵.

En la Comunidad Europea, la Comunicación No. 372 referente a la definición del mercado relevante a efectos de la normativa comunitaria, señala que:

“Las empresas se ven sometidas a tres fuentes principales de presiones en los asuntos de competencia: sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta, y competencia potencial”.

¹¹³ Massey, Patrick. *Market definition and Market Power analysis: Some practical issues*. The Economic and Social Review, Vol. 31, No., 4, Octubre, 2000. Artículo presentado en la 14th Annual Conference of the Irish Economic Association.310

¹¹⁴ Ginebra Serrabou, Xavier. *Teoría General del Derecho de la Competencia*. Ob . Cit. 94

¹¹⁵ ídem.

Siguiendo esta tendencia, para definir el mercado relevante según el artículo 5 de la Ley, la Superintendencia considerará, al menos:

“El mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.

La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dichos mercados. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.”

Este extenso artículo es prolijo al definir los tres factores a tomarse en cuenta para la determinación del mercado relevante, así como los parámetros referenciales para su análisis:

1. Mercado del Producto o Servicio
2. Mercado Geográfico del Producto
3. Características de los operadores económicos del mercado.

4. Delimitación temporal del mercado objeto de análisis.

A los tres factores nombrados por el citado artículo, he agregado un cuarto factor cuya consideración es fundamental en todo análisis de mercados: el tiempo, factor contemplado generalmente en la doctrina que no se encuentra expresamente recogido en nuestra Ley; sin embargo, al ser estos parámetros referenciales no taxativos, considero que debe ser tomado en cuenta en los análisis que haga la Autoridad, ya que el factor temporal que puede ser determinante en mercados sumamente dinámicos, habiendo existido casos en que el mercado relevante se ha reducido a períodos sumamente cortos, como en el caso United Brands, respecto al mercado de frutas frescas de temporada. Sin embargo, generalmente se toman en cuenta períodos relativamente largos, ya que sería erróneo considerar como posición dominante aquella que no perdura en el tiempo, conforme se consideró en el caso Hoffman-La Roche.¹¹⁶

Para la determinación de cada uno de los factores mencionados, tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada acuden al Análisis Económico del Derecho, escuela en la que el Derecho Ecuatoriano poco ha profundizado, impulsada entre otros por el premio Nobel de Economía, Ronald Coase, en los años 1960 quien en su texto “El problema del costo social”¹¹⁷ expuso que los modelos de organización social, como el derecho, deben también ser evaluados por su capacidad de generar eficiencia económica; esta escuela tiene como grandes exponentes a Robert Bork, Richard Posner, Guido Calabresi, entre otros, y en América Latina, Alfredo Bullard, Germán Coloma, Viviana Kluger, Horacio Spector, y otros.

3.4.- METODOLOGÍAS PARA LA DETERMINACION DE LA POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO

Una forma de medir el poder de mercado de una empresa, entendido como la capacidad de desviación del precio al nivel de producción maximizador de beneficios

¹¹⁶ Caso 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra la Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979.

¹¹⁷ Coase, Ronald H. *El Problema Del Costo Social*. Centro de Estudios Públicos de Chile. 11 Enero 2012. Disponible en http://www.cepchile.cl/1_1363/doc/el_problema_del_costo_social.html consultado en fecha 20 de julio de 2013

de la empresa¹¹⁸, respecto del costo marginal de ella a dicho nivel de producción, es a través del Índice de Lerner. Éste fue ideado por el economista rumano Abba Lerner en 1934, para la medición del poder de monopolio¹¹⁹, el índice de Lerner se expresa de la siguiente manera:

$$L_i = \frac{P_i - Cmg_i}{P_i} = \frac{1}{\epsilon_i^d}$$

Fórmula en la cual L_i es el Índice de Lerner para la empresa i ; P_i y Cmg_i son el precio y el costo marginal de la empresa i en el nivel de producción maximizadora de utilidad de la empresa¹²⁰; y, ϵ_i^d la elasticidad precio de la demanda de la empresa¹²¹.

Este índice dará por resultado un valor situado entre cero y uno. Cuando mayor sea el Índice de Lerner mayor será el poder de mercado de la empresa (en un mercado perfectamente competitivo el precio será igual al costo marginal con lo que el Índice de Lerner será igual a 0)¹²².

El Índice de Lerner también puede obtenerse en función de la cuota de mercado (S_i) de la empresa, la elasticidad de demanda del mercado (ϵ_m^d) y la elasticidad de la oferta de las firmas competidoras (ϵ_j^s), relación expresada en la siguiente fórmula:

$$L_i = \frac{P_i - Cmg_i}{P_i} = \frac{S_i}{\epsilon_m^d + \epsilon_j^s(1 - S_i)}$$

Sin embargo, el problema con la aplicación de este índice es que se requiere de información de difícil cálculo y de escasas de información estadística, además de que, como sostiene Ginebra Serrabou, “parece que los tribunales padezcan alergia a

¹¹⁸ Figari, Hugo; Gomez, Hugo y Zuñiga, Mario. *Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio*. Ob. Cit. 157

¹¹⁹ Lerner, A.P. *The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power*. The Review of Economic Studies. V.1, n.3. Oxford Journals.157-175

¹²⁰ *Íbid.*

¹²¹ *Íbid.*

¹²² *Íbid.*

cualquier fórmula matemática –incluido, por supuesto, el Índice de Lerner-¹²³ reflejada en la tendencia a refugiarse en la cuota de mercado (market share) para determinar la existencia de posición de dominio, misma que no garantiza la existencia de poder de mercado.

Especialmente en mercados con escasas barreras de entrada y alto grado de disputabilidad, por ejemplo, si una cafetería con una gran cuota de mercado en una zona empresarial – por ejemplo un 70%- que vendía sus café expresso a \$1, decide venderlos a \$3 sin incrementar calidad ni añadir valor alguno, inmediatamente perdería mercado frente a otras cafeterías competidoras, la gente preferiría comprar sus propias cafeteras o llevar el café en termos a sus oficinas.

De la misma manera, una empresa con menor cuota de mercado, puede ostentar posición de dominio respecto de determinadas situaciones, así en el Caso Kodak de 1992¹²⁴, a pesar de que ésta solamente tenía una cuota de mercado del 23%, la Corte Suprema resolvió que Kodak ostentaba posición de dominio respecto de los consumidores dependientes de la marca, y que existía un abuso de la misma, ya que por razones de compatibilidad con productos ya adquiridos, se veían obligados a adquirir accesorios producidos por el mismo vendedor.

Así, múltiples decisiones de Cortes de Apelación en los Estados Unidos se han pronunciado diciendo que “la cuota de Mercado es solamente una forma de estimar el poder de Mercado, como la última consideración. Cuando existen mejores formas de estimar el poder de mercado, la Corte debe usarlas.”¹²⁵

3.4.1.- METODOLOGÍA GENERAL.-

Por lo expuesto, las Agencias de Defensa de la Competencia han desarrollado una metodología dividida en tres etapas, en las cuales se consideran todos los elementos

¹²³ Ginebra Serrabou, Xavier. *Teoría General del Derecho de la Competencia*. Ob. Cit. 107

¹²⁴ Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc., 504 U.S. 451 (1992)

¹²⁵ Por ejemplo, ver *Allen-Myland, Inc. v. IBM Corporation*, 33 F.3d 194, 209 (3rd Cir. 1994); *United States v. Baker Hughes, Inc.*, 908 F.2d 981, 992 (DC Cir. 1990) y *Ball Memorial Hospital Inc. v. Mutual Hospital Ins.*, 784 F.2d 1325, 1336, (7th Cir, 1986). Citados por Massey, Patrick. En “Market Definition and Market Power in Competition Analysis: Some Practical Issues” Ob. Cit.324.

incluidos en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado:

1. En primer lugar, definir el mercado relevante, tanto de producto o servicio como el mercado geográfico donde el poder de mercado de la empresa supuestamente dominante debe ser evaluado;
2. En segundo lugar, se procede a calcular la participación de mercado del supuesto operador dominante en el mercado relevante previamente establecido;
3. En tercer lugar, contrastar esta cuota con indicadores varios para extraer conclusiones acerca de la tenencia de posición de dominio por parte de la empresa investigada, conforme los indicadores enumerados en el artículo 8 de la Ley,

Estos indicadores se encuentran reconocidos en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, que dice:

Art. 8.- Determinación del Poder de Mercado.- Para determinar si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante, debe considerarse, entre otros, uno o varios de los siguientes criterios:

a. Su participación en ese mercado, de forma directa o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas, y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder.

b. La existencia de barreras a la entrada y salida, de tipo legal, contractual, económico o estratégico; y, los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores.

c. La existencia de competidores, clientes o proveedores y su respectiva capacidad de ejercer poder de mercado.

d. Las posibilidades de acceso del operador económico y sus competidores a las fuentes de insumos, información, redes de distribución, crédito o tecnología.

- e. Su comportamiento reciente.
- f. La disputabilidad del mercado.
- g. Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; y,
- h. El grado en que el bien o el servicio de que se trate sea sustituible, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas y el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.

A continuación abordaré el cómo se define el mercado relevante según los criterios jurisprudenciales y doctrinales de derecho comparado, y posteriormente, cómo se determina la existencia de posición dominante o poder de mercado.

3.4.1.1.- ¿COMO SE DEFINE EL MERCADO RELEVANTE?

La posición de poder no puede existir en abstracto¹²⁶, sino existe en un espacio geográfico determinado y respecto de un producto o servicio determinado. Por esto, se define al mercado relevante considerando aquellos productos que se consideren sustitutos de aquellos que se estudian dentro del área en el que compiten los mismos, en palabras de García Rodríguez “el mercado relevante significa los límites que identifican a aquellos grupos de vendedores o compradores del producto u oferentes del servicio en los que el agente económico compite.”

Como ya se dijo en un apartado anterior, la errada definición del mercado relevante conduce inequívocamente a errores en los resultados, una definición muy amplia determinaría escaso poder de mercado para una empresa que en verdad tiene gran poder, dejando de sancionarla; a la vez que una definición muy estrecha haría aparecer a pequeños operadores como dueños de amplio poder, pudiendo sancionarlos injustamente.

Por esto, existen métodos para determinar tanto el mercado del producto o servicio relevante, como el mercado geográfico, los cuales sintetizo a continuación:

¹²⁶ Bellamy, Christopher y Child, Graham. *Derecho de la competencia en el mercado común*. Madrid: Civitas, 1992. 508

3.4.1.1.1.- ¿CÓMO SE DEFINE EL MERCADO RELEVANTE DEL PRODUCTO O SERVICIO?

El mercado de producto o servicio relevante incluye todos los bienes o servicios que desde el punto de vista del consumidor o usuario son sustituibles por sus características, precios o usos, al ser bienes o servicios que satisfacen las mismas necesidades en condiciones similares.¹²⁷ Éste, “debe ser definido a partir del producto ofrecido por la empresa investigada, esto es, el producto demandado por los consumidores supuestamente afectados por un abuso de posición de dominio”¹²⁸.

Estos deben ser considerados como sustituibles o intercambiables razonablemente, en términos de precio, calidad y otras condiciones, por un número significativo de consumidores a efectos de satisfacer una misma necesidad. Posner considera que el mercado relevante sólo debe incluir los buenos sustitutos para el producto en cuestión,¹²⁹ ya que todo producto elevado a precios muy altos, empieza a ser sustituido por los consumidores por sustitutos imperfectos¹³⁰. Lo cual es razonable, pues por ejemplo, en el mercado de automóviles con motores de hasta 2000cc, no son equiparables un Volkswagen Gol cuyo costo al año 2013 bordea los \$17.000, con un Mercedes Benz C300, cuyo precio para el mismo año bordea los \$103.000.

Esta determinación en la práctica resulta compleja, en especial si se toma en cuenta la Teoría Subjetiva del Valor, propuesta por Walras y Carl Menger entre otros de la escuela marginalista, que a breves rasgos defiende que el valor de los diferentes bienes en mercado no está determinado por la naturaleza ni por sus características propias sino por las preferencias subjetivas de los individuos que, acumuladas, determinan sus precios. Como comenta Ballvé “El valor es siempre un juicio de apreciación, porque una cosa tiene valor si se la quiere o desea, y en tanto se la quiere o desea”¹³¹ y no exclusivamente en relación a la escasez, ya que citando el ejemplo de Ballvé “actualmente escasean mucho los carruajes tirados por caballos, sin embargo nadie los quiere, tienen un valor escaso o nulo”.

¹²⁷ Figari, Hugo; Gomez, Hugo y Zuñiga, Mario. *Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio*. Ob. Cit. 160

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Posner, Richard. *Antitrust Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.149

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Ballvé, Faustino. *Fundamentos de la Ciencia Económica*. Guatemala, Universidad Francisco Marroquín, Centro de Estudios Económicos y Sociales. 3ra Edición, 1984. 149

Por lo dicho, el análisis del mercado relevante de productos o servicios, se define analizando la sustituibilidad de la demanda, y la sustituibilidad de la oferta, análisis que debe hacerse caso a caso conforme a las características específicas de cada uno.

1.- Consideraciones acerca de la Sustituibilidad en la demanda.

El análisis de la sustituibilidad en la demanda busca determinar la posibilidad que tendrían los consumidores en caso que ocurra un aumento de precios significativo y no transitorio para desplazarse hacia un bien o servicio similar.

Se suele incluir a un producto o servicio en el mercado relevante si la demanda del mismo es elástica en relación a otros disponibles en el mercado.

Para su determinación, actualmente se encuentra ampliamente generalizado el llamado Test del Monopolista hipotético o SSMIP por sus siglas en inglés (SSNIP- Small but significant non-transitory increase in prices), propuesta por Adelman en 1959, Posner en 1976 y Sullivan en 1977 incluido en las Guías para análisis de fusiones del Departamento de Justicia de los Estados Unidos en 1992, y utilizado también en Colombia, la Unión Europea, Brasil, México, entre otros.

El Test Del Monopolista Hipotético o SSNIP.- Este test busca identificar el conjunto más reducido de productos y productores sobre los que un hipotético monopolista podría ejercer su poder de mercado aumentando sus beneficios mediante un incremento de los precios relativos reducido, aunque significativo y no transitorio.

Este test consiste en establecer una empresa hipotética dueña absoluta y sin competidores del producto en cuestión y aplicar tanto al producto como al área geográfica un aumento pequeño pero significativo y permanente en el precio, normalmente de un 5% a 10% durante un período, dejando quietas todas las demás variables.¹³² Bajo la premisa de que “un aumento no transitorio en los precios puede no ser rentable para el monopolista hipotético si los consumidores comienzan a adquirir

¹³² Cortázar Mora, Javier. *Curso de Derecho de la Competencia*. Ob. Cit. 94

productos sustitutos o el mismo producto generado por empresas en otras áreas geográficas”¹³³.

Si respecto del mercado postulado inicialmente como relevante se concluye que los consumidores se cambiarían a otros productos en número suficiente frente al aumento en el precio como para que dicho aumento no sea rentable para el monopolista, entonces el mercado que se postulaba como relevante no lo es y se debe incluir el producto o servicio sustituto más cercano¹³⁴.

Otro factor sumamente importante es la existencia de “Costos de Cambio” (*switching costs*) para los consumidores, ya que desincentivan que los compradores puedan cambiarse a productos sustitutos cuando enfrentan aumentos en el precio.¹³⁵

A breves rasgos, la aplicación del Test del Monopolista Hipotético funciona de la siguiente manera:

- a) ¿Puede una empresa (monopolio) incrementar el precio del bien A, en un rango entre el 5 y 10% de manera rentable?

Si la respuesta es sí: se considera un mercado separado. Implica que no hay otros productos que sean suficientemente sustitutos de este que hagan reducir la demanda del bien cuando éste incrementa su precio.

Si la respuesta es no: existe otro producto competitivo (B). Por lo tanto ambos pertenecen al mismo mercado

- b) El siguiente paso es, considerando que un monopolista hipotético que produce tanto el bien A y como el bien B. ¿Puede este monopolio incrementar el precio del bien A y B, en un rango entre el 5 y 10% de manera rentable?

Si la respuesta es sí: A y B pertenecen al mismo mercado.

¹³³ Agostini, Claudio. *Hacia una política de evaluación de fusiones horizontales*. Centro de Estudios Públicos, Chile, disponible en www.cepchile.cl/dms/archivo_3979_2120/r107_agostini_fusiones.pdf consultado en fecha 21 de julio de 2013 a las 16h46

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*

Si la respuesta es no: existe otro producto competitivo (C)

Por lo tanto los tres pertenecen al mismo mercado.

c) Se repite el proceso hasta que no haya productos sustitutos.

Esto permite determinar si los clientes estarían dispuestos a cambiarse a un producto sustitutivo fácilmente disponible o a proveedores localizados en otro lugar en respuesta a un pequeño pero significativo y permanente aumento de precios. Por ejemplo, un producto manifiestamente inelástico es la gasolina, ya que aunque se incrementen los precios, los consumidores no pueden acudir a productos sustitutos de forma inmediata, pues cambiar de un auto a gasolina hacia uno a diésel tiene un costo de cambio sumamente elevado, y dejar de usar el auto resulta difícil -en primera instancia- manteniendo las mismas prestaciones.

Este test constituye una guía fundamental de gran relevancia, sin embargo, presenta la dificultad del acceso a la información, por lo que es complementado con otros criterios que ayudan a clarificar el caso concreto, entre otros, los siguientes:

3. Ejemplos reales de sustitución entre dos productos, analizando la reacción de los clientes en relación con las cantidades demandadas de un producto determinado ante variaciones en los precios observadas en el pasado.
4. Ensayos cuantitativos, basados en enfoques econométricos y estadísticos relativos a la elasticidad de la demanda de un producto, la similitud de niveles de precios o la convergencia de los mismos, etc.
5. Opiniones de clientes y competidores.
6. Preferencias de los consumidores, en el sentido de que los consumidores finales podrán ser consultados acerca de la existencia de productos sustitutos. Asimismo, se debe considerar los estudios de mercado relativos a las actitudes y hábitos de consumo de los clientes, a fin de comprobar la percepción subjetiva que éstos tienen sobre los productos y su grado de sustitución técnica y económica.

Criterios Jurisprudenciales Europeos.- Respecto a la jurisprudencia europea, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia, han establecido algunos criterios para valorar la sustituibilidad de la demanda.

Así por ejemplo, en el asunto *United Brands vs. Commission*¹³⁶ sostuvo que en aquellos mercados donde la intercambiabilidad es limitada, el producto ofrecido por la empresa puede constituir por sí solo un mercado relevante¹³⁷. El Tribunal sostuvo que el mercado relevante lo conformaba únicamente el plátano, y no las frutas frescas en general, pues el plátano gozaba de unas características especiales suficientemente distintivas de las demás frutas.

También, un producto puede figurar en varios mercados diferentes según sus utilidades, *Hoffmann-La Roche*¹³⁸ el Tribunal sostuvo que cuando un mismo producto se utiliza para diferentes usos y la función del producto en una aplicación difiere de la otra, dicho producto puede estar en dos mercados de productos distintos. En aplicación de ello, se determinó que las vitaminas pertenecen a dos mercados diferentes, pues sirven para usos bionutritivos y usos de tipo industrial.

De forma similar, en el asunto *Commercial Solvents vs. Commission*¹³⁹ se estableció que el mercado para materias primas es separado del mercado de los productos fabricados con esa materia prima, y como mercados separados el de los “usados” que el de los productos nuevos respecto de neumáticos, sosteniendo en el asunto *Michelin vs. Commission*¹⁴⁰ el Tribunal sostuvo que aunque la función del producto es la misma, las condiciones de competencia son diferentes.

2.- Consideraciones acerca de la Sustituibilidad en la oferta.

El análisis de la sustituibilidad en la oferta tiene por objeto determinar hasta qué punto existen fuentes de competencia potencial para el producto objeto de estudio. Si bien es cierto que la principal fuente en la determinación del mercado de producto relevante es la sustitución desde el punto de vista de la demanda, también existe jurisprudencia

¹³⁶ Asunto 27/76 *United Brands vs. Commission*

¹³⁷ *Marín Sevilla et al. Régimen de Competencia*. Ob. Cit. 197

¹³⁸ Asunto 85/76 *Hoffmann-La Roche vs. Commission*.

¹³⁹ Asuntos 6 y 7/73 *Commercial Solvents vs. Commission*.

¹⁴⁰ Asunto 322/81 *Michelin vs. Commission*.

internacional que señala que resulta posible introducir la sustituibilidad por el lado de la oferta en la determinación del mercado de producto relevante¹⁴¹

Lo que se busca es determinar si existen fabricantes de otros productos no sustitutos del producto de la empresa que se investiga, que pudiesen empezar a producir y vender el producto investigado o uno sustituto, con una baja inversión, sin costos significativos y en un corto plazo, dada por ejemplo, su disponibilidad de tecnología o activos productivos, que por lo tanto deberían ser consideradas dentro del mercado relevante.

Landes y Posner ejemplifican esta situación diciendo “x puede representar edificios residenciales e y edificios comerciales. Los consumidores no pueden sustituir entre ambos, pero las firmas que construyen edificios comerciales tienen los equipos y habilidades necesarias para construir edificios residenciales... Por lo tanto, si la empresa i tratara de elevar el precio de los edificios residenciales sobre el nivel competitivo, los constructores de edificios comerciales sustituirán su producción hacia las construcciones residenciales. Esto hará que el incremento de precio de i sea menos beneficioso.”¹⁴²

En el ámbito europeo, es factible que estos potenciales competidores se agrupen dentro del mercado relevante desde el punto de vista de la sustituibilidad de la oferta, en cambio, en el derecho norteamericano se considera que la inclusión de éstas debe hacerse en la siguiente etapa, esto es, al evaluar el poder de mercado del operador investigado. Si bien el análisis de la sustituibilidad de la oferta tiene tanto para el derecho anglosajón como para el europeo un carácter excepcional.¹⁴³ Al respecto, en las Guías para la notificación de operaciones de concentración económica de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, se sigue el criterio anglosajón.

¹⁴¹ Figari, Hugo; Gomez, Hugo y Zuñiga, Mario. *Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio*. Ob. Cit. 166

¹⁴² Landes y Posner. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Ob. Cit. 143

¹⁴³ Díez Estella. *Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU*. 10. Disponible en:

<http://www.nebrija.com/fundacionICOnebrija/archivos/articulos/DefinicionMercadoRelevante.pdf>. consultada en fecha 21 de julio de 2013 a las 17h49

Para incorporar este elemento al análisis, se debe identificar a las empresas que potencialmente podrían entrar a competir en el mercado por tener algunas facilidades que se lo permitirían, por esto, deben analizarse los costos de adaptación de los equipos de las empresas o las posibilidades de construcción de procesos de producción, distribución y mercadeo, y en caso de que se considere que un competidor potencial puede adaptar sus instalaciones para fabricar el producto objeto del estudio o uno sustituto de éste en cantidades suficientes que permitan reprimir un incremento en el precio, esta empresa debe ser incluida dentro del mercado relevante.

Si existen muchos productores con capacidad y recursos para entrar al mercado y ofrecer el producto o uno sustituto de éste ante un alza en su precio, la oferta será elástica y por lo tanto el precio tenderá a mantenerse constante. Si existen pocos o ningún productor con capacidad para entrar en el mercado y ofrecer el producto o uno sustituto de éste ante un alza en su precio, la oferta será inelástica y el precio se mantendrá alto.

En el primer caso, la presencia de varios potenciales competidores determinaría que la empresa analizada no cuente con un gran poder sobre el precio de mercado, mientras en el segundo, la ausencia de potenciales competidores reforzaría su poder sobre el mismo.

3.- Consideración de las Particularidades de cada mercado.-

Nuestra Ley de Control de Poder de Mercado, prevé además que para delimitar el mercado de un producto o servicio es importante tomar en cuenta otros aspectos como la temporalidad y la estacionalidad de los productos bajo análisis. Especialmente dadas las condiciones geográficas de nuestro país se debe analizar elementos como las características que por zonas, características climáticas o temporales se tiene.

Éstas pueden determinar peculiaridades específicas que originan mercados temporales, mercados estacionales, y mercados secundarios con características específicas diversas.

Cabe resaltar en este punto la importancia de la valoración del factor temporal, pues como se comentó anteriormente, para determinar la existencia de dominio, se requiere que éste se mantenga por un período considerable; pero a la vez, dadas las condiciones especiales de cada mercado, éste debe ser analizado casuísticamente, por ejemplo, en relación al turismo, las temporadas altas deben ser consideradas en forma diferente que las bajas, de la misma manera que al analizarse el mercado aeronáutico.

Asimismo, factores como ventajas competitivas que puedan tener las empresas por razones de *know how*, tecnología, respaldos financieros (*deep pocket*), la existencia de externalidades de red en el mercado, entre otras, deben ser consideradas¹⁴⁴

3.4.1.1.2.- ¿CÓMO SE DEFINE EL MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO?

El mercado geográfico relevante estará definido en función del área geográfica en donde se encuentren las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto o servicio relevante por parte de los consumidores.¹⁴⁵ Se debe evaluar no sólo las posibilidades o limitaciones que enfrentan los proveedores alternativos para atender al cliente, sino también la capacidad que tiene este último de abastecerse de distintos proveedores¹⁴⁶.

Al considerarse el mercado relevante geográfico como la dimensión espacial dentro de la cual se confrontan la oferta y la demanda del producto o servicio, el análisis de delimitación del mercado geográfico se centra en determinar cuál es el costo de adquirir en el lugar analizado el producto relevante proveniente de otra área geográfica, de tal manera que dicho producto satisfaga la demanda a niveles competitivos.¹⁴⁷

Un factor fundamental para su análisis es el precio, si un cambio de precio en un área tiene efectos sobre los precios de otra área, ambas pueden incluirse dentro de un único mercado relevante geográfico. Otros factores que se utilizan para la definición de este mercado relevante son los patrones reales de ventas, costos de transporte,

¹⁴⁴ Figari, Hugo; Gomez, Hugo y Zuñiga, Mario. *Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio*. Ob. Cit. 182

¹⁴⁵ Ibid. 170

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Ibid.

perecibilidad del producto, cadenas de distribución y prácticas industriales, que en nuestro caso se encuentran listados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado.

Para determinar el mercado relevante, se utiliza el ya mentado Test del Monopolista Hipotético o SSNIP, considerándose que si los aumentos pequeños pero significativos y permanentes de precio impuestos por el monopolista hipotético hacen que pierda ventas porque los consumidores pueden conseguir el producto en otro lugar, al espacio inicialmente considerado se le adiciona este otro lugar, y así sucesivamente hasta que ya no sea posible obtener el bien en otro lugar sin incurrir en condiciones menos ventajosas¹⁴⁸.

Entonces, aquella zona en donde un “hipotético monopolista” pueda imponer un incremento de precios pequeño pero significativo y no transitorio sin perder un número significativo de consumidores tal que haga no rentable su conducta será el área geográfica relevante¹⁴⁹.

Igualmente debe considerarse como parte del mercado relevante a las empresas que en la actualidad no están compitiendo en el territorio analizado, pero que estarían en capacidad de llevar sus productos para la venta en ese territorio a un costo razonable.

En palabras de Conrath “la delimitación del mercado relevante geográfico responde a la siguiente pregunta: ¿A qué fuentes se dirigirían los consumidores si el precio del producto relevante se incrementara en un monto pequeño pero significativo? Si un número sustancial de consumidores fuese a comprar en un área externa a la considerada, entonces ésta área adicional debe ser incluida en el mercado geográfico.¹⁵⁰

Conrath considera que deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos¹⁵¹:

¹⁴⁸ Cortazar Mora, Javier. *Curso de Derecho de la Competencia*. Ob. Cit. 95

¹⁴⁹ Figari, Hugo; Gomez, Hugo y Zuñiga, Mario. *Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio*. Ob. Cit. 170

¹⁵⁰ Conrath, Craigh W. *Guía práctica para la ejecución de la ley antimonopolio para una economía en transición*. Bogotá, Superintendencia de Industria y Comercio, 1998. 102

¹⁵¹ Ídem. 106 y siguientes.

1. Debe investigarse la conducta histórica de los compradores ante un alza no transitoria en los precios. Investigar a qué sitios se han trasladado para adquirir el producto que sufrió el alza de precio.
2. Debe estudiarse el grado en que los vendedores distantes son tenidos en cuenta en los planes de negocios de las empresas del mercado original del producto y sus estrategias de mercadeo.
3. Deben analizarse los costos de transporte de la mercancía. Si los costos de producción más los costos de transporte de los productos desde este lugar lejano exceden el precio ya incrementado, debemos excluir a los productores de esa área del mercado relevante geográfico.

Económicamente, estos elementos suelen probarse, además de con el test SSNIP, con tests de correlación de precios, que en el caso de los mercados geográficos se centran en la relación existente entre los flujos de intercambio.

Por ejemplo, “Si el precio en la localización B se incrementa, y la localización C forma parte del mismo mercado, los consumidores adquieren mayor cantidad del bien C (sustituto) y menor del bien B (bien que se ha encarecido).

Así, tomaríamos el cociente entre las cantidades intercambiadas y precios de dos bienes B y C, como (x_B/x_C) y (p_B/p_C) , y el mercado relevante se determinaría en base a la correlación existente entre estos dos cocientes.

Si se incrementa p_B , disminuye x_B , por la ley de la demanda y por el efecto sustitución se incrementará también x_C (dejando a corto plazo el p_C constante). Por lo tanto debe existir una correlación alta y negativa entre el cociente de cantidades (x_B/x_C) y el precio relativo (p_B/p_C) si, y solo si, las localizaciones B y C forman parte del mismo mercado (es decir, compiten entre sí)”¹⁵².

Bajo estas consideraciones, y de acuerdo con los resultados de las pruebas de correlación de precios, cabría aceptar que altos coeficientes de correlación (en torno al

¹⁵² *El Mercado y la Determinación de Precios- Panorama de la Competencia en Andalucía*. Disponible en http://www.economiaandaluza.es/sites/default/files/capitulo%204_0.pdf

90%) son un buen referente para aproximar la existencia de un solo mercado para el bien en dos localizaciones o regiones diferentes¹⁵³

Otro factor considerado comúnmente en la determinación del mercado geográfico, es el comportamiento de los flujos comerciales interregionales. Elzinga y Hogarty¹⁵⁴ han desarrollado un método para determinar este patrón, mediante el uso de dos índices:

LIFO

(*little in from outside*) y LOFI (*little out from inside*).

Según este test, el mercado geográfico relevante es la zona de menor extensión territorial que satisfaga que un alto porcentaje (90%) del consumo de la zona provenga de empresas instaladas dentro de ella y un alto porcentaje (90%) de lo producido en dicha zona sea consumido en ella. Siendo entonces que no más del 10% de las ventas son transportadas desde fuera del área y no más del 10% de la producción del área es transportada fuera de la misma.

De no cumplirse estas condiciones, el mercado geográfico debe ampliarse a otras áreas hasta que se obtenga un área en la que la demanda sea satisfecha en un alto porcentaje con producción local y, a la vez, esta última sea consumida en un alto porcentaje en dicha área.

Sin embargo, tanto el SSNIP como los test de correlación de precios pueden presentar errores en relación a diversos factores modificadorios de los precios, llamados shocks exógenos, por esto, la teoría económica ha ideado tests correctivos como los basados en los postulados de Engle y Granger.

En este sentido, se recomienda la aplicación de test más sofisticados, basados en técnicas econométricas, como el de los premio nobel de economía (2003) Engle y Granger, de estacionariedad o los test de cointegración, que suele utilizarse para la identificación de patrones no evidentes en relación a la evolución de los precios.¹⁵⁵

¹⁵³ *Íbid.*

¹⁵⁴ Elzinga-Hogarty *The Problem of Geographic Market Definition in Antimerger Suits*. citado por Massey, Patrick en "Market definition and market power in competition analysis: some practical issues" Ob. Cit. 315

¹⁵⁵ *Íbid.*

Vale resaltar que las metodologías aquí resumidas corresponden a la determinación de los mercados a ojos de la teoría económica. En cuanto a su aplicación en materia de políticas de defensa de la competencia, estos planteamientos no son necesariamente concluyentes, aunque su aporte consiste precisamente en dotar de información y constituir una ayuda válida para entender el funcionamiento de los mercados investigados y determinar sus características.

3.4.1.2.- ¿COMO SE DETERMINA EL DOMINIO DENTRO DEL MERCADO RELEVANTE DELIMITADO?

Una vez delimitado por parte de la Autoridad de competencia el mercado relevante, conforme a los criterios antes expuestos, e identificado los operadores económicos que conforman el mismo, así como aquellas que sin estarlo podrían ingresar ante un aumento de precio, se debe analizar el grado de poder económico de la empresa que se investiga dentro del mercado.

Como se expuso en el apartado anterior correspondiente, para determinar la existencia de dominio en el mercado relevante la empresa analizada debe tener la posibilidad de ejercer control efectivo del mercado relevante, que le permita actuar con independencia del comportamiento de sus competidores, clientes y consumidores sobre los instrumentos de rivalidad como ser precios, variedades y calidad.

El método más frecuente para determinar la existencia de poder de mercado es el cálculo de la cuota de mercado de la empresa. Sin embargo, por sí solo es ampliamente inexacto, ya que el hecho de que una determinada cuota implique la existencia de un verdadero poder para actuar independientemente, depende del grado de concentración del mercado analizado y de la existencia o no de barreras de entrada.

Generalmente, la determinación del poder de mercado se analiza a través del “modelo SCP” (Structure, Conduct, Results), que analiza la estructura del mercado, la conducta en sí misma y sus resultados, que corresponde al enfoque tradicional de análisis de la economía industrial. También se suele analizar a través de modelos de la Nueva Organización Industrial. Como se dijo anteriormente al hacer referencia al test del monopolista hipotético, estos análisis económicos constituyen una gran fuente de

información y de prueba para el desarrollo de los casos de competencia, sin que sean absolutos.

Los indicadores más utilizados para indicar la existencia de concentración estructural son:

1. La determinación de la Cuota de mercado
2. El índice de Herfindahl Hirschmann – HHI
3. El índice de Concentración C4
4. El coeficiente de Gini
5. El índice de poder de mercado en activos fijos
6. El índice de capacidad competitiva en costos
7. El índice de capacidad competitiva en activos fijos

1.- La Determinación de la Cuota de Mercado.-

Una vez definido el mercado relevante tanto de producto o servicio como el mercado geográfico, se debe analizar la cuota de mercado de la empresa que permita estimar una posible situación de poder de mercado.

A fin de cuantificar la cuota de participación que tiene una empresa, Conrath ¹⁵⁶ distingue 3 formas distintas de medirla, a saber:

1. A través del estudio de la capacidad de fabricación del producto o la capacidad total de la empresa. Se considera diversos factores como ser la calidad de los insumos, el número de trabajadores y el número de horas de operación de la fábrica por semana.
2. Estudiando el volumen de producción, que se refiere al número de unidades producidas en un periodo de tiempo determinado.
3. Estudiando el valor o número de unidades de producto vendidas. Las ventas resultan importantes en relación con productos en los cuales la marca es importante, o en productos que tienen una variedad de características de individualización, como en los mercados de alta tecnología, en donde el valor

¹⁵⁶ Conrath, Craig W. *Guía práctica para la ejecución de la ley antimonopolio para una economía en transición*. Ob. Cit. 153

de las unidades vendidas es más importante que el número de unidades vendidas.

Se puede usar cualquiera de los tres métodos de medición, a escogerse según las características específicas del mercado que se analiza. Así por ejemplo en mercados donde la cantidad de unidades producidas pueda ser determinante, como el de la cerveza, se debe usar el método de volumen de producción.

Si bien la tenencia de una importante cuota de mercado hace presumir la existencia de poder de mercado, no existe consenso sobre el porcentaje mismo que determine la existencia de éste. Así como en ciertos casos con condiciones específicas, una alta cuota de mercado no implica necesariamente la existencia de poder, sea por una alta sustituibilidad de oferta y/o demanda, o por la inexistencia de barreras de entrada.

La evaluación de cuotas de mercado adquiere mayor importancia en “mercados con barreras a la entrada y/o condiciones de oferta inflexibles que determinan la imposibilidad del ingreso de nuevos ofertantes y/o el incremento de la producción y ventas de los agentes ya establecidos. Asimismo, mientras mayor sea la participación de mercado de una empresa mayor será la confianza en este indicador como evidencia de la existencia de una posición dominante.”¹⁵⁷

Teniendo en cuenta que no es el único factor a considerar, si debe recalcarse su importancia, como lo ha hecho el Tribunal Europeo en el caso Hoffman-La Roche al decir que “aunque la importancia de las cuotas de mercado puede variar de un mercado a otro, se puede legítimamente considerar que las cuotas de mercado muy altas, son en sí mismas, y salvo en circunstancias excepcionales, prueba de la existencia de una posición dominante”¹⁵⁸

Bellamy y Child¹⁵⁹ afirman que de acuerdo a la Jurisprudencia europea una cuota inferior al 30% en un mercado no es prueba de posición de dominio, excepto en

¹⁵⁷ Figari, Hugo; Gomez, Hugo y Zuñiga, Mario. *Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio*. Ob. Cit. 176

¹⁵⁸ Caso 85/76 Hoffmann La Roche c. Comisión (Rec. 1979, pág. 461) Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979.

¹⁵⁹ Bellamy, Christopher y Child, Graham. *Derecho de la competencia en el mercado común*. Op. cit, p. 517.

circunstancias excepcionales, a la luz de otros factores. Mientras porcentajes que varíen entre 30% y 40% parece que están también por debajo el nivel que indica posición dominante, por lo que se requieren diferencias sustanciales entre cuotas de mercado de la empresa investigada y sus principales competidores, impedimentos significativos a la entrada, etc. para que se pueda probar la posición dominante en función de ellos. Por su parte, porcentajes superiores al 40% suelen considerarse como prueba de existencia de posición de dominio, siempre en consideración de otros factores como la sustituibilidad de oferta y demanda o la ausencia de barreras de entrada.

Debe tenerse en cuenta el grado de evolución y madurez del mercado así como el elemento temporal, de esta forma, para ser consideradas como prueba de posición de dominio las cuotas deben ser estables por un período de tiempo considerable, que depende en particular de cada mercado y de las barreras de entrada. En tal sentido, la existencia de altas cuotas de mercado en un mercado que se encuentra en primera fase de desarrollo y con pocas barreras a la entrada, no puede considerarse como prueba suficiente de una posición dominante¹⁶⁰

En aquellos casos en el que existan elevadas cuotas de mercado pero que no son de tal magnitud que permitan concluir la existencia de una posición dominante, se debe comparar con las cuotas de los competidores más cercanos. Mientras mayor sea la diferencia mayores probabilidades de considerar a la empresa investigada como dominante.

Lo dicho se ilustra en el caso del Ron Bacardí, que ostentaba un 70% de la cuota del mercado relevante, resuelto por el TDC Español en la que se afirma que “Una elevada cuota de mercado de una empresa no determina necesariamente una posición de dominio para la misma. Es únicamente un factor que sólo con el concurso de otros puede procurar tal posición dominante...(la elevada cuota) llama la atención y obliga a esmerar la investigación para averiguar si hay una posición de dominio, pero no puede servir para declarar ésta sin más”.¹⁶¹

¹⁶⁰ Decisión de la Comisión Europea, de 9 de noviembre de 1994, procedimiento incoado en virtud del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo (IV/M.469 - MSG Media Service) DO nº L 364 de 31/12/1994 pág. 1 – 0020.

¹⁶¹ TDC Español Expediente *Bacardí*. R 362/99 del 30 de septiembre de 1999

Luego de obtenida la cuota de mercado, éstas deben contrastarse con otros factores, a la luz de la posibilidad de que su comportamiento sea disciplinado competitivamente por terceras empresas, ya sean actuales competidores con menor cuota, aquellas que virarían su producción hacia el producto relevante u otras que podrían ingresar al mercado.

Por ejemplo, si empresas que tienen una menor cuota de mercado, tienen a la vez una gran capacidad instalada no activa, podrían reaccionar frente a un incremento de precios de la empresa presunta dominante poniendo en producción su capacidad instalada, por lo que ésta última no ostentaría poder de mercado. Landes y Posner sintetizan las “correcciones” que se deben efectuar a la cuota de mercado en el siguiente cuadro:¹⁶²

ALGUNAS “CORRECCIONES” A LA ESTIMACIÓN DE CUOTA DE MERCADO

Condiciones de mercado	Existen sustitutos cercanos	Existen empresas que sin participar del mercado podrían hacerlo a muy bajo costo	Existen empresas competidoras que pueden fácilmente incrementar sus niveles de producción	Existe la posibilidad de ingreso de nuevos competidores
Carácter económico	Alta elasticidad de demanda	Alta elasticidad de oferta	Alta elasticidad de oferta	Alta elasticidad de oferta
“Corrección”	Incluir a esos sustitutos como parte del mercado relevante	Incluir en el cálculo de cuotas de mercado la producción de las empresas que podrían participar del mercado	Incluir en el cálculo de cuotas de mercado la capacidad de las empresas del segmento competitivo	No es fácil de ajustar. Se podría buscar evidencia de ingreso reciente y significativo

Fuente: Landes y Posner (2003).

2.- El Índice de Herfindahl Hirschmann – HHI.- El HHI es una medida de la concentración económica en un mercado. Se utiliza luego de determinar la participación en el mercado de los operadores económicos y considerar los parámetros de corrección correspondientes a cada mercado, con la finalidad de determinar la existencia de concentración del mismo y su grado. Es utilizado generalmente por las Agencias de Defensa de la Competencia, en especial por el

¹⁶² Landes y Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Ob. Cit. 141

Departamento de Justicia de los Estados Unidos, que lo ha incluido en sus Guías para el análisis de fusiones (Horizontal Merger Guidelines)¹⁶³

Este índice mide la concentración de determinado mercado, mas no el poder de mercado o posición de dominio de un operador económico específico.

Mientras más alto el índice, más concentrado y menos competitivo es el mercado objeto de análisis. El índice HHI toma valores dentro del rango de 1 y 10.000 puntos, siendo 10.000 el monopolio absoluto.

Según las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, debe considerarse que:

1. Un índice HHI menor a 1.500 puntos indica un mercado no concentrado.
2. Un índice HHI entre 1.500 y 2.500 puntos indica un mercado moderadamente concentrado.
3. Un índice HHI encima de 2.500 puntos indica un mercado altamente concentrado.

Estos criterios han sido recogidos por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado como parámetros de lectura en los Indicadores de Diagnóstico Sectorial de la Competencia¹⁶⁴ y los Indicadores de Concentración¹⁶⁵ utilizados.

De acuerdo al Censo Económico del año 2010, en el estudio efectuado por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado acerca de la concentración económica en el Ecuador a marzo de 2013¹⁶⁶, en aplicación del Índice HHI, un 44% de los mercados en el Ecuador se encuentran altamente concentrados¹⁶⁷, conforme se aprecia en la figura 2:

¹⁶³ US Department of Justice and Federal Trade Commission. Horizontal Merger Guidelines. Agosto 2010. Disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.pdf> consultado en fecha 26 de Julio de 2013

¹⁶⁴ Superintendencia de Control de Poder de Mercado. *Indicadores de Diagnóstico Sectorial de la Competencia*. Disponible en <http://scpm.gob.ec/indicadores-de-diagnostico-sectorial-de-la-competencia/> consultado en fecha 21 de julio de 2013 a las 19h05

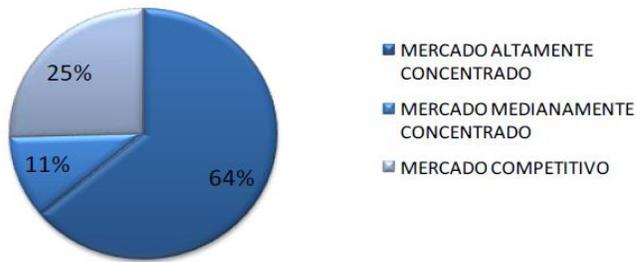
¹⁶⁵ Superintendencia de Control de Poder de Mercado. Indicadores de Concentración. Disponible en <http://scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/02/FORMULARIO-GESTION4.pdf> consultado en 21 de julio de 2013 a las 18h47

¹⁶⁶ Ídem.

¹⁶⁷ Superintendencia de Control de Poder de Mercado. Boletín de Prensa No. 20 –SCPM-DCS. Quito, 7 de febrero del 2013

Figura 2:

Ecuador: Concentración de Mercados - 2009
(Datos según HHI)

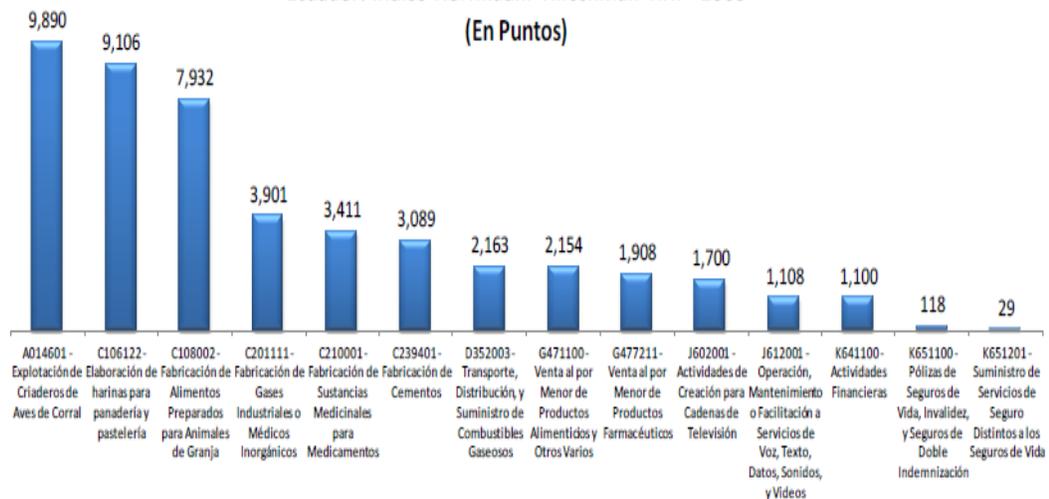


Fuente: Censo Nacional Económico 2010
Elaboración: IAPMAPR - SCPM
Fecha de publicación: Marzo, 2013

De igual manera, en aplicación del Índice HHI a los mercados objeto del mencionado estudio, se aprecia que los mercados ecuatorianos tienen los siguientes grados de concentración que se observan en la figura 3¹⁶⁸:

Figura 3:

Ecuador: Índice Herfindahl-Hirschman HHI - 2009
(En Puntos)



Fuente: Censo Nacional Económico 2010
Elaboración: IAPMAPR - SCPM
Fecha de publicación: Marzo, 2013

¹⁶⁸ *Íbid.*

Como se aprecia en el gráfico, los niveles más altos de concentración se encuentran en los mercados de Explotación de Criaderos de Aves de Corral, Elaboración de harinas para panadería y pastelería y Fabricación de Alimentos preparados para animales de granja, mientras los mercados de Fabricación de Gases industriales o Médicos Inorgánicos, de Fabricación de sustancias medicinales para medicamentos y el de fabricación de Cementos se encuentran también dentro de los mercados concentrados al superar los 2.500 puntos en el índice HHI.

La aplicación del Índice Herfindahl Hirschmann Referencial – HHI*.- La aplicación del Índice Herfindahl Hirschmann se complementa con la medida del menor nivel de concentración posible del sector que se estudia. Para lo cual se aplica el Índice Herfindahl Hirschmann Referencial (HHI*) que determina el menor nivel de concentración posible dado el número de empresas en el mercado específico que se analiza.

El HHI* se calcula asumiendo que todas las empresas del sector tienen la misma participación de mercado, así, un mercado con tres empresas tendrá un HHI* de 3.333 puntos; pues cada empresa tiene una participación de 1/3 del mercado.¹⁶⁹

Medida de Poder de Mercado (HHI-HHI*).- Una vez obtenidos los valores tanto del índice Herfindahl Hirschmann como el Índice Herfindahl Hirschmann Referencial, se obtiene la Medida de Poder de Mercado restando los resultados de ambos. La medida de poder de mercado se calcula como la diferencia del HHI real del sector y el HHI referencial, siendo mayor la posibilidad de prácticas de abuso o de distorsión mientras mayor sea la diferencia entre estos dos valores.

Al igual que con el índice HHI, se puede agrupar los resultados de la siguiente forma, de acuerdo a los Parámetros de lectura señalados por la Superintendencia¹⁷⁰:

1. (HHI – HHI*) menor a 1.500 indica escasa capacidad de distorsionar el mercado.
2. (HHI – HHI*) entre 1.500 y 2.500 indica moderada capacidad de distorsionar el mercado.

¹⁶⁹ Superintendencia de Control de Poder de Mercado. *Indicadores de Concentración*. Ob. Cit. 2

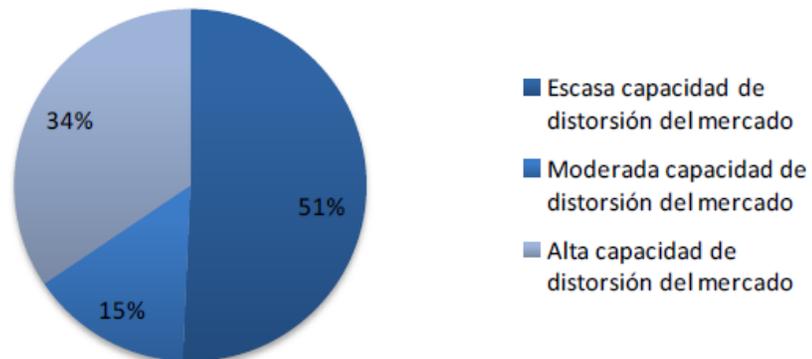
¹⁷⁰ *Íbid.*

3. (HHI – HHI*) mayor a 2.500 indica alta capacidad de distorsionar el mercado.

Aplicando esta metodología a la economía ecuatoriana, con base al Censo Nacional Económico de 2010, la Superintendencia ha calculado las Medidas de Poder de Mercado General y Sectorial, resultando que un 34% de los mercados son altamente susceptibles a posibles distorsiones dada su concentración, conforme se aprecia en la figura 4:

FIGURA 4:

**Ecuador: Medida de Poder de Mercado HHI-HHI* -
2009**



Fuente: Censo Nacional Económico 2010

Elaboración: IIAPMAPR - SCPM

Fecha de publicación: Marzo, 2013

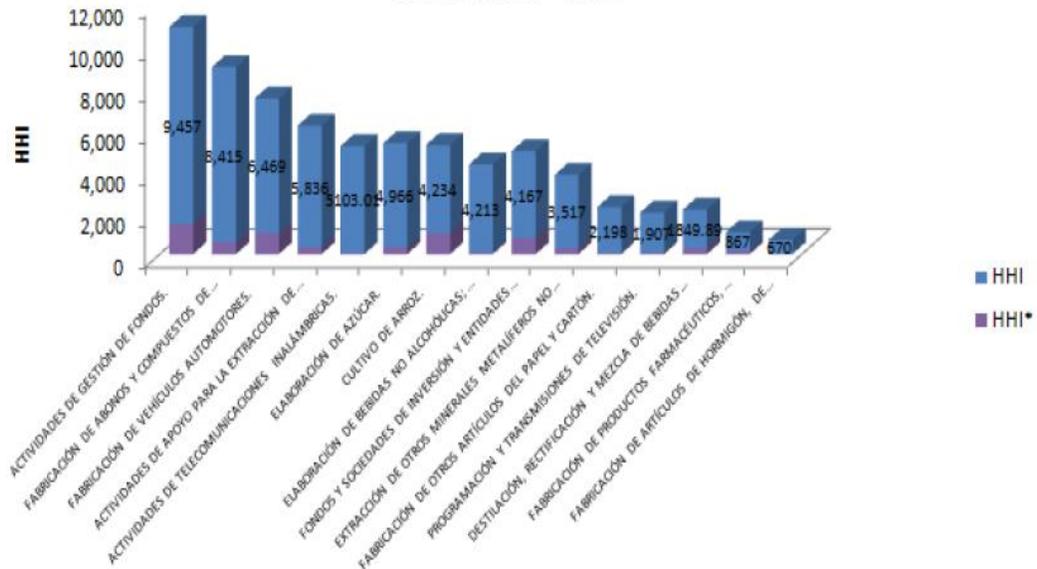
En el mismo estudio¹⁷¹, la Superintendencia expone los sectores mayormente susceptibles a distorsiones, que se aprecian en la figura 5, donde destaca el Mercado de Actividades de Gestión de Fondos, el mercado de fabricación de abonos y el mercado de fabricación de automóviles.

FIGURA 5:

¹⁷¹ Superintendencia de Control de Poder de Mercado. *Indicadores de Concentración*. Ob. Cit. 3

SECTORES DEL RANGO ALTAMENTE CONCENTRADO

Ecuador: HHI - 2009



Fuente: Censo Nacional Económico 2010 - INEC

Elaboración: SCPM

Fecha de Actualización: Enero 2013

3.- El índice de Dominancia (ID). Otro indicador de concentración es el llamado “Índice de Dominancia”, utilizado por la Comisión Federal de Defensa de la Competencia de los Estados Unidos Mexicanos¹⁷², que se calcula determinando primero la contribución porcentual h_i de cada empresa al índice HHI.

$$h_i = \frac{(100 - S_i)^2}{H}$$

Después se calcula el valor de ID aplicando la misma fórmula de Herfindal Hirschmann, pero utilizando ahora las contribuciones h_i obtenidas en lugar de las participaciones¹⁷³ S_i

$$ID = \sum_{i=1}^n h_i$$

¹⁷² Comisión Federal de Competencia de los Estados Unidos Mexicanos. *Resolución por la que se da a conocer el método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante y los criterios para su aplicación*. Diario Oficial de la Federación, Viernes 24 de julio de 1998. 22. Disponible en http://www.vb.com.mx/legislacion/Resolucion_calculo_indices_determinar.pdf consultado en 24 de julio de 2013 a las 9h33

¹⁷³ *ibid.*

Este índice se refiere a las contribuciones h_i , mismas que dependen del tamaño de cada empresa en relación con el tamaño de las demás, tomando directamente en cuenta el tamaño relativo de unas empresas con otras.

Al igual que el índice HHI antes referido, sus resultados varían entre 0 y 10.000, según se trate de un mercado atomizado o uno altamente concentrado.

4.- El Coeficiente de Gini.- El llamado coeficiente de Gini, en honor al economista italiano Corrado Gini, es una medida de concentración que permite calcular la desigualdad en cualquier distribución, en este caso, en la repartición de las cuotas de mercado.

Este coeficiente toma valores entre 0 y 1; donde 0 significa perfecta igualdad y 1 corresponde a perfecta desigualdad en la distribución de los ingresos de los operadores económicos en el sector que se analiza¹⁷⁴.

La fórmula del Coeficiente de Gini es:

$$G = \frac{\sum_{i=1}^{k-1} (p_i - q_i)}{\sum_{i=1}^{k-1} p_i} ;$$

Como parámetros de lectura de este índice, tenemos:

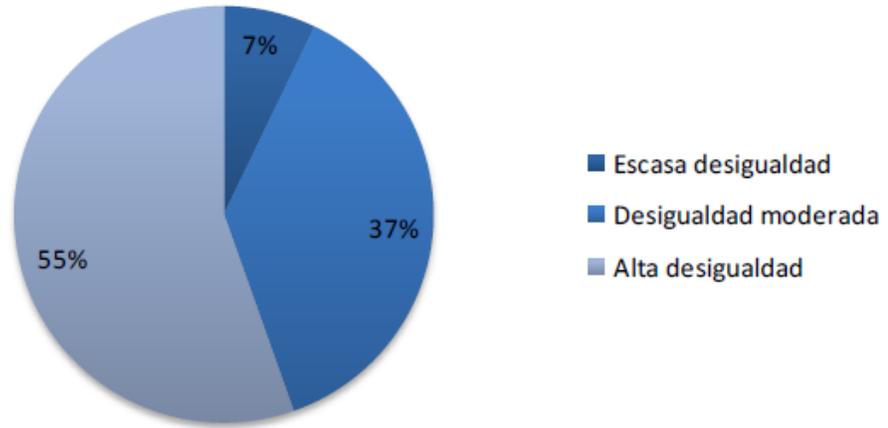
1. G menor a 0.33 indica escasa desigualdad
2. G entre 0.33 y 0.67 indica desigualdad moderada
3. G mayor a 0.67 indica alta desigualdad

A continuación se presentan los resultados para todos los sectores económicos. Como se observa, el 55% de los sectores tienen una alta desigualdad, 37% de los sectores tienen una desigualdad moderada, y 8% una escasa desigualdad.

¹⁷⁴ *Íbid.*

Figura 6:

Ecuador: Coeficiente de Gini - 2009

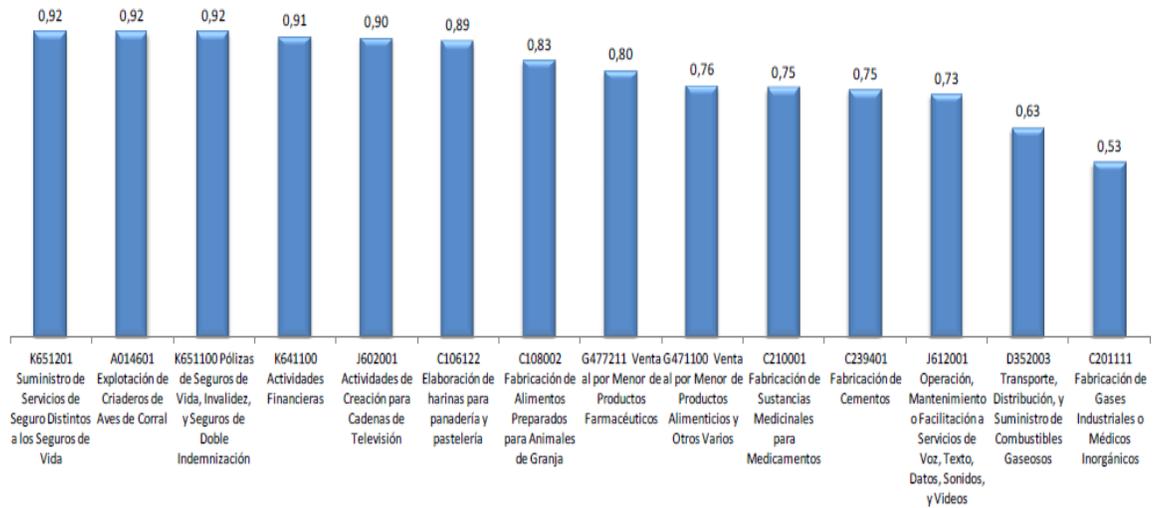


Fuente: Censo Nacional Económico 2010
Elaboración: IIAPMAPR - SCPM
Fecha de publicación: Marzo, 2013

En la figura 7 se aprecia la aplicación del Coeficiente de Gini a los diferentes mercados dentro del estudio de la Superintendencia, donde se destaca la alta desigualdad en la mayor parte de ellos, ya que todos, salvo el mercado de transporte, distribución y suministro de combustibles gaseosos y el de fabricación de gases industriales o médicos inorgánicos, todos superan el umbral de 0,67 puntos:

Figura 7:

Ecuador: Coeficiente de Gini – 2009
(En puntos)



Fuente: Censo Nacional Económico 2010
Elaboración: IAPMAPR - SCPM
Fecha de publicación: Marzo, 2013

5.- Coeficiente de Concentración C4.- Otra forma de calcular la concentración de un mercado es tomar como referencia la participación de las 4 mayores empresas respecto del total del sector. Mientras mayor sea este índice mayor nivel de concentración hay por parte de las 4 empresas más grandes.

La fórmula de este índice se expresa así:

$$C_k = \sum_{i=1}^k m_i$$

Este coeficiente mide la participación de las "k" empresas más grandes en el producto de la industria; m_i representa la participación de la empresa "i" en dicho producto¹⁷⁵, generalmente se consideran las 4 u 8 empresas más grandes.

Los parámetros de lectura para este coeficiente son los siguientes¹⁷⁶:

1. Menor a 33% indica un mercado poco concentrado.

¹⁷⁵ Dorado Aranibar, Hugo. *Algunas consideraciones para el uso de indicadores en el estudio de la estructura de mercados*. Bolivia. Unidad de Análisis de Políticas Sociales y Económicas. Disponible en <http://www.udape.gob.bo/portales.html/analiseconomico/analisis/vol14/art05.pdf> consultado en 26 de julio de 2013 a las 16h09

¹⁷⁶ Superintendencia de Control de Poder de Mercado. *Indicadores de Concentración*. Ob. Cit. 6

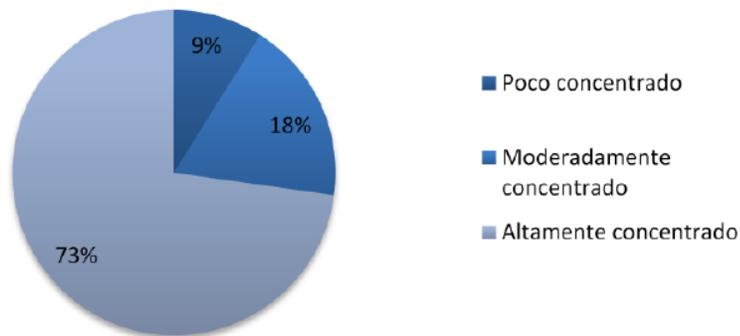
2. Entre 33% y 67% indica un mercado moderadamente concentrado.
3. Mayor a 67% indica un mercado altamente concentrado.

A continuación se muestran los resultados del índice para todos los sectores de la economía. Como se puede observar; en el 73% de los sectores, las cuatro empresas más grandes concentran el total de ingresos.

En aplicación de este índice, en el estudio realizado por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, se obtuvo que en relación a las 4 empresas con mayores ventas en 2009, existe una concentración del 73%.

FIGURA 8

Concentración de las 4 empresas con mayores ventas - 2009



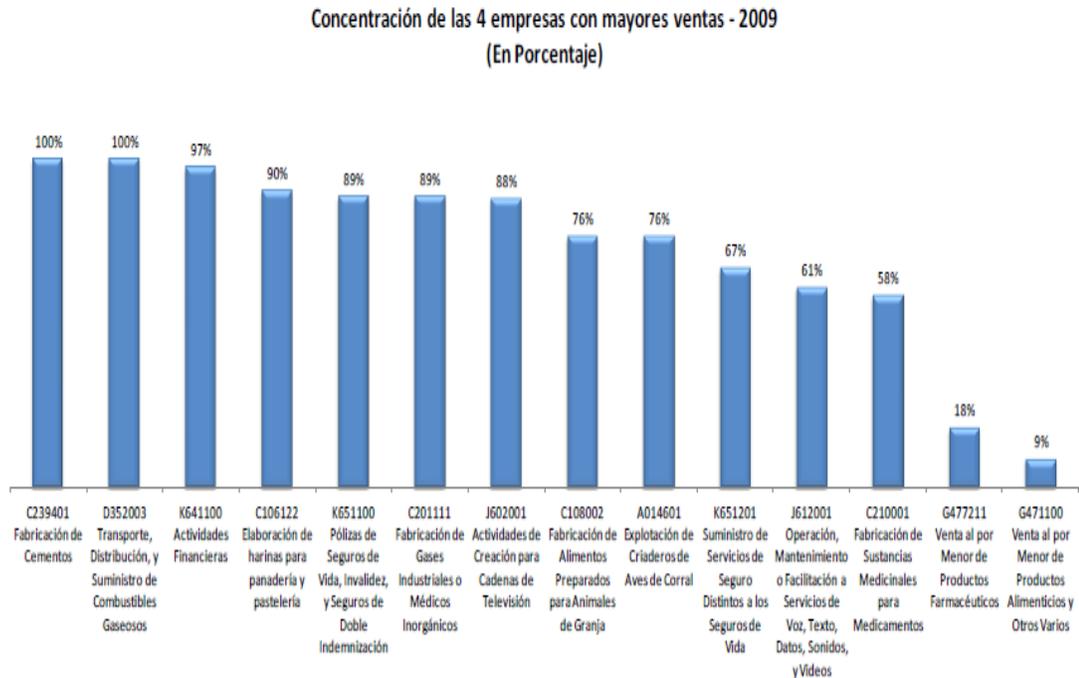
Fuente: Censo Nacional Económico 2010

Elaboración: IIAPMAPR - SCPM

Fecha de publicación: Marzo, 2013

Respecto de cada uno de los mercados, en aplicación del Coeficiente de Gini, los mercados más concentrados son el de Fabricación de Cements, el de transporte, distribución y suministro de combustibles gaseosos y el de actividades financieras, como se observa en la figura 9:

FIGURA 9



Fuente: Censo Nacional Económico 2010

Elaboración: IAPMAPR - SCPM

Fecha de publicación: Marzo, 2013

6.- El Índice de Poder de Mercado en Activos Fijos.- otra forma de calcular el poder de mercado es el índice de Poder de Mercado en Activos Fijos, contemplado también dentro de los Indicadores de Concentración de la Economía según la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

Se calcula en base a la suma de los activos fijos de las empresas más grandes – generalmente 4- dividida para la suma de activos fijos del resto de empresas del sector.

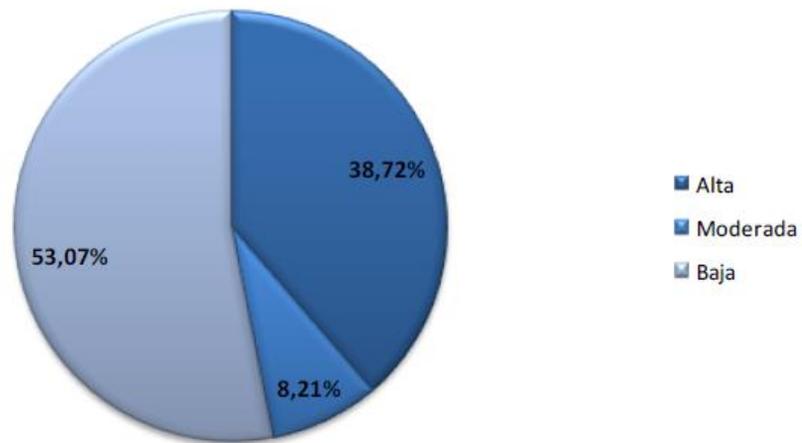
Los parámetros de lectura para ese índice son:

1. Menor a 0.5 indica que las 4 empresas más grandes tienen menos de la mitad del total de activos fijos del resto de empresas. (Baja concentración en Activos Fijos)
2. Entre 0.5 y 1 indica que las 4 empresas más grandes tienen entre la mitad y el mismo total de activos fijos del resto de empresas. (Moderada concentración en Activos Fijos)
3. Mayor a 1 indica que las 4 empresas más grandes tienen más activos fijos que el total del resto de empresas. (Alta concentración en Activos Fijos)

A continuación, se muestran los datos para todos los sectores de la economía ecuatoriana, según el estudio de la Superintendencia.¹⁷⁷ Como se puede observar en el siguiente gráfico, 39% de los sectores tienen una alta concentración en activos fijos.

FIGURA 10:

Ecuador: Concentración en Activos Fijos - 2009

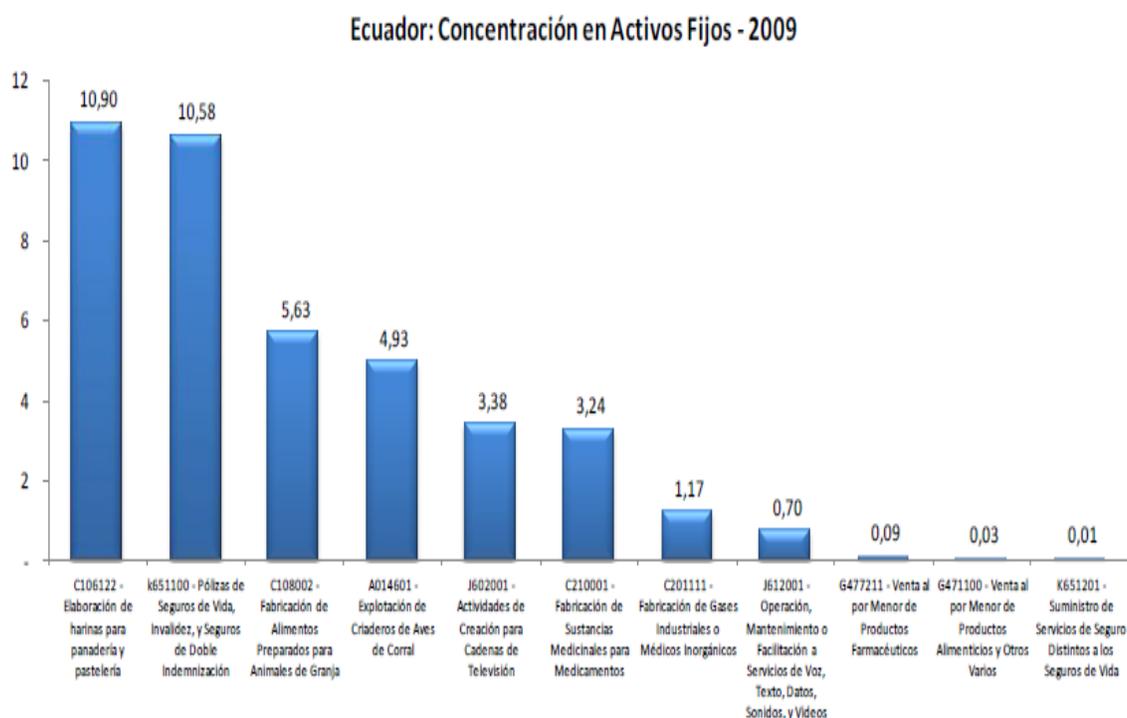


*Fuente: Censo Nacional Económico 2010
 Elaboración: IIAPMAPR - SCPM
 Fecha de publicación: Marzo, 2013*

En la siguiente figura se aprecia el nivel de concentración en activos fijos de los sectores analizados, se puede observar que la mayor concentración se da en los mercados de Elaboración de harinas para panadería y pastelería y en el de Seguros de Vida, invalidez y seguros de doble indemnización:

¹⁷⁷ *Íbid.*

FIGURA 11:



Fuente: Censo Nacional Económico 2010

Elaboración: IIA PMAPR-SCPM

Fecha de publicación: Marzo, 2013

7.- Índice de Capacidad Competitiva en Costos.-El índice de capacidad competitiva en costos mide cómo los costos unitarios de un determinado sector tienden a agruparse hacia los costos altos o hacia los costos bajos¹⁷⁸.

La existencia de valores positivos o negativos determina la tendencia seguida, así:

1. Valores positivos indican que la mayoría de empresas mantiene una estructura de costos bajos.
2. Valores negativos indican que la mayoría de empresas mantiene una estructura de costos altos.

La figura 11, muestra el gráfico elaborado por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado¹⁷⁹, muestra que el 83% de los sectores económicos en el Ecuador se

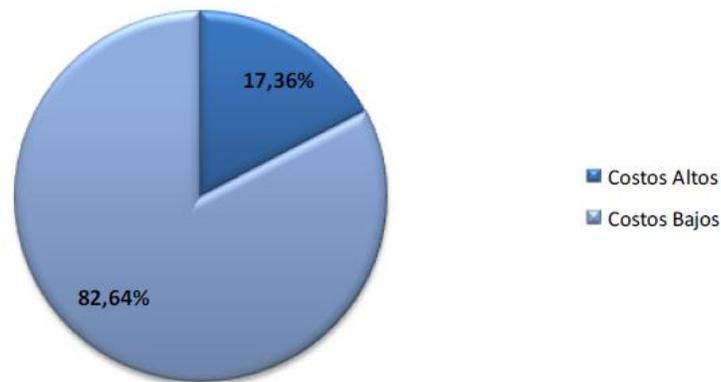
¹⁷⁸ Superintendencia de Control de Poder de Mercado. *Indicadores de Diagnóstico Sectorial de la Competencia*. Ob. Cit. 10

¹⁷⁹ *Íbid.*

caracterizan por una estructura de costos bajos en la mayoría de las empresas que los componen, mientras que la figura 12 muestra el análisis de capacidad competitiva en costos de los sectores económicos objeto del análisis, observándose que el único valor negativo es el correspondiente al mercado de fabricación de sustancias medicinales para medicamentos.

FIGURA 12:

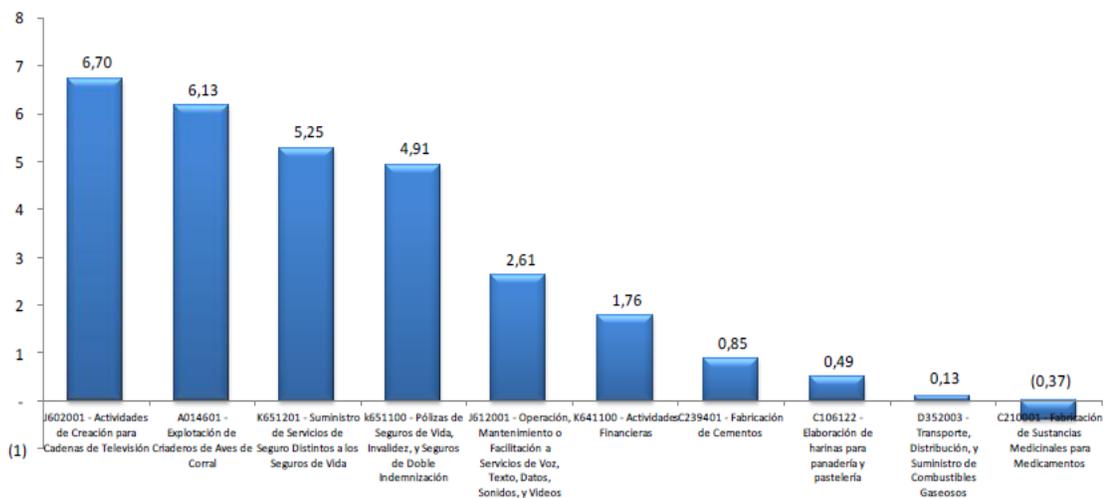
Ecuador: Capacidad Competitiva en Costos - 2009



Fuente: Censo Nacional Económico 2010
 Elaboración: IIAPMAPR - SCPM
 Fecha de publicación: Marzo, 2013

FIGURA 13:

Ecuador: Capacidad Competitiva en Costos- 2009



Fuente: Censo Nacional Económico 2010
 Elaboración: IIAPMAPR - SCPM
 Fecha de publicación: Marzo, 2013

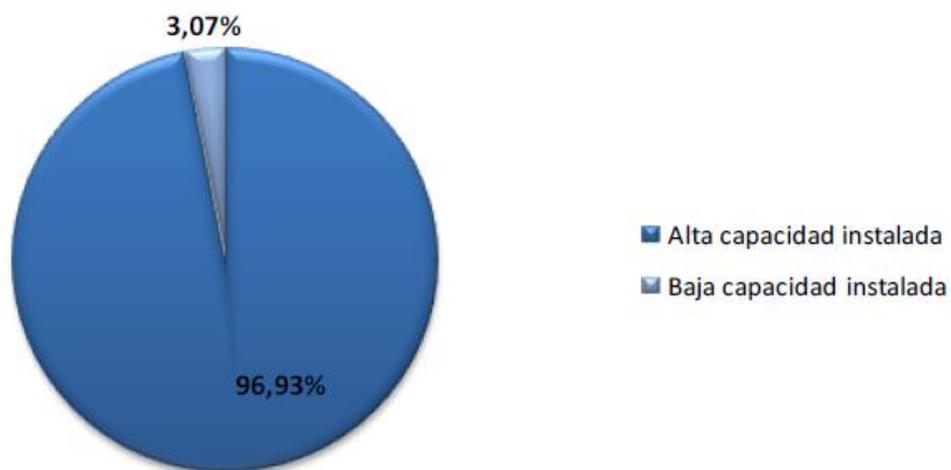
8.- Índice de Capacidad Competitiva en Activos Fijos.-A través de la medición de la capacidad competitiva en activos fijos, se calcula la capacidad instalada en las empresas de un sector económico¹⁸⁰. De esta manera:

1. Valores positivos indican que la mayoría de empresas del sector tiene baja capacidad instalada
2. Valores negativos indican que la mayoría de empresas del sector tiene alta capacidad instalada

De acuerdo al estudio de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, un 97% de los sectores analizados de la economía ecuatoriana tienen una alta capacidad instalada en sus empresas,¹⁸¹ lo cual se aprecia en las figuras 13 y 14 a continuación:

FIGURA 14:

**Ecuador: Capacidad Competitiva en Activos Fijos -
2009**



Fuente: Censo Nacional Económico 2010

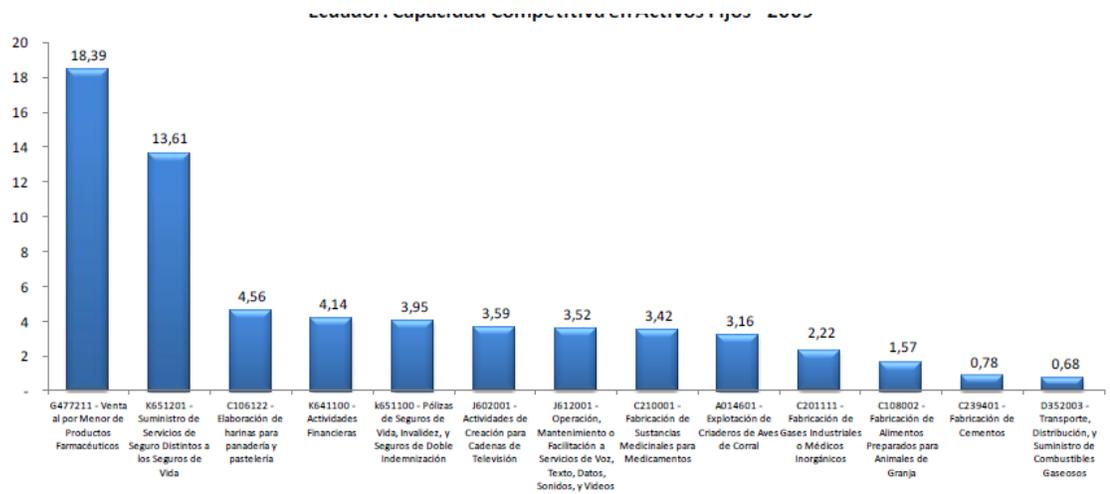
Elaboración: IIAPMAPR - SCPM

Fecha de publicación: Marzo, 2013

¹⁸⁰ Superintendencia de Control de Poder de Mercado. *Indicadores de Diagnóstico Sectorial de la Competencia*. Ob. Cit. 12

¹⁸¹ *Íbid.*

FIGURA 15:



Fuente: Censo Nacional Económico 2010
Elaboración: IIAPMAPR - SCPM
Fecha de publicación: Marzo, 2013

Estas y otras metodologías permiten a las Agencias de Defensa de la Competencia y a los operadores económicos fundamentar sus argumentos debidamente.

Desde el punto de vista de la Autoridad, la exigencia constitucional de motivación y el principio de inocencia, así como el debido proceso como haz de garantías para intervenir en el contenido de un derecho como es la libertad económica, exige de su parte la aplicación de todas las técnicas y metodologías disponibles para el juzgamiento de un caso concreto, a fin de limitar la discrecionalidad y eliminar la posibilidad de arbitrariedades.

Desde el punto de vista del operador económico, éstas pueden operar como medios de defensa y argumentación jurídica, pues permiten demostrar con fundamentos técnicos tanto la existencia o no de una posición dominante, como argumentar acerca de la correcta o incorrecta definición del mercado relevante, para así, desde el ejercicio del derecho a la defensa y dentro de las garantías del debido proceso, limitar en lo posible el ejercicio arbitrario del poder.

CAPÍTULO CUARTO

EL EJERCICIO ABUSIVO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO A TRAVÉS DE PRECIOS PREDATORIOS

La fijación de precios predatorios como una conducta de abuso de poder de mercado es el objeto central de este trabajo. Las consideraciones hechas en los capítulos anteriores acerca del objetivo perseguido por las normas de defensa de la competencia, sobre los criterios aplicados para su regulación y sanción, así como las observaciones hechas al concepto de poder de mercado y su determinación, nos permitirán entender y analizar a fondo la conducta específica de fijación de precios predatorios, que es quizá la más compleja de implementar y por tanto de probar en el caso de una investigación.

Se iniciará reflexionando acerca de la definición de esta conducta, para posteriormente referirnos a su racionalidad económica, eficacia práctica y criterios de sanción, que ha sido ampliamente debatida en la doctrina.

A continuación se hará un análisis de los elementos que configuran la conducta y de las reglas metodológicas propuestas en el derecho comparado para su investigación y evaluación.

Finalmente se hará un esbozo de matriz metodológica para la investigación de conductas de predación de precios en el marco de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, que facilite la labor de la Superintendencia a la vez que permita conocer a los operadores económicos de una forma sencilla los elementos a juzgarse a fin de limitar el espacio de discrecionalidad del aplicador de la norma.

4.1.- QUÉ SON LOS PRECIOS PREDATORIOS

Dentro de las conductas de abuso de poder de mercado, encontramos prácticas exclusorias y prácticas explotativas, se entienden como prácticas exclusorias “aquéllas que, a través del empleo de medios distintos de la competencia basada en los méritos,

tienen por finalidad el perjudicar a uno o a varios competidores como forma de mejorar la situación propia en el mercado”¹⁸²

Como una forma de práctica exclusoria, encontramos la fijación de precios predatorios. Las legislaciones suelen incluir una descripción más o menos precisa de la conducta sancionada, por ejemplo, en Colombia se definen como "La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar a uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos." ¹⁸³ Sin embargo, nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado se limita a tipificar en su artículo 9 numeral 4 "La fijación de precios predatorios o explotativos", por lo que para definirla debemos recurrir a la doctrina.

La fijación de precios predatorios consiste en que una empresa con poder de mercado venda sus productos a un precio por debajo de sus costos durante un tiempo limitado, con la finalidad de excluir a uno o varios competidores del mercado o impedir su entrada; de esta manera, al momento en que éstos no puedan competir dado el precio, deberán salir del mercado dejando al predador en posición monopolística. Existen también posibilidades de predación no basada en precios, que no son objeto de este estudio.

Bellamy y Child definen a los precios predatorios como una parte de la política de precios de una empresa con posición dominante que tiene por objetivo la eliminación o debilitación de un competidor, que conlleva generalmente a realizar rebajas selectivas de precios a un nivel no rentable, debiendo esta política estar "dirigida a" un competidor específico actual o potencial¹⁸⁴.

¹⁸² Hernández Rodríguez, Francisco; *Precios Predatorios y Derecho Antitrust. Estudio Comparado de los Ordenamientos Estadounidense, Comunitario y Español*; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.; Madrid; 1997; pág. 38.

¹⁸³ Decreto 2153 de 1992, Colombia, artículo 50 numeral 1

¹⁸⁴ Bellamy, Christopher y Child, Graham. *Derecho de la competencia en el mercado común*. Op. cit, p. 537.

En palabras de Terry Calvani, los precios predatorios son definidos como “ventas por debajo de costo que hace una empresa dominante por un largo periodo de tiempo con el propósito de sacar a los competidores del mercado”¹⁸⁵.

Por su parte, Robert Bork ha definido prolijamente esta conducta diciendo que:

“(…) es la agresión deliberada de una empresa contra uno o más competidores a través del uso de prácticas de negocios que no serían consideradas como dirigidas a maximizar utilidades, a excepción de que:

1.-Los competidores sean sacados del mercado, dejando al predador con una participación de mercado suficiente como para obtener ganancias monopólicas, o

2.-Los competidores sean golpeados suficientemente como para abandonar un comportamiento competitivo que el predador encuentra inconveniente o amenazante”¹⁸⁶

De conformidad con las definiciones citadas, resalta la necesidad de recuperar las perdidas incurridas en una etapa posterior a la predación en la que se pueda fijar precios monopolísticos. A la vez, la empresa predatora debe encontrarse en capacidad de afectar unilateralmente los precios –poder de mercado- y de mantenerlos a un nivel inferior a los costos por un período de tiempo suficiente para que sus competidores se vean obligados a salir del mercado; pues de lo contrario la venta a pérdida no causaría los efectos deseados por el presunto predador.

La dificultad de juzgamiento de esta práctica radica en que es sumamente difícil distinguir una rebaja de precios con objetivos predatorios de una rebaja de precios basada en las fuerzas de la competencia y la eficiencia económica.¹⁸⁷ No basta observar los cambios de precios de las empresas ni su magnitud para saber si ellas tienen su origen en comportamientos anticompetitivos.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Calvani, Terry. *Predatory price and state below-cost sales statues in the United States: An analysis*. Competition Bureau Industry Canada, 1999. Disponible en: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/01292.html> consultado en 25 de julio de 2013

¹⁸⁶ Bork, Robert. *The antitrust paradox. A policy at war with itself*. Op. cit. 145.

¹⁸⁷ Tarzuán, Jorge y Hevia, José. *Jurisprudencia sobre precios predatorios en Chile: ¿Han sido uniformes los criterios aplicados?*. Revista Abante, Vol.8, N°2 pp. 59-85, Octubre 2005. 61

¹⁸⁸ *Íbid.*

Se ha discutido ampliamente sobre su razonabilidad económica. En principio aparece como económicamente razonable que una empresa en capacidad de hacerlo busque eliminar a sus competidores forzándolos a salir del mercado a través de una práctica predatoria, siendo su justificación económica la posible fijación posterior de un precio monopolístico, sin embargo, el alto riesgo y la dificultad de éxito en la predación han llevado a gran parte de la doctrina a calificar esta conducta como económicamente irrazonable e ilógica, como se verá en el siguiente apartado.

Como sostiene Bork, para que una práctica predatoria sea considerada razonable, las ganancias futuras esperadas deberán superar las pérdidas incurridas durante la predación¹⁸⁹, ya que tanto el predador como sus “víctimas” incurren en enormes pérdidas durante la etapa de predación.

4.2.- ¿ES POSIBLE Y RAZONABLE UNA ESTRATEGIA DE PREDACIÓN DE PRECIOS?

A pesar de que los precios predatorios como conducta anticompetitiva son en principio entendibles, buena parte de la doctrina económica moderna argumenta su irracionalidad económica, y por ende la poca eficacia de su sanción dentro de las normas de defensa de la competencia.

DiLorenzo, sostiene que durante los estudios realizados a lo largo de los años setentas, ochentas y noventas, “no se ha encontrado un solo ejemplo claro de que un monopolio haya sido creado por la llamada predación de precios”¹⁹⁰ y que al contrario, “gran parte de las demandas seguidas por predación han sido típicamente interpuestas por competidores ineficaces”¹⁹¹

En efecto, la primera crítica a la racionalidad económica de esta práctica proviene de McGee¹⁹² ya en 1958, quien determinó que intentar monopolizar un mercado a través

¹⁸⁹ Bork, Robert. *The antitrust paradox. A policy at war with itself* . Op. cit 144.

¹⁹⁰ DiLorenzo, Thomas. *The Myth of Predatory Pricing*. Cato Institute Policy Analysis N°69. Febrero 1992. 1

¹⁹¹ idem

¹⁹² McGee, John. *Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case*. The University of Chicago Press. Journal of Law and Economics, Vol. 1. (Oct., 1958), pp. 137-169.1958

de la fijación de precios predatorios es poco razonable¹⁹³, en primer lugar, por el alto costo que esto implica para el predador, quien al tener mayor poder de mercado incurre en mayores pérdidas que sus rivales, ya que para poder influir en el precio debe tener mayores ventas que ellos.

A esto se suma la imposibilidad de determinar la posible duración de una guerra de precios, que puede prolongarse más allá de lo sostenible por el predador, siendo en consecuencia una aventura extremadamente riesgosa que no puede ser razonablemente aceptada a cambio de la esperanza incierta de en algún momento poder recuperarlas fijando precios monopolísticos.¹⁹⁴

En tercer lugar, de acuerdo con McGee¹⁹⁵, no hay garantía de que se pueda eliminar la competencia de esa manera. Las “víctimas” podrían temporalmente incluso suspender la producción en lugar de continuar con las pérdidas y posteriormente reingresar cuando los precios hayan vuelto a niveles normales, incluso con ventaja si el predador los ha fijado a precios monopolísticos¹⁹⁶, obligándole nuevamente a colocarlos a precios competitivos.

Incluso en el caso de que las víctimas hubiesen caído en bancarrota, sus bienes no simplemente desaparecen. Quienes compren sus maquinarias, equipos y demás enseres podrían entrar a competir con el predador, que estará debilitado por las pérdidas¹⁹⁷ en las que ha incurrido durante la predación; por lo que nada garantiza al presunto predador su anhelada monopolización.

En cuarto lugar, especialmente en el caso de operadores multiproducto, hay alto riesgo de que la guerra de precios se extienda a otros mercados, incurriendo en más pérdidas para el predador en éstos.¹⁹⁸

En quinto lugar, la teoría de la predación de precios asume la existencia de una situación monopolística que permite subsidiar las pérdidas incurridas durante la

¹⁹³ DiLorenzo, Thomas. *The Myth of Predatory Pricing*. Ob.Cit.1

¹⁹⁴ *Íbid.*

¹⁹⁵ *Íbid.*

¹⁹⁶ *Íbid.*

¹⁹⁷ *Íbid.*

¹⁹⁸ *Íbid.*

predación, sin embargo, si la empresa persigue convertirse en un monopolio a través de la práctica predatoria sin ser aún monopolista,¹⁹⁹ esto implicaría mayores pérdidas para el presunto predador.

Finalmente, debe tomarse en cuenta el costo de oportunidad de los fondos que se alega son usados para intentar llevar a la quiebra a los competidores. Para que una práctica de fijación de precios predatorios sea económicamente racional, la tasa de retorno posterior debe ser más alta que la tasa de interés del mercado, e incluso, mayor que la tasa de retorno esperable de cualquier otro tipo de inversión que el presunto predador pudiese haber realizado con esos fondos.²⁰⁰

DiLorenzo además argumenta que la teoría de la predación de precios ha asumido que la firma dominante es capaz de manipular a sus rivales pequeños, sin tener en cuenta las posibles contra-estrategias de éstos. Conforme lo ha expuesto Frank Easterbrook, la aplicación de estas contra-estrategias lleva a la conclusión de que la sanción jurídica de la fijación de precios predatorios deba ser olvidada.²⁰¹

Otro factor a tener en cuenta es que el éxito de la práctica depende en gran medida de la reacción de los consumidores, ya que si éstos pueden cambiar fácilmente a sustitutos así sea imperfectos, no habrá espacio para un período de recuperación posterior a la predación.

Efectivamente, la propuesta de McGee parece sumamente lógica: “Si en vez de destinar grandes recursos a preñar, la empresa hubiese intentado adquirir a los competidores, le podría haber pagado a éstos un precio máximo equivalente al valor presente de las utilidades de monopolio que obtenga por tal monopolización. Como cualquier monto sobre las utilidades normales que obtienen los competidores debiese ser aceptado por ellos, entonces la compra se tendría que llegar a cabo y las empresas se evitarían las grandes pérdidas incurridas en el período de depredación”²⁰²

¹⁹⁹ *Íbid.*

²⁰⁰ *Íbid.*

²⁰¹ Easterbrook, Frank. “*Predatory Strategies and Counterstrategies*”. University of Chicago Law Review N°48, 1981. 263-268

²⁰² Tarzuán, Jorge y Hevia, José. *Jurisprudencia sobre precios predatorios en Chile: ¿Han sido uniformes los criterios aplicados?*. Ob. Cit. 63

En resumen, puede decirse que pretender eliminar a la competencia a través de la fijación de precios predatorios es una opción irracional porque:

- a) Existen formas económicamente más rentables de hacerlo, y
- b) Los nuevos precios monopolísticos forzarían la entrada de nueva competencia, eliminando la posibilidad de recuperación del predador.²⁰³

Sin embargo paralelamente a estas reflexiones sobre la irracionalidad económica de la fijación de precios predatorios, se han elaborado análisis basados en la teoría de juegos en los que bajo ciertos supuestos, las personas optarían por la predación de precios como una estrategia racional.

Así los estudios de Milgrom y Roberts por una parte y de Kreps y Wilson²⁰⁴ por otra, encontraron que bajo ciertas condiciones de información incompleta, las personas pueden optar racionalmente por una estrategia de fijación de precios predatorios²⁰⁵.

Modelos de múltiple mercado como el de Harrison²⁰⁶, y las posteriores réplicas de Goeree y Gomez²⁰⁷, demuestran que la predación es una opción posiblemente racional a través de la cual el depredador busca influir en la conducta de sus rivales -o incluso de los financistas de sus rivales respecto de éste- para forzarlo a salir del mercado o detener su entrada a nuevos mercados. Sin embargo, conforme al estudio de Selten, en condiciones de información completa, aún continua siendo una opción irracional para el predador.

Por esto, las teorías modernas basadas en la teoría de juegos se fundamentan en que necesariamente se requiere alguna asimetría en la información a favor del potencial predador, así como una ventaja de costos o ventaja financiera a favor del mismo²⁰⁸; sin las cuales una estrategia predatoria no sería posible ni siquiera una opción económicamente considerable.

²⁰³ Gómez, Rosario; Goere, Jacob K y Holt, Charles. Predatory Prices: rare like an unicorn?. California Institute of Technology, Division of Humanities and Social Studies. Disponible en <http://www.hss.caltech.edu/~jkg/predatory.pdf> consultado en 26 de julio de 2013.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ Harrison, Glenn.W. *Predatory Pricing in a Multiple Market Experiment. A Note.* Journal of Economic Behavior and Organization N° 9, 1988. 405-417.

²⁰⁷ Goeree, J.K. y Gomez, R. *Predatory Pricing in the Laboratory.* University of Virginia. Citado en Gómez, Rosario; Goere, Jacob K y Holt, Charles. Predatory Prices: rare like a unicorn? Ob. Cit.

²⁰⁸ Gomez, Rosario; Goere, Jacob K y Holt, Charles. Predatory Prices: rare like a unicorn?. Ob. Cit. 4-6

4.3.- DIFERENTES CORRIENTES SOBRE SU EXISTENCIA Y SANCION

Como se ha dicho, derivado de la reflexión acerca de la razonabilidad económica de esta práctica, existen dos grandes corrientes de doctrinarios respecto de su inclusión en la regulación de competencia, por un lado quienes argumentan que no debe ser incluida dentro de las normas de defensa de la competencia, y por otro, quienes consideran que sí.

En un primer grupo, encontramos a Robert Bork, John McGee y Frank Easterbrook, entre otros, que opinan que la conducta de precios predatorios es tan difícil de aplicar, tan rara y con tan poca probabilidad de éxito, que no debe ser objeto de preocupación por parte de las autoridades de competencia.

Estos autores consideran que el riesgo de encontrar falsos positivos, sancionando precios competitivos como predatorios, lo que llevaría a restringir el impulso mismo de una competencia fuerte, desincentivando toda rebaja de precios, con consecuencias negativas para los consumidores. En resumen, se argumenta que es la razonabilidad económica y el mercado mismo el que restringe la aplicación de esta práctica, por lo que el destinar recursos del gobierno a su investigación y persecución no es razonable.

DiLorenzo, cita un estudio de Ronald H. Koller respecto a los 123 casos federales por presunta fijación de precios predatorios seguidos desde la expedición de la Ley Sherman hasta 1970, en los cuales aparentemente solamente en 7 se podría determinar que hubo un intento de predación, si bien 95 casos resultaron en condenas, pues muchas firmas se acogieron a planes de clemencia en vez de llegar a juicio, etapa a la cual únicamente llegaron 26 casos.²⁰⁹ De la misma forma, Koller no encontró un solo caso en el que se haya logrado establecer un monopolio a través de esta práctica.²¹⁰

Citando el caso *Matsushita Electric Industrial Co v. Zenith Radio* de 1986, DiLorenzo afirma que la práctica de fijación de precios predatorios es “tan común como los

²⁰⁹ DiLorenzo, Thomas. *The Myth of Predatory Pricing*. Ob. Cit.5

²¹⁰ *Íbid.*

avistamientos de unicornios”²¹¹, en efecto, la Corte sostuvo que “existe un consenso entre los comentaristas que la fijación de precios predatorios es raramente intentada, y más raramente aun exitosa”²¹²

Bork -además de las razones económicas referentes a la posibilidad de detener la producción y pagar solo los costos fijos, dificultando el éxito del predador- pone en consideración la siguiente razón:²¹³:

“La facilidad de entrada al mercado es simétrica a la facilidad de salida de éste. Esto es, si hay altas barreras de entrada al mercado significa que hay dificultad en salir, lo que hace la práctica más onerosa, pues tendrá que ser, necesariamente, más duradera y más costosa. Y, por otra parte, si es fácil sacar a una firma del mercado, igualmente fácil será para otra firma entrar a competir una vez el predador suba los precios para recuperar las pérdidas en que incurrió con la práctica predatoria.”

Además, DiLorenzo advierte del alto costo que implica tanto para la defensa como para la Autoridad de Competencia la investigación del caso y su prueba, que alienta a competidores ineficaces a presentar denuncias por presunta predación, a fin de debilitar a una empresa eficiente.²¹⁴ En efecto, según DiLorenzo, en los años 70, el gasto estimado de AT&T para hacer frente a denuncias de presunta predación fue de 100 millones de dólares al año.²¹⁵

Por su parte, entre quienes defienden la sanción jurídica de esta práctica encontramos a Richard Posner, Oliver Williamson, Phillip Areeda y Donald Turner, quienes consideran que la práctica de precios predatorios es una estrategia posible y que incluso puede ser frecuente, a pesar de que su investigación y prueba pueda ser extremadamente difícil.

Conforme se comentó anteriormente, de acuerdo a la teoría de juegos, en situaciones de información incompleta –que es una situación común en los mercados- puede ser

²¹¹ Ibid.

²¹² Matsushita Electric Industrial CO v. Zenith Radio 475 U.S. 574. 1986

²¹³ Bork, Robert. *The Antitrust Paradox: A policy at war with itself*. Op. cit, p. 153.

²¹⁴ DiLorenzo, Thomas. *The myth of predatory pricing*. Ob. Cit. 6

²¹⁵ Ibid.

una decisión racionalmente tomada por los operadores económicos, especialmente respecto de la psicología del competidor que al verse amenazado puede optar por una pronta retirada o una pronta renuncia a una expansión.

4.4.- ¿COMO SE SANCIONA ESTA PRÁCTICA EN EL DERECHO COMPARADO?

Conforme a las consideraciones anteriores, las corrientes para su sanción en el derecho comparado no son uniformes, en algunos casos se considera esta práctica como un acto de competencia desleal, en otros las legislaciones se fija una presunción de abuso de posición dominante por cobro de precios predatorios, mientras que la mayoría exigen que la empresa tenga poder de mercado para castigar una práctica de fijación precios predatorios.

En Suiza, por ejemplo, no se sancionan como práctica restrictiva sino como un acto de competencia desleal, contemplado en la Federal Law on Unfair Competition and Law of Cartels and Similar Organizations.

Por su parte, la legislación Canadiense en su Competition Act, secciones 50 y 51, así como las legislaciones francesa, portuguesa y alemana condenan esta práctica estableciendo una presunción legal de abuso de posición dominante.²¹⁶

Finalmente, entre las legislaciones que exigen que la conducta sea ejercida por una empresa con poder de mercado tenemos la legislación norteamericana, que sanciona la conducta bajo el artículo 2 de la "Sherman Act" y bajo el artículo 2(a) de la "Clayton Act", habiéndose establecido por los criterios jurisprudenciales como un requisito para su sanción la existencia de poder de mercado. En similar forma, se puede citar las legislaciones peruana, neozelandesa y australiana.²¹⁷

En el Ecuador, se encuentra contemplada dentro de las prácticas de abuso de poder de mercado, y de conformidad con lo expuesto en capítulos anteriores, se puede afirmar que la legislación ecuatoriana sigue esta última corriente, siendo necesario que

²¹⁶ Organization for economic cooperation and development. *Predatory pricing*. OECD, 1989. 32-34 y 38. Disponible en internet: www.oecd.org/daf/clp/competition_analysis.htm

²¹⁷ Ibid.

exista poder de mercado para poder ser sancionado por una práctica de predación de precios.

4.5.- CONDICIONES NECESARIAS PARA QUE SEA FACTIBLE UNA ESTRATEGIA DE PREDACIÓN DE PRECIOS

De acuerdo a las consideraciones económicas y jurídicas expuestas, se deduce claramente que una práctica de fijación de precios predatorios no es posible en todos los mercados, ni por parte de todas las empresas, aun cuando ostenten poder de mercado.

A continuación, se presenta un resumen de las condiciones que según la doctrina y la jurisprudencia comparada deben cumplir tanto la empresa como el mercado para que sea posible una práctica de fijación de precios predatorios:

4.5.1.- CONDICIONES DE LA EMPRESA

La empresa debe cumplir ciertas condiciones para poder considerar el riesgo de emprender una estrategia de fijación de precios predatorios. Sin éstas, la práctica sería inviable y económicamente impensable, pues en lugar de sacar del mercado a la competencia, pondría en riesgo de salir del mercado a la empresa que la aplique.

El principal requisito de la empresa es contar con suficiente poder de mercado que le permita imponer su precio a las demás, además de contar con condiciones que le permitan financiar las pérdidas incurridas durante la predación.

Este poder debe acreditar los siguientes supuestos, para poder emprender una práctica predatoria de precios:

- 1) Contar con una capacidad financiera considerablemente superior al de su víctima, a fin de soportar las pérdidas con mayor facilidad y por más tiempo que ella, pues de lo contrario “el predador resultaría depredado”
- 2) Contar con una alta cuota de mercado para que su baja en los precios pueda influir en el precio de mercado, llevando a los competidores a imitarla;

- 3) Contar con capacidad productiva suficiente para absorber el aumento de la demanda que seguirá al descenso de los precios, pues de lo contrario al no poder satisfacerla se elevarían nuevamente.

Cabe indicar que la capacidad financiera no necesariamente debe ser propia, puede provenir del fácil acceso a créditos o mercado de capitales, o incluso de la posibilidad de aplicar subvenciones cruzadas al operar en distintos mercados conexos, a fin de soportar las pérdidas incurridas en la etapa de predación.

4.5.2.- CONDICIONES DEL MERCADO

Así como no toda empresa puede optar lógicamente por una estrategia de predación de precios, no todo mercado es susceptible de ser afectado por ellas, por esto, debe analizarse las condiciones del mercado dentro del análisis de éstas prácticas:

4.5.2.1.- Las condiciones de entrada al mercado.

Para que una estrategia de fijación de precios predatorios tenga alguna probabilidad de éxito, es necesario que existan barreras de entrada al mercado. En un mercado de fácil acceso, el predador no podría llegar a recuperar lo “invertido” anteriormente, pues nuevas firmas competidoras ingresarían al mercado inmediatamente, incluso atraídas por el nuevo alto precio que fijaría el monopolista. Así, no llegará a obtener beneficios extras que le compensen el riesgo sufrido²¹⁸

Como barreras de entrada importantes encontramos: las economías de escala, las autorizaciones o controles gubernamentales, las preferencias de los consumidores, el coste del capital y la diferencia entre productos.²¹⁹

4.5.2.2.- Un Mercado estrecho.

Otra condición del mercado necesaria para un probable éxito de una fijación de precios predatorios es que el mercado sea estrecho. No basta con que el acceso al mercado

²¹⁸ Hernández Rodríguez, Francisco. *Precios Predatorios y Derecho Antitrust. Estudio Comparado de los Ordenamientos Estadounidense, Comunitario y Español* ob. cit.73.

²¹⁹ *Íbid.*

sea difícil, sino que además se necesita que existan pocos productos alternativos; puesto que debido a la sustituibilidad del producto analizada en el capítulo anterior, si los consumidores pueden conseguir productos similares que satisfagan necesidades similares, así sean sustitutos “imperfectos” o “malos”, tampoco podrá disfrutar de utilidades monopolísticas cuando fije un precio demasiado alto.

4.6.- ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LOS PRECIOS PREDATORIOS

Del análisis conceptual y jurisprudencial, se observa que la práctica de fijación de precios predatorios se conforma por elementos objetivos y subjetivos; que se analizan a continuación.

A breves rasgos se puede decir que dentro de los elementos objetivos tenemos la venta a pérdida o por debajo de costos y la posición dominante del predador, y como elemento subjetivo principalmente el objetivo de eliminar la competencia para poder posteriormente fijar precios monopolísticos que compensen la pérdida incurrida.

4.6.1.- ELEMENTOS OBJETIVOS

Dentro de los elementos objetivos, encontramos la existencia de un precio inferior a los costos, y la existencia de poder de mercado por parte del presunto predador:

4.6.1.1.- Precios inferiores a un determinado nivel del coste.

Vender a pérdida en principio es contrario a lo que normalmente se hace en el mercado, por lo que la venta por debajo de costos resulta a primera instancia llamativa. Debe entonces considerarse que toda venta a precios que produzca ganancias para la empresa, esto es, superior al coste medio total, nunca será predatorio, pues corresponde a competencia basada en méritos, aun cuando sea inferior a los precios de la competencia y los obligue a salir del mercado²²⁰.

²²⁰ Hernández Rodríguez, Francisco. *Precios Predatorios y Derecho Antitrust. Estudio Comparado de los Ordenamientos Estadounidense, Comunitario y Español* ob. cit.66.

Incluso si fuese voluntad de la empresa forzarlos a salir del mercado, si el precio es fijado en base a eficiencia, es un fin lícito y en esencia, fin de toda competencia.

Determinar bajo qué costo una práctica debe considerarse predatoria es un debate amplio en la doctrina jurídica y económica, para cuya resolución se acude a los tests que se estudiarán en el apartado siguiente.

Debe mencionarse que los costos a tenerse en cuenta son únicamente los de la empresa investigada, ya que cada empresa enfrenta diferentes costos según sus grados de eficiencia²²¹; por lo que se debe investigar si la empresa vende por debajo de sus propios costos.

Las legislaciones generalmente no definen si el costo a tomar en cuenta es el costo medio total, el costo medio variable o el costo marginal; o si se trata de los costos de corto plazo o los de largo plazo.

De acuerdo a la doctrina económica, existe venta a pérdida cuando el costo medio marginal supera al ingreso marginal, por lo que en principio el costo a tomar en cuenta sería el costo marginal a corto plazo. Lamentablemente, es sumamente difícil determinarlo, por lo que existe consenso en los fallos jurisprudenciales y la doctrina en que para que un precio sea considerado predatorio debe ser inferior al costo medio total.

Sin embargo, el hecho de que el precio se encuentre por debajo del costo medio total no acredita inmediatamente la existencia de un precio predatorio. Existen varias razones que justificarían que una empresa venda temporalmente a pérdida sin incurrir en práctica predatoria, por ejemplo, el ingreso de un nuevo competidor al mercado, que la capacidad instalada se ha expandido más rápido que la demanda, una caída imprevista de la demanda, la necesidad de dar a conocer un nuevo producto, promociones, en el caso de productos perecibles que se encuentren cerca de su caducidad a fin de aminorar pérdidas, en el caso de productos tecnológicos de rápida sustitución que deben bajar de precio por la entrada en el mercado de un nuevo

²²¹ Bullard, Alfredo. *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*. Op. cit. 29.

modelo, entre otras causas que pueden llevar a una empresa a vender por debajo de costos.

4.6.1.2.- Poder de mercado del predador.

Otro requisito indispensable para que la política de precios predatorios exista, además de ser requerimiento para su posible éxito, es que el operador económico investigado cuente con poder de mercado suficiente que le permita financiar las pérdidas y captar la demanda dejada por su víctima, de conformidad a lo que se expuso al analizar las condiciones necesarias de la empresa. Para la determinación del mismo puede recurrirse a los tests y metodologías enumerados en el capítulo tercero de este trabajo.

4.6.2.- ELEMENTO SUBJETIVO

El elemento subjetivo se refiere a la finalidad, al objeto perseguido por el operador económico de eliminar a uno o varios competidores del mercado o prevenir la entrada o expansión de éstos.

4.6.2.1.- La intención de eliminar a un competidor.

Para que se configure la conducta de precios predatorios es necesario que se presente un elemento intencional orientado hacia el propósito de eliminar a uno o varios competidores.

Su prueba en la práctica es también dificultosa, pues el hecho de vender a precios bajo costos no prueba necesariamente que esté dirigida a eliminar a la competencia. A la vez, eliminar a los competidores es un fin lícito si se realiza a través de competencia basada en méritos, por lo que la sola concurrencia del elemento intencional no acredita la existencia de una práctica restrictiva de la competencia.

En la práctica, las dificultades existentes para probar este elemento intencional han llevado al desarrollo de tests objetivos, que permitan observar que a ciertos niveles de

precios no existiría otro fundamento económico razonable que el de buscar sacar a la competencia del mercado a través de prácticas predatorias²²².

Por ejemplo, en Canadá, luego de hacer el test de precios y costos, se estudia la “política de ventas” de la empresa en búsqueda de evidencia sobre la existencia de un direccionamiento, una prueba de que la política de precios esta “diseñada para” o “tienen el efecto o la tendencia” de lesionar la competencia o eliminar a los competidores²²³, observando la existencia de un programa corporativo de precios en el mercado, la duración temporal de éstos, y relacionándolos con las políticas de precios de competidores, a fin de determinar si corresponden a una acción defensiva contra éstas.

Si del análisis de precios y costos se obtiene que éstos estarían dirigidos a la exclusión de competidores, corresponde a la empresa en ejercicio de su derecho a la defensa comprobar que su conducta tiene una justificación económica racional, por ejemplo, que se trata de un excedente que se intenta vender para disminuir pérdidas, que existe un sobre stock del producto dado a un decrecimiento de la demanda, la existencia de una promoción a fin de introducir un nuevo producto, entre otras justificaciones. Si la empresa logra justificar su conducta, se la exonera de la sanción, si no existe justificante económico razonable, se presume la intención exclusoria.

Los parámetros y metodologías de análisis de precios y costos se tratarán en un siguiente apartado.

4.6.2.2.- La intención de presionar a un competidor para que se someta a los intereses de la empresa dominante.

La fijación de precios predatorios puede no tener únicamente el objeto de sacar del mercado a un competidor, dadas las dificultades de éxito de la práctica anteriormente comentadas, pudiendo utilizarse la práctica para fines de sometimiento a la voluntad de

²²² Korah, Valentine; *Concept of a dominant position within the meaning of a article 86 EEC; CMLRev.*; núm. 17; 1980; cit. por Hernández Rodríguez, Francisco; Ob. Cit.69.

²²³International Competition Network. *Report on predatory pricing*. Presentado en la 7ma conferencia annual del ICN, Kyoto, Abril de 2008. 10

la empresa dominante, como por ejemplo, forzar a una fusión, absorción o venta a una empresa de menor tamaño llevando a imponer condiciones especiales en ellas.

4.7.- MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS PRECIOS PREDATORIOS

Como se ha analizado, para probar la existencia de una conducta de fijación de precios predatorios sancionable de acuerdo a la ley, deben probarse sus elementos objetivos y elementos subjetivos, esto es, la venta por debajo de costos y a la vez la intencionalidad dirigida a la eliminación o sometimiento de la competencia a la voluntad del predador.

Además debe acreditarse que el predador podría llegar a tener éxito y obtener sus anhelados ingresos monopolísticos que compensen la pérdida incurrida, para lo que debe considerarse las condiciones del mercado y las de la empresa, entre éstas, como requisito indispensable, la existencia de poder de mercado o posición dominante.

La jurisprudencia y la doctrina han desarrollado múltiples tests que permiten un análisis de estos factores, intentando reducir la cantidad de falsos positivos y falsos negativos a un mínimo razonable. Los más importantes de estos son resumidos a continuación:

4.7.1.- Reglas de costos a corto plazo. Test Areeda Turner.

Phillip Areeda y Donald Turner desarrollaron un conjunto de reglas que determina el punto en el cual un precio es predatorio, con base en el análisis de costos de la empresa, siendo pioneros en ello.

El llamado test Areeda-Turner, se enfoca en los precios a corto plazo. El test parte del concepto de que los rendimientos del productor se maximizan en el punto en que la curva del ingreso marginal se corta con la del costo marginal²²⁴. Por esto, si los costos del producto o servicio empiezan a bajar del nivel de costo marginal, el vendedor

²²⁴ Miranda, Alfonso. *Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado*. Ob. cit.186.

incurre en pérdidas que solamente son posibles de manera voluntaria, con lo que se comprueba su intención predatoria.

Sin embargo, calcular los costos marginales del operador económico es sumamente complejo, dependiendo de una gran cantidad de información de difícil acceso y disponibilidad, por lo que a fin de simplificar el cálculo debe tomarse en cuenta el costo variable medio.

Los autores han modificado sus reglas en tres ocasiones, así al adaptar su regla a los costos variables medios, afirmaron que los precios por encima de los costos variables medios anticipados o iguales a ellos deberían ser legales *per se* y los precios por debajo de este nivel deberían ser ilegales *per se*.

Posteriormente, afirmaron que respecto de precios por encima de los costos variables medios se debe reemplazar la regla de legalidad *per se* por la presunción de legalidad y en el caso de precios por debajo del costo variable se debe considerar una presunción de ilegalidad, en lugar que una ilegalidad *per se*.

Areeda y Turner comparten la posición de que es requerido que la empresa tenga poder monopolístico, por lo que el primer paso consiste en determinar el poder de mercado de la empresa y luego se realiza el análisis de costos y precios.

En la última versión de su test, los profesores Areeda y Turner crean diferentes presunciones así:

- 1) Un precio por encima del costo variables medio se presume legal.
- 2) Un precio por debajo del costo variable medio se presume ilegal.
- 3) Un precio por encima del costo total se considera legal *per se*.

En algunos fallos, las Cortes Estatales y la "Federal Trade Commission" de los Estados Unidos de Norteamérica acogieron la mencionada versión del test Areeda Turner²²⁵ estableciendo como presunciones para sus decisiones las siguientes:

²²⁵ William Inglis and Sons Baking Co. vs. ITT Continental Baking Co, Inc. - 668 F. 2d 1014 (9th Circuit. 1981), 459 US 825 (1982) y Arthur S. Langenderfer, Inc. vs. S.E. Johnson Co. - 729 F. 2d. 1050 (6th Circuit. 1984), 469 US 1036 (1984)

- 1) Los precios por debajo del costo variable medio por un periodo significativo de tiempo se deben presumidos como anticompetitivos o ilegales, siendo admisible prueba en contrario.
- 2) Los precios por encima del costo variable medio, y debajo del costo medio total se presumen legales.
- 3) Los precios por encima del costo variable medio y debajo del costo variable total se presumen legales.
- 4) Los precios por encima del costo medio total se presumen legales.

Areeda y Turner también consideran posibles defensas que el acusado puede emplear, entre éstas, la demostración que los cambios en sus costos o en las condiciones de la demanda causaron la baja de precios por debajo del costo variable medio; que la baja de precios forma parte de una estrategia para enfrentar a la competencia en el caso de la entrada de nuevos competidores y sus promociones; o que la empresa se encuentra aplicando una promoción debidamente delimitada en el tiempo y con una justificación económica razonable.

Richard Posner por su parte ha sostenido que que los costos marginales de largo plazo son un mejor test de predación que los costos marginales de corto plazo, sin embargo, reconoce que los costos marginales son difíciles de determinar, por lo que en su análisis sugiere utilizar el costo medio del balance de la empresa.

4.7.2.- Reglas de control a la expansión de la producción.

En respuesta a los análisis basados en costos y precios como el test Areeda-Turner, Williamson sostiene que éstas no tienen en cuenta otras situaciones predatorias en que las empresas pueden incurrir sin quebrantarlas, como por ejemplo a través de un aumento de capacidad instalada para producir a mayor escala en el momento en que entren nuevos competidores al mercado para acaparar la demanda y dejar sin espacio a los competidores entrantes, de forma similar a lo que se aplicó en el caso de Standard Oil.

Sostiene Williamson que estos efectos pueden ser evitados con dos reglas diferentes que se dirigen a lo siguiente:

- 1) Controlar la producción permisible a empresas dominantes en respuesta a la entrada de nuevos competidores al mercado, y
- 2) Controlar los precios permisibles a todas las empresas. Propone que las reglas de precios basadas en costos sean revisadas después de las de restricción de producción.

Esto implicaría una prohibición para la empresa dominante de expandir su producción por un período de entre 12 y 18 meses en respuesta a la entrada al mercado de nuevos competidores; además de una prohibición de reducir el precio bajo los costos medios, que en caso de darse, deberá obligarse a la empresa dominante a reducir su producción y mantener el precio.

Sin embargo, esta regla de control de la producción requiere de un aparataje estatal de control amplio y de carácter previo que sería altamente costoso de aplicar, y en el caso de los ordenamientos jurídicos de origen romanista, requeriría de una inclusión legal, que en nuestro caso no existe, por lo que no sería aplicable al caso ecuatoriano.

4.7.3.- Reglas de control a los aumentos de precios.-

William Baumol²²⁶, a la vez que comparte la crítica de Williamson a los test basados en costos, se concentra en el control a los incrementos de precios en la etapa post-predación, cuando ya haya sido excluida la competencia.

Según Baumol, debe tenderse a que el nuevo monopolista no recupere sus pérdidas, obligando a que cualquier rebaja de precios hecha en respuesta a la entrada de nuevos competidores a mercado, continúe por un periodo de tiempo considerable, sugiriendo 5 años. Permitiéndole aumentar en alguna medida los precios luego de la exclusión de la competencia pero bajo condición de justificar cambios en costos o en la demanda.

²²⁶Baumol, William. "Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy For Prevention of Predatory Pricing, The Yale Law Journal n°89.1979.1

Al igual que en el caso de las reglas de control de producción de Williamson, se requeriría de una intensa policía gubernamental respecto a los precios en cada mercado, cercana al control centralizado de precios, que sería altamente costosa, y poco eficaz conforme la experiencia económica ha comprobado en modelos centralizados de control de precios, en los que más bien se ve favorecido el mercado negro.

Baumol posteriormente ha propuesto que para el análisis de “el test correcto para determinar precios predatorios es la comparación de ingresos con costos evitables”²²⁷ diciendo que esta promueve la competencia entre empresas igualmente eficientes.

Los costos evitables hacen referencia al “conjunto de costes, fijos y variables, en los que la empresa ha incurrido durante el periodo de la práctica predatoria y que podían haberse evitado de no haberse realizado la producción adicional realizada como consecuencia de la entrada de un rival en el mercado”.²²⁸

4.7.4.-Test de la razón

Este test corresponde a la regla de la razón anteriormente explicada aplicada a los precios predatorios. Scherer²²⁹ sostiene que se debe investigar los múltiples factores que rodean a esta conducta.

Scherer se enfoca en el criterio de la eficiencia en la asignación de recursos en el largo plazo, que de acuerdo con su análisis se puede maximizar, dependiendo de las circunstancias, sin que necesariamente dependa de que el precio impuesto por el dominante esté encima o debajo del costo marginal.

Scherer propone un análisis casuístico profundo, que tome en cuenta las circunstancias de cada mercado, que examine además de los precios, la capacidad, la

²²⁷ Agostini, Claudio y Saavedra, Eduardo. La Práctica de Paquetizaciones en Telecomunicaciones: ¿Eficiente o Anticompetitiva? disponible en [http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_Agostini_y_Saavedra_C_135_07_\(CTC\).pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_Agostini_y_Saavedra_C_135_07_(CTC).pdf) . 19 consultado el 2 de agosto de 2013

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ Scherer, Frederick. *Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment*. Harvard Law Review 869.1976

inversión, los costos de investigación y desarrollo, la innovación del producto, la propaganda y el marketing, conjuntamente con la evidencia del intento predatorio y el poder de mercado de la firma.

4.7.5.- Reglas "Two-tier"

Paul Joskow y Alvin Klevorick²³⁰ proponen un test en el que se incluyen observaciones de las metodologías anteriores, en sus reglas conocidas como "two-tier".

Estos autores recomiendan una evaluación en dos etapas, sugiriendo que en una primera etapa se analice la estructura del mercado en el que presuntamente ocurriría una predación de precios, y una segunda etapa, en la que se analice la relación entre el precio y el costo del presunto predador.²³¹

Las observaciones de Joskow y Klevorick parten de que la fijación de precios predatorios es razonable y dañina a la competencia solamente en el caso de que la empresa depredadora pueda recuperar las pérdidas incurridas, para lo cual debe tener poder monopólico en el período post-predación por un lapso de tiempo prolongado.²³²

Sostienen que la depredación es probable solamente²³³:

- 1) Si la empresa tiene un tamaño significativo respecto del tamaño de sus competidoras, pues de lo contrario su expulsión sería demasiado costosa y poco probable.
- 2) Si la elasticidad de la demanda que enfrenta la empresa es baja, pues de lo contrario no sería rentable ni factible subir el precio en el período post-predación.
- 3) Si existen altas barreras de entrada que faciliten el cobro de mayores precios en el futuro, pues de lo contrario los nuevos precios atraerían inmediatamente nueva competencia.

²³⁰ Joskow, Paul y Klevorick, Alvin. A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy. *Faculty Scholarship Series*. Paper 1305. 1979 Disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1305

²³¹ Tarzuán, Jorge y Hevia, José. *Jurisprudencia sobre precios predatorios en Chile: ¿Han sido uniformes los criterios aplicados?*. Ob. Cit. 65

²³² *Ibid.*

²³³ *Ibid.*

- 4) Si existen bajas barreras de salida, que incentiven una rápida salida del mercado por parte de los competidores víctimas de la práctica.

Bajo los criterios de Joskow y Klevorick²³⁴, se debe orientar el control y los recursos empleados en ello, únicamente a los mercados donde la predación es posible de darse. Es la estructura del mercado la que determina cuando la predación es una amenaza para la competencia.

Esto permite que se desechen rápidamente demandas infundadas o con propósitos proteccionistas, tutelando la eficiencia y el bienestar de los consumidores, a la vez que permitiendo asignar más recursos a las investigaciones en casos en que por las condiciones antes citadas, efectivamente pueda darse una estrategia predatoria.

La primera fase, enfocada al análisis estructural, consiste en:

- 1) Medición del poder de monopolio a corto plazo, que se medirá por la cuota de mercado del presunto predador y la elasticidad de la demanda del producto en cuestión;
- 2) Estudio de las condiciones de entrada al mercado, tomándose en cuenta los factores de capital, lealtad de los consumidores, barreras legales, costos hundidos, entre otras variables; y
- 3) Estudio del grado de dinamicidad del mercado, en donde se debe tener en cuenta si se trata de un mercado estable o en permanente equilibrio, o si se trata de un mercado de rápido crecimiento y decaimiento, o un mercado de rápida innovación, considerando que los mercados dinámicos son poco susceptibles de predación y viceversa.

Si se determina que el mercado no es susceptible de predación, en éste se permitirá cualquier rebaja de precios, pues se entiende que será el mismo mercado el que detenga la práctica por ser irrazonable y poco rentable en dichas condiciones.

En cambio, si el mercado es considerado como depredable, se pasa a la segunda fase, que consiste en un profundo examen de los precios, basado en la regla de la razón, en

²³⁴ Joskow, Paul y Klevorick, Alvin. *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*. Ob. Cit. 11

el que, siguiendo en parte a Areeda y Turner, sostienen que los precios por debajo de los costos variables medios deben ser considerados como predatorios.

En aplicación de estos criterios, establecen las siguientes reglas²³⁵:

- 1) Los precios por debajo de los costos variables medios deben ser considerados predatorios, a excepción de ciertos casos en los cuales un eventual paro de la industria puede resultar aún más costoso que las ventas a pérdida.
- 2) Los precios entre el costo variable medio y el costo medio total deben presumirse como predatorios (presunción de hecho). La empresa puede defenderse probando que la escalada de un nuevo competidor fue la causante de la depresión de precios o que el sector enfrentaba un declive. Sin embargo, si el exceso de capacidad se creó antes de la entrada del nuevo competidor al mercado, esta defensa no será posible.
- 3) Los precios por encima del costo total se presumen legales, a menos que haya una rebaja de precios -así no esté por debajo del costo medio variable- en respuesta a la entrada de un nuevo competidor al mercado seguido por un aumento significativo de precios dentro de los dos años siguientes, que no fuere provocado por aumentos en los costos o en la demanda del producto.

Este test ha sido utilizado por la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor de la República de Argentina²³⁶

4.8.- APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA Y EUROPEA.

La jurisprudencia norteamericana ha aplicado un criterio muy similar al de Joskow y Klevorick en múltiples fallos, entre éstos, el caso de Rebel Oil en 1993, R.W.

²³⁵ Ibid. 31 y siguientes.

²³⁶ Caso de Cámara Argentina de Papelerías, Librerías y Afines vs. Supermercados Mayoristas Makro S.A Expediente N° 064-000962/97 (c.405).

International en 1994, Tri State Rubis, en el mismo año, el caso Bathke en 1995, Clark en 1996 y Dial A Car en el mismo año.

En estos casos, la justicia norteamericana aplicó un análisis en dos etapas, destacando la importancia del concepto de recuperación en la post-predación, asociado a la probabilidad de que el predador recupere con creces las pérdidas anteriores, sin lo que la estrategia sería irracional e incluso si se llevara a cabo no dañaría a los consumidores.²³⁷

Una sentencia hito en materia de precios predatorios es la del caso Brooke vs. Brown & Williamson, en el que la Corte estableció explícitamente los conceptos de estructura de mercado, período de recuperación y costos como requisitos necesarios para evaluar la existencia de la conducta anticompetitiva.

En este caso se estableció que se requiere probar que el precio es menor al costo, sin establecerse qué costo, e independientemente de lo bajo que fuere el precio, debe probarse la posibilidad de que el predador recupere las pérdidas incurridas a través de la posibilidad de incrementar los precios rentablemente en la etapa de recuperación²³⁸; etapa que sería posible solo si la estructura del mercado facilita la práctica predatoria, para lo cual debe analizarse la concentración del mercado, elasticidad del precio del producto, barreras de entrada y de salida y la capacidad de absorber la demanda que satisfacía la víctima.²³⁹

La jurisprudencia comunitaria europea al respecto es menos contemplativa con el presunto predador, así en el asunto Tetra Pak International sostuvo que “no sería adecuado...exigir pruebas adicionales de que (la empresa predatora) tenía una probabilidad razonable de recuperar las pérdidas incurridas”²⁴⁰.

A lo que además se suma que en el caso AKZO, se sostuvo que el elemento subjetivo puede derivarse implícitamente del análisis de costos de forma que si los precios son inferiores a los costos medios variables y se dan otras circunstancias como la

²³⁷ Ibid.

²³⁸ Ibid.

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ STC-TJ-CE-14-XI-1996, asunto C-333/94 Tetra Pak International

estructura de mercado y existencia de dominio, no se requiera demostrar la intencionalidad, pero si los precios son inferiores solo a la media de los costos totales, pero superiores a la media de los costos variables, se deba acreditar mediante un mayor esfuerzo probatorio la existencia de una intención predatoria.²⁴¹

Este criterio europeo fue acogido por INDECOPI en Perú al decir que:

“No todo precio establecido por debajo de los costos es un precio predatorio. Por el contrario, siempre será un precio predatorio aquel que esté por debajo del costo variable medio,... Finalmente, los precios inferiores al precio total, pero superiores al costo variable medio sólo serán predatorios si son parte de una estrategia dirigida a expulsar del mercado a uno o varios competidores”²⁴²

Aplicando estos criterios al derecho ecuatoriano, teniendo en consideración que el objetivo del derecho de competencia en nuestro país es la tutela de la eficiencia económica como instrumento del bienestar del consumidor, y considerando que se contempla la fijación de precios predatorios como una conducta de abuso de poder de mercado, es aconsejable adoptar una metodología que permita una decisión acertada, sin incurrir en elevados costos de investigación y cerrando la puerta a posibles abusos de denuncias y demandas infundadas.

Para esto, se deberá aprovechar la experiencia y evolución jurisprudencial y doctrinaria del derecho comparado expuesta a breves rasgos en este trabajo, teniendo en cuenta la estructura de los mercados, la existencia de poder de mercado y el análisis de costos y precios, además del factor intencional que como se ha visto, puede inferirse de los factores objetivos mencionados.

²⁴¹ STC-TJ-CE-3-VII-1991 asunto C-62/86 AKZO III Chemie BV, citado por Marín-Sevilla et al. Regimen de Competencia. Ob. Cit. 240

²⁴² PERU. INDECOPI. Resolución N° 070/96. María del Carmen Molta Wendell vs. Proquinsa.

CAPITULO QUINTO

COMENTARIOS ACERCA DEL PROCESO SEGUIDO AEROLANE VS TAME EN LA SUBSECRETARIA DE COMPETENCIA DEL MIPRO

En materia de abuso de poder de mercado, previo a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, en virtud del Decreto 1614 para la aplicación de la Decisión 608 y 616 de la Comunidad Andina en Ecuador, la autoridad competente para aplicar y resolver respecto del tema fue el Ministerio de Industrias y Productividad (MIPRO), actuando como Autoridad investigadora la Subsecretaría de Competencia, creada para el efecto.

Respecto de fijación de precios predatorios, se conocieron las denuncias presentadas por TAME Línea Aérea del Ecuador y Aerolíneas Galápagos S.A AEROGAL, en contra de AEROLANE (LAN ECUADOR).

5.1 DESCRIPCION DEL CASO

El día 7 de abril de 2009, la compañía AEROLÍNEAS GALÁPAGOS S.A. (AEROGAL) presentó una denuncia en contra de AEROLANE LÍNEAS AÉREAS NACIONALES DEL ECUADOR S.A. (LAN ECUADOR) ante la Subsecretaría de Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad, sosteniendo que AEROLANE LINEAS AEREAS NACIONALES DEL ECUADOR S.A (LAN ECUADOR) había fijado precios predatorios en los pasajes aéreos de las rutas Quito-Guayaquil y Guayaquil- Quito, en los que Aerogal compite con ella.

Similar denuncia fue presentada por TAME respecto de las Rutas Quito-Guayaquil y Guayaquil-Quito, con fecha 13 de abril de 2009.

El precio de los boletos aéreos ofertados por LAN ECUADOR era de USD 29 incluido impuestos y, según AEROGAL, ése valor era un 40% inferior a los costos medios del boleto. Esa promoción estuvo vigente durante un corto período de tiempo posterior a la entrada de LAN ECUADOR al mercado ecuatoriano.

La denuncia de AEROGAL versó también sobre presunta competencia desleal y sobre la intención de expulsar del mercado o afectar seriamente a uno o varios competidores, sin embargo fue desestimada por la Subsecretaría de Competencia ya que conforme al Decreto Ejecutivo 1614 y la Decisión 608 de la CAN, esta no era competente investigar actos de competencia desleal.

5.2.- DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE:

En este caso, se puede decir que el mercado relevante es susceptible de ser definido perfectamente sin mayores esfuerzos. El mercado relevante en este caso se reduce a las Rutas Quito-Guayaquil y viceversa, delimitado en el período temporal comprendido entre el 6 de abril de 2009 y el 31 de mayo de 2009. Estando la controversia en el valor de los tickets aéreos en estas fechas

5.3.- SITUACION DEL MERCADO

El mercado aeronáutico es un mercado con algunas barreras de entrada, que son conformadas por requisitos legales, económicos y técnicos contemplados en el Reglamento para el Otorgamiento de Derechos y Permisos de Operación para la Explotación de Servicios Aéreos en General y las Políticas Aeronáuticas, entre otros, que hacen que entrar al mercado aeronáutico sea costoso y difícil, dados los controles tendientes a asegurar seguridad y buen servicio a los usuarios, además de los altos costos de implementación y equipos.

A primera vista, un mercado con altas barreras de entrada, conforme se expuso en el capítulo cuarto, podría ser susceptible de prácticas anticompetitivas, entre éstas, la fijación de precios predatorios.

5.4.- ANALISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS:

Como se expuso en el capítulo cuarto, es necesario acreditar dentro de los elementos objetivos tanto el poder de mercado del presunto predador, como la venta por debajo de un determinado nivel de costos, o a pérdida.

En el caso de LAN, la Subsecretaría de Competencia realizó un informe económico que se basó en el análisis económico de la prueba solicitada por las partes y la prueba solicitada de oficio por la Subsecretaría de la Competencia.

Se analizó²⁴³:

1. El grado de participación por número de pasajeros de la ruta Quito-Guayaquil y viceversa antes de la entrada de LAN ECUADOR al mercado y después de su ingreso, para lo cual se tomó en consideración la información solicitada a la Dirección General de Aviación Civil
2. El grado de participación en el mercado según el número de frecuencias asignadas a las operadoras entre abril y julio de 2009 en la ruta Quito-Guayaquil y viceversa, considerando para ello los datos solicitados a la Dirección General de Aviación Civil.
3. Examen de las tarifas registradas para la ruta Quito-Guayaquil y Viceversa en el período de 6 de abril de 2009 a mayo 2009, de las empresas que operaban en el mismo, esto es LAN, AEROGAL y TAME según el registro solicitado a la Dirección de Aviación Civil
4. Las restricciones a las que se sometía la tarifa promocional ofrecía LAN dentro de la ruta Quito-Guayaquil y viceversa durante el período de tiempo relevante.

También se analizó el Índice Hefindahl-Hirschman (IHH) y el Índice de Dominancia entre el año 2005 a julio de 2009 y entre abril de 2009 y julio de 2009 según la información proporcionada por la Dirección de Aviación Civil.

5.4.1.- SOBRE LA EXISTENCIA DE PODER DE MERCADO:

Según los criterios mencionados, se determinó que el grado de participación de mercado por frecuencias asignadas durante el período relevante fue de²⁴⁴:

- AEROGAL: 28%
- TAME: 23%
- ICARO: 19%

²⁴³ Resolución MIPRO-COMP-Resolución-001-2010. 22 y siguientes.

²⁴⁴ Resolución MIPRO-COMP-Resolución-001-2010. 23 y 24

- AEROLANE: 19%
- VIP: 11%

Respecto del grado de participación por número de pasajeros transportados, se determinó que durante el período relevante²⁴⁵

- AEROGAL: 32,3%
- TAME: 27,8%
- ICARO: 17.7%

Los cálculos del Índice Herfindahl Hirschmahn de igual manera demuestran que en el período comprendido entre 2005 y marzo 2009, TAME y AEROGAL dominan el mercado, disminuyendo sus posiciones en el período marzo 2009 – julio 2009 a raíz del ingreso de LAN ECUADOR al mercado, existiendo una disminución notable en el grado de concentración, sin embargo TAME y AEROGAL continúan siendo las dominantes en la ruta Quito- Guayaquil y viceversa, conforme se expone en el siguiente gráfico incluido en la Resolución del caso²⁴⁶:

Índice HHI por empresa

2005 – julio 2009

AÑOS	2005	2006	2007	2008	ENERO-MARZO 2009	ABRIL-JULIO 2009
TAME	2.980	2.115	1.807	1.666	1.757	772
AEROGAL	869	1.342	1.949	1.986	1.885	1.045
ICARO	166	214	125	194	215	312
AEROLANE	-	-	-	-	-	494
TOTAL	4.015	3.671	3.881	3.846	3.857	2.623

FUENTE: INFORMACIÓN ENTREGADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE AVIACIÓN CIVIL

ELABORACIÓN SUBSECRETARÍA DE COMPETENCIA.

²⁴⁵ Íbid. 25

²⁴⁶ Resolución MIPRO-COMP-Resolución-001-2010. 37

Respecto del índice de dominancia, el cálculo “para el año 2005 fue de 5.967 puntos, a la vez que para julio de 2009 disminuye a 2.950 puntos, lo que significa una mayor distribución del mercado entre los operadores, lo que va en beneficio de los consumidores.”²⁴⁷

Para el período relevante, LAN ECUADOR no tenía posición dominante, ya que como se puede observar en el cuadro siguiente, su Índice de Dominancia es de 355, inferior a los de AEROGAL, con 1.587 y TAME con 866.

Índice de Dominancia por empresa

2005 - Julio 2009

AÑOS	2005	2006	2007	2008	ENERO-MARZO 2009	ABRIL-JULIO 2009
TAME	5.483	3.306	2.163	1.877	2.075	866
AEROGAL	466	1.331	2.516	2.665	2.388	1.587
ICARO	17	34	10	25	31	142
AEROLANE	-	-	-	-	-	355
TOTAL	5.966	4.671	4.689	4.567	4.494	2.950

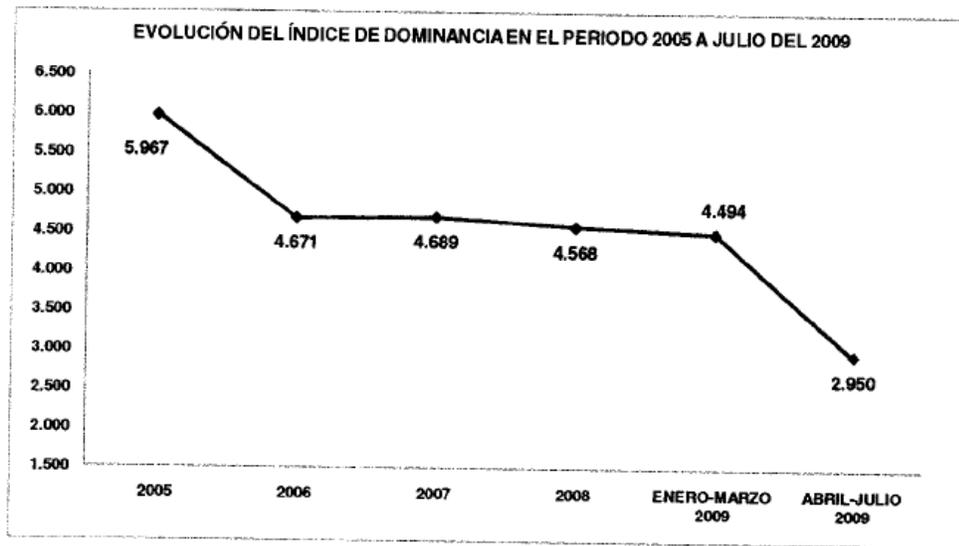
FUENTE: INFORMACIÓN ENTREGADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE AVIACIÓN CIVIL

ELABORACIÓN SUBSECRETARÍA DE COMPETENCIA.

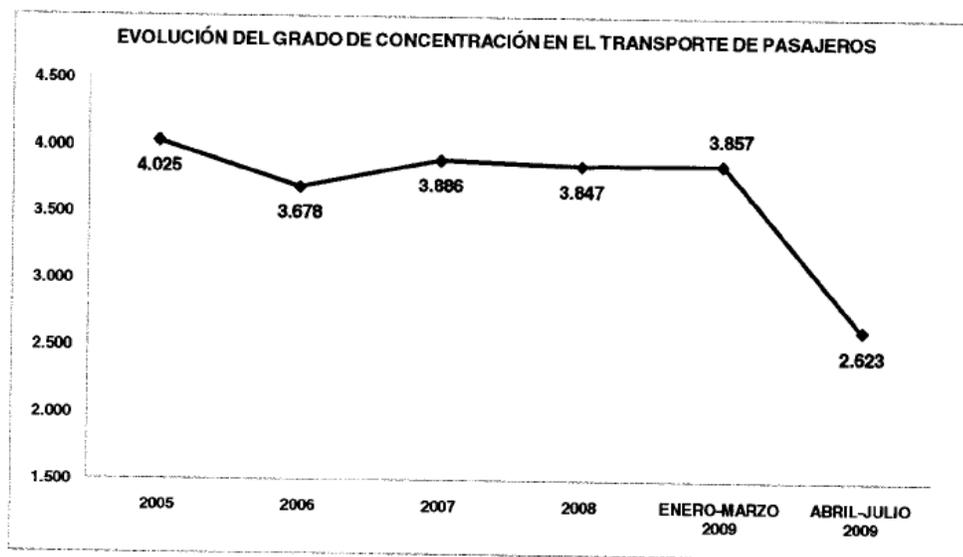
En el siguiente gráfico, se puede apreciar la evolución del grado de concentración según el Índice de Dominancia desde 2005 hasta julio de 2009, con lo que se aprecia

²⁴⁷ Ibid. 38

que la entrada de LAN ECUADOR fue favorable para la competencia²⁴⁸:



FUENTE: INFORMACIÓN ENTREGADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE AVIACIÓN CIVIL



FUENTE: INFORMACIÓN ENTREGADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE AVIACIÓN CIVIL

ELABORACIÓN SUBSECRETARÍA DE COMPETENCIA

Por lo expuesto, se concluyó que LAN ECUADOR no contaba con poder de mercado, por lo que no se acreditó la existencia del primer elemento objetivo requerido para la fijación de precios predatorios.

²⁴⁸ Resolución MIPRO-COMP-002-2010. 32 y 33

5.4.2.- SOBRE LA VENTA POR DEBAJO DE COSTOS:

Para determinar este factor, se realizó un peritaje de costos, incluido a su vez en los informes económicos de la Subsecretaría.

Se observó que la tarifa promocional de 17,30 USD más impuestos cubría los costos variables de tráfico y una parte importante de los costos variables de vuelo, que LAN clasificó como costos fijos al no haberse cancelado ningún vuelo en el período relevante. Así, se sostuvo que:

“Para el análisis del precio predatorio se tomó en cuenta el costo marginal generado por la empresa, el cual se calcula a partir del costo variable unitario que para este caso fue de USD 3.25. Al haberse cumplido con el total de las frecuencias programadas por la empresa AEROLANE, los costos variables de vuelo pasaron a ser considerados como costos fijos dentro de este período”.

Los precios de LAN ECUADOR en el período de estudio fueron los siguientes²⁴⁹:

Precio por Tipo de Pasaje

Empresa: AEROLANE

RUTA	BASE DE TARIFA	ABRIL	MAYO
GYE-UIO	HEEFX001	62,0	62,0
UIO-GYE		62,0	62,0
GYE-UIO	VEELE001	50,0	50,0
UIO-GYE		50,0	50,0
GYE-UIO	NEESP001	38,0	38,0
UIO-GYE		38,0	38,0
GYE-UIO	QEESP002	37,0	37,0
UIO-GYE		37,0	57,0
GYE-UIO	QEESP001	17,0 ¹	
UIO-GYE		17,0 ¹	
GYE-UIO	QEESP003	17,0 ¹	
UIO-GYE		17,0 ¹	

¹: Estos precios estuvieron vigentes desde el 20 de marzo de 2009 hasta el 16 de abril de 2009

Fuente: DAC

Elaboración: Subsecretaría de Competencia

²⁴⁹ Resolución MIPRO-COMP-002.2010. 29

Las tarifas para el mismo período correspondientes a TAME y AEROGAL fueron²⁵⁰:

TAME
TARIFAS REGISTRADAS COMPAÑÍA TAME AÑO 2009

RUTA	BASE DE TARIFA	ABRIL	MAYO
UIO-GYE	Y	70,0	70,0
GYE-UIO		70,0	70,0
UIO-GYE	Yww	53,0	53,0
GYE-UIO		53,0	53,0
UIO-GYE	YPXSL		41,0
GYE-UIO			41,0
UIO-GYE	YDG8	64,4	64,4
GYE-UIO		64,4	64,4
UIO-GYE	YDE1	35,0	35,0
GYE-UIO		35,0	35,0

FUENTE: INFORMACIÓN ENTREGADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE AVIACIÓN CIVIL

ELABORACIÓN SUBSECRETARÍA DE COMPETENCIA

AEROGAL
TARIFAS REGISTRADAS COMPAÑÍA TAME AÑO 2009

RUTA	BASE DE TARIFA	ABRIL	MAYO
UIO-GYE	X	50,80	50,80
GYE-UIO		50,80	50,80
UIO-GYE	W	55,80	55,80
GYE-UIO		55,80	55,80
UIO-GYE	Y	68,00	68,00
GYE-UIO		68,00	68,00

FUENTE: INFORMACIÓN ENTREGADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE AVIACIÓN CIVIL

ELABORACIÓN SUBSECRETARÍA DE COMPETENCIA

Del análisis de precios se observó que LAN ECUADOR registró dos tarifas, una normal y una promocional introductoria, esta última de \$17,00 sin tasas e impuestos, que se comercializó entre el 20 de marzo de 2009 y el 16 de abril de 2009, luego de lo

²⁵⁰ *Íbid.* 30 y 31

cual operó la tarifa normal que se mantiene en un rango de \$37,00 y \$62,00 sin tasas e impuestos.²⁵¹

Además, se tomó en cuenta que el precio promocional de LAN ECUADOR, tenía una limitada duración en el tiempo y múltiples restricciones. Dada su temporalidad se encuadra en la categoría de promociones de precios introductorios, cuya práctica es lícita, sin que pudiese en ese tiempo expulsar a competidores. A su vez, entre las restricciones existentes se observó que la tarifa promocional estuvo restringida a un limitado número de asientos, que no permitía devoluciones ni paradas intermedias, así como tampoco reserva del asiento al momento de la compra.²⁵²

Se observó que dentro del período de estudio, LAN ECUADOR vendió un 72% del total de pasajes ofertados, esto es 61.885 pasajeros, de los cuales un 48,6% compró su ticket con tarifa promocional y un 51,4% con tarifa normal.²⁵³

De acuerdo a esto, los ingresos de LAN ECUADOR en el período relevante, fueron de USD 1'804.330,00 de los cuales el 71.2% corresponden a la venta de tarifa normal y el 28.8% a la tarifa introductoria promocional.²⁵⁴

Por esto, se concluyó que LAN ECUADOR no incurrió en la práctica de fijación de precios predatorios pues no concurrían los elementos objetivos mínimos de esta conducta.

5.5.- ANALISIS DEL ELEMENTO SUBJETIVO:

El elemento subjetivo, esto es la intención predatoria, fue contemplado en este caso al decirse que:

“Hay que probar que los descensos se deben a una actuación de la empresa dominante orientada a tal fin. La finalidad de una venta promocional es arrebatar clientes a los competidores. Esto no es más consecuencia lógica de la

²⁵¹ *Íbid.* 30

²⁵² *Íbid.*

²⁵³ *Íbid.*

²⁵⁴ *Íbid.*

competencia empresarial, por lo que de ningún modo se puede asimilar estas prácticas a los precios predatorios. El carácter temporal de las ventas con descuento, limita de forma considerable los efectos que puedan tener sobre la competencia mientras que, los precios predatorios deben mantenerse durante un periodo prolongado de tiempo para que puedan dar lugar a la eliminación efectiva.”²⁵⁵

De acuerdo con la autoridad, los precios de los boletos aéreos no pudieron tener intención predatoria, por su corta fijación temporal. También se determinó que la denunciada no tenía posición de dominio, por lo que no podía acreditarse intención predatoria, por lo que teniendo en cuenta que la tarifa promocional cubría una parte considerable de sus costos variables, de acuerdo a los criterios de análisis expuestos, no se podía presumir intención depredadora.

Similares consideraciones se hicieron en el caso de la denuncia presentada por TAME²⁵⁶. Por lo expuesto, se rechazó ambas denuncias de TAME y AEROGAL, al no existir los requisitos mínimos requeridos para la fijación de precios predatorios, decisión que considero correcta, fruto de haberse aplicado un análisis metodológico moderno y adecuado.

²⁵⁵ *Íbid.*

²⁵⁶ Resolución MIPRO-COMP-RESOLUCION-002-2010

CAPITULO SEXTO
EL MERCADO DEL CEMENTO: ¿POTENCIAL ESCENARIO DE CONDUCTAS
ANTICOMPETITIVAS?

El mercado de fabricación de cemento, como se pudo apreciar en los análisis y gráficos elaborados por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado citados en el capítulo tercero de este trabajo, es uno de los más concentrados de la economía nacional. A continuación, basado en estos estudios, en la investigación realizada por la revista Vanguardia citando la investigación de la entonces Subsecretaría de Competencia, y principalmente en Análisis de los costos de los principales insumos del sector de la construcción en Ecuador en el período 2004-2011, publicado por la Escuela Superior Politécnica del Litoral, se realiza un breve estudio de la posibilidad de implementar precios predatorios en este mercado.

6.1.- EL MERCADO DEL CEMENTO EN EL ECUADOR

El cemento Portland es un elemento fundamental para el mercado de la construcción, que ha sido pilar fundamental de la economía ecuatoriana en los últimos años. Al servir para la fabricación del hormigón, se considera el producto más importante dentro de este mercado.

La industria nacional provee del 100% del cemento gris al mercado nacional, ya que las importaciones han sido casi nulas durante los últimos años.

Actualmente participan en el mercado ecuatoriano de fabricación de cemento cuatro operadores económicos, ordenadas en función de su participación en el mercado:

1. Holcim Ecuador S.A.
2. Lafarge Cementos S.A.
3. Industrias Guapán S.A.
4. Cemento Chimborazo C.A.

Conforme se aprecia en el siguiente cuadro, elaborado por Francisco Alemán, Jorge Vera Armijos y Xavier Ordeñana dentro de su Análisis y evolución de los costos de los principales insumos del sector de la construcción en Ecuador en el período 2004-2011, publicado por la Escuela Superior Politecnica del Litoral,²⁵⁷ la evolución del mercado muestra un incremento en la participación por parte de Holcim en detrimento principalmente de Guapán, mientras que la participación de Lafarge y Cemento Chimborazo prácticamente se ha mantenido.

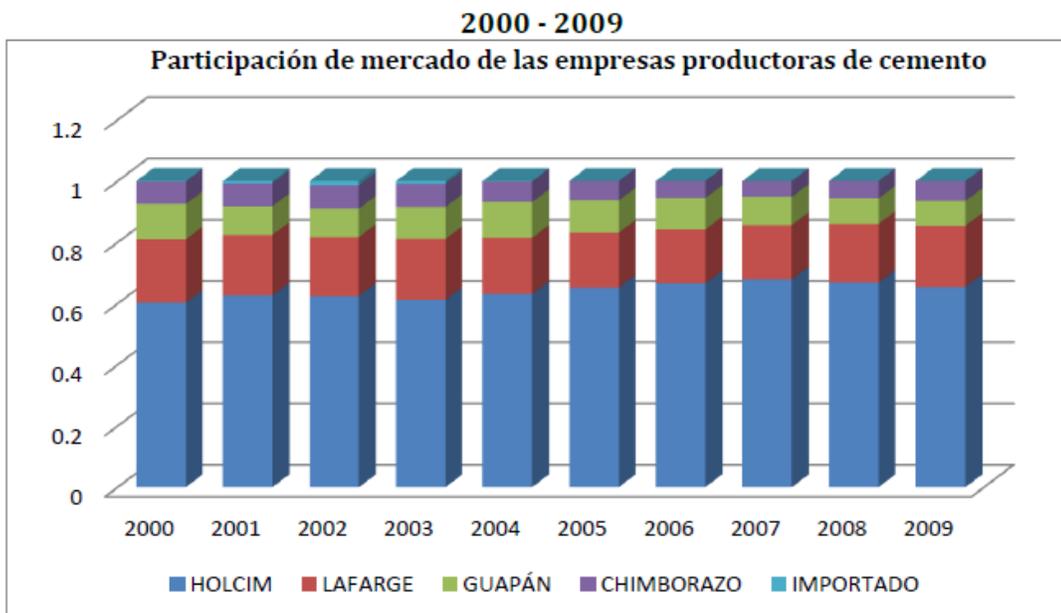
Empresa	% Participación 2000	% Participación 2009	Variación de %
Holcim	60.28%	65.43%	+ 5.15%
Lafarge	20.70%	19.95%	- 0.75%
Guapán	11.52%	8.10%	- 3.42%
Chimborazo	7.30%	6.51%	- 0.78%

Fuente: Instituto Ecuatoriano del Cemento y del Hormigón

Elaboración: Aleman, Francisco, Vera, Jorge y Ordeñana, Xavier.

De similar manera, el siguiente gráfico obtenido del mismo estudio en referencia, ilustra la evolución de la participación del mercado del cemento entre el año 2000 y 2009:

²⁵⁷ Aleman, Francisco, Vera, Jorge y Ordeñana, Xavier. *Análisis y evolución de los costos de los principales insumos del sector de la construcción en Ecuador en el período 2004-2011*. Escuela Superior Politécnica del Litoral. Disponible en http://www.espae.espol.edu.ec/images/documentos/publicaciones/reportes_investigacion/costos_construccion.pdf Consultado en fecha 02 de agosto de 2013 a las 20h16. 35 y siguientes

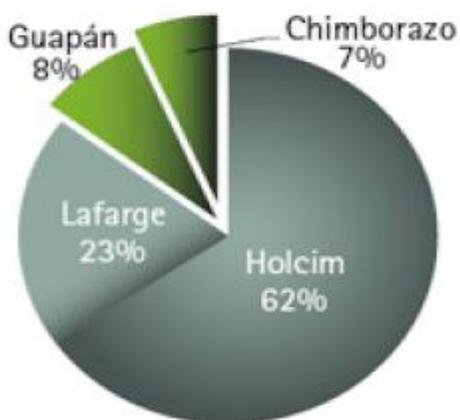


Fuente: Instituto Ecuatoriano del Cemento y del Hormigón

Elaboración: Aleman, Francisco, Vera, Jorge y Ordeñana, Xavier.

Estos datos concuerdan con el cálculo realizado por la Revista Ekos Negocios²⁵⁸, cuyo gráfico se muestra a continuación:

Composición del mercado del cemento (en %)

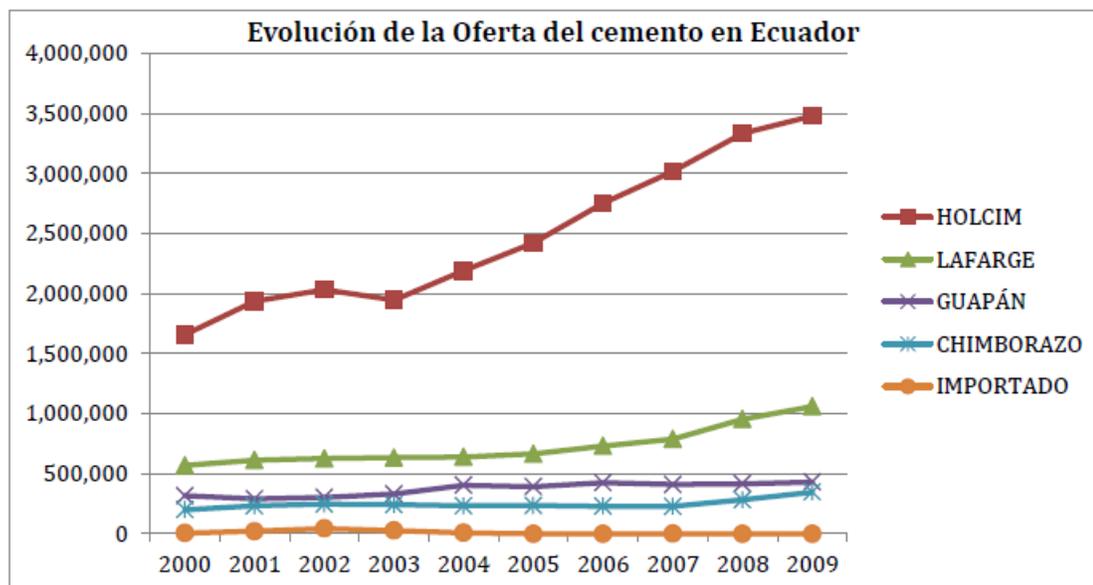


Fuente: INECYC

Para este cálculo se tomaron en cuenta los ingresos de las empresas de cemento en el año 2010, ya que no se dispone de información más actualizada.

²⁵⁸ Revista EKOS NEGOCIOS n°305, Estudio realizado por Investigación Ekos Negocios y Unidad de Análisis Económico. Disponible en <http://www.ekosnegocios.com/revista/pdftemas/305.pdf> consultado en fecha 3 de agosto a las 20h20. 22 y siguientes.

Se observa además, que la empresa Holcim es la que mayor crecimiento registra, acaparando la mayor parte del alto incremento de la demanda existente. En el siguiente gráfico, se aprecia el crecimiento de Holcim en el mercado del cemento, en el período 2000-2009:²⁵⁹



Fuente: Instituto Ecuatoriano del Cemento y del Hormigón

Elaboración: Alemán, Francisco, Vera, Jorge y Ordeñana, Xavier.

6.2.- CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DEL MERCADO DEL CEMENTO EN ECUADOR

Dentro de este mismo estudio publicado por la ESPOL, se ha realizado un análisis de competitividad, en el que se incluyen los índices de Herfindahl-Hirshman y el coeficiente de Gini mencionados en el capítulo cuarto de este trabajo.

El índice HHI para el mercado del cemento, en el período 2000-2009 calculado por los autores citados, muestra un alto grado de concentración, que si bien ha disminuido gradualmente desde 2007, continúa dentro de un nivel de concentración de nivel medio alto, conforme se aprecia en el siguiente cuadro²⁶⁰:

²⁵⁹ Aleman, Francisco, Vera, Jorge y Ordeñana, Xavier. *Análisis y evolución de los costos de los principales insumos del sector de la construcción en Ecuador en el período 2004-2011*. Escuela Superior Politécnica del Litoral. 36

²⁶⁰ Ibid.54

2000-2009

AÑOS	HOLCIM	LAFARGE	GUAPÁN	CHIMBORAZO	IMPORTADO	Índice H-H
2000	60.28%	20.70%	11.52%	7.30%	0.21%	4,248
2001	62.57%	19.84%	9.36%	7.54%	0.69%	4,453
2002	62.46%	19.27%	9.29%	7.60%	1.38%	4,419
2003	61.18%	19.92%	10.43%	7.62%	0.84%	4,308
2004	63.03%	18.43%	11.62%	6.69%	0.23%	4,492
2005	65.20%	17.92%	10.56%	6.32%	0.00%	4,724
2006	66.52%	17.67%	10.26%	5.55%	0.00%	4,873
2007	67.89%	17.74%	9.24%	5.12%	0.01%	5,036
2008	66.84%	19.13%	8.35%	5.68%	0.00%	4,935
2009	65.43%	19.95%	8.10%	6.51%	0.00%	4,788
PROMEDIO	64.57%	18.99%	9.70%	6.46%	0.28%	4,666

Fuente: Instituto Ecuatoriano del Cemento y del Hormigón
Cálculos y Elaboración de los autores

Elaboración: Aleman, Francisco, Vera, Jorge y Ordeñana, Xavier.

Los autores de este estudio publicado por la ESPOL, también han incluido el cálculo de los coeficientes de Gini para el período comprendido entre el año 2000 al año 2009, de los que se puede apreciar que el grado de concentración en esta industria es medio-alto, según los siguientes cálculos²⁶¹:

2000	0.21	7.30	11.52	20.70	60.28			
% acumul.	0.21	7.50	19.02	39.72	100.00	Área A	Área B	Gini
Áreas	2.07	77.10	265.24	587.43	1,397.21	2,329.05	2,670.95	0.53

2001	0.69	7.54	9.36	19.84	62.57			
% acumul.	0.69	8.23	17.59	37.43	100.00	Área B	Área A	Gini
Áreas	6.93	89.21	258.22	550.24	1,374.31	2,278.90	2,721.10	0.54

²⁶¹ Ibid. 55

2002	1.38	7.60	9.29	19.27	62.46			
% acumul.	1.38	8.98	18.26	37.54	100.00	Área B	Área A	Gini
Áreas	13.76	103.54	272.44	558.02	1.375.37	2,323.13	2,676.87	0.54
2003	0.84	7.62	10.43	19.92	61.18			
% acumul.	0.84	8.47	18.90	38.82	100.00	Área B	Área A	Gini
Áreas	8.45	93.10	273.62	577.12	1.388.16	2,340.44	2,659.56	0.53
2004	0.23	6.69	11.62	18.43	63.03			
% acumul.	0.23	6.93	18.55	36.97	100.00	Área B	Área A	Gini
Áreas	2.33	71.59	254.74	555.21	1.369.73	2,253.60	2,746.40	0.55
2005	0.00	6.32	10.56	17.92	65.20			
% acumul.	0.00	6.32	16.88	34.80	100.00	Área B	Área A	Gini
Áreas	0.00	79.05	290.09	646.03	1.684.99	2,700.16	2,299.84	0.46
2006	0.00	5.55	10.26	17.67	66.52			
% acumul.	0.00	5.55	15.81	33.48	100.00	Área B	Área A	Gini
Áreas	0.00	69.39	266.98	616.09	1.668.50	2,620.96	2,379.04	0.48
2007	0.01	5.12	9.24	17.74	67.89			
% acumul.	0.01	5.13	14.37	32.11	100.00	Área B	Área A	Gini
Áreas	0.09	51.35	194.93	464.75	1.321.08	2,032.20	2,967.80	0.59
2008	0.00	5.68	8.35	19.13	66.84			
% acumul.	0.00	5.68	14.03	33.16	100.00	Área B	Área A	Gini
Áreas	0.01	71.03	246.43	589.91	1.664.50	2,571.88	2,428.12	0.49
2009	0.00	6.51	8.10	19.95	65.43			
% acumul.	0.00	6.51	14.62	34.57	100.00	Área B	Área A	Gini
Áreas	0.00	81.43	264.13	614.80	1.682.10	2,642.45	2,357.55	0.47

Fuente: Instituto Ecuatoriano del Cemento y del Hormigón

Elaboración: Aleman, Francisco, Vera, Jorge y Ordeñana, Xavier.

6.3.- EXISTENCIA DE BARRERAS DE ENTRADA:

El mercado del cemento cuenta con fuertes barreras de entrada, la mayor parte de carácter natural. Esto se debe a que es un producto costoso de transportar, que caduca en un corto plazo pues dura alrededor de un mes, dependiendo de condiciones climáticas y humedad del medio ambiente, entre otros.²⁶²

A la vez, existe un elevado costo hundido para crear una nueva empresa de cemento. La inversión mínima rentable de una empresa es elevada y en caso de no tener éxito, es de difícil conversión a otro tipo de actividad.²⁶³

Por esto, debe tenerse en cuenta que se trata también de un mercado con fuertes barreras de salida, lo que dificulta la aplicación de una práctica de fijación de precios predatorios.

En cuanto a la capacidad instalada, de acuerdo a la Empresa Pública Cementera del Ecuador y su diagnóstico del mercado cementero ecuatoriano²⁶⁴, Holcim tiene una capacidad de 3.6 millones de t/a; Lafarge dispone de una capacidad instalada de 1.6 millones de t/a; industrias Guapán dispone de una capacidad instalada de 0.45 millones de t/a; y Cemento Chimborazo dispone de una capacidad instalada de 0.35 millones de t/a.

6.4.- CASOS DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN EL MERCADO DEL CEMENTO EN EL DERECHO COMPARADO

ARGENTINA

Un caso emblemático de cartelización fue el llamado “Cartel del Cemento” en la Argentina. La investigación comenzó en 1999, a partir de una investigación periodística

²⁶² Schatan, Claudia y Avalos, Marcos. *Condiciones de competencia en el contexto internacional: cemento, azúcar y fertilizantes en Centroamérica*. CEPAL- Unidad de Desarrollo Industrial. México, septiembre de 2003. Publicación de las Naciones Unidas, Sub Sede Regional de la CEPAL-México DF.

²⁶³ Ibid.

²⁶⁴ Empresa Pública Cementera del Ecuador. Diagnóstico del Mercado Cementero Ecuatoriano. Disponible en: http://www.epce.gob.ec/web/index.php?option=com_content&view=article&id=42:diagnostico-mercado-cementero-en-ecuador-&catid=3:newsflash&Itemid=175 consultado en fecha 3 de agosto de 2013 a las 20h07

cuya fuente fue presuntamente un ex empleado de una de las cementeras. Dado que la fuente no fue efectivamente identificada, la información contenida en el artículo no pudo ser usada en su totalidad, pero la publicación dio lugar a una investigación, que derivó en la producción de pruebas suficientes de la conducta.²⁶⁵

El acuerdo fue coordinado por la asociación empresarial de la industria, la Asociación de Fabricantes de Cemento Portland – AFCP. Sus miembros intercambiaron información detallada, actual y específica de las compañías sobre su producción, despachos y ventas.²⁶⁶

La CNDC comprobó la existencia de prácticas anticompetitivas como la Asignación de cuotas y participaciones en el mercado, acuerdos de precios y condiciones, cartelización para impedir el ingreso de nuevos competidores, entre otras, que llevó a la aplicación de una sanción del 20% del ingreso ilícitamente obtenido.

COLOMBIA

En Colombia, en el año 2005 se registró un caso de cartelización para la fijación del precio del cemento y repartición del mercado, en el cual la Superintendencia multó con 2.769 millones de pesos colombianos a la mayor cementera colombiana, Cementos Argos, y a las filiales locales de la mexicana Cemex SA y la suiza Holcim Ltd Colombia.²⁶⁷

6.5.- ¿SERIA RAZONABLE UNA PRACTICA DE PRECIOS PREDATORIOS EN EL MERCADO ECUATORIANO DEL CEMENTO?

Conforme se ha mostrado en los apartados precedentes, la estructura del mercado ecuatoriano del cemento sería proclive a la implementación de prácticas anticompetitivas, a primera vista.

²⁶⁵ Derecho y política de la competencia en América Latina: Examen Inter Pares de Argentina, Brasil, Chile, México y Perú. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, año 2007, disponible en http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/oced_0001_2007.pdf consultado el 3 de agosto de 2013 a las 20h38. 18 y siguientes.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ Derecho y política de la competencia en América Latina: Examen Inter Pares en Colombia. Año 2009. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS <http://www.oecd.org/countries/colombia/44111213.pdf> cfr. Resolución N°. 051694 de 2008

Sin embargo, actualmente el precio del mismo se mantiene a niveles competitivos y no se ha registrado escasez más allá de lo previsto. Teniendo en cuenta que Holcim cuenta con cerca del 65% de la cuota de mercado y un ritmo de crecimiento muy superior al de sus competidores, se podría concluir sin riesgo a equivocarnos que Holcim cuenta con un alto grado de poder de mercado, por lo que estaría en capacidad de poner en práctica conductas anticompetitivas tan riesgosas y complejas como la fijación de precios predatorios.

Para responder a la pregunta de si fuese razonable implementar esta práctica, debe considerarse las circunstancias de la empresa y del mercado, así como de sus competidores, conforme se expuso en el capítulo cuarto de este trabajo.

Si bien al ser de las mayores productoras de cemento a nivel mundial, Holcim contaría con una capacidad financiera que le permita enfrentarse a sus competidoras en una guerra de precios hasta sacarlas del mercado, sus competidores también cuentan con un fuerte respaldo desde el punto de vista financiero: Lafarge es también una transnacional de las más grandes productoras de cemento a nivel mundial, además de que su cuota de mercado cercana al 20% le convertiría en un rival difícil de expulsar del mercado a través de esta práctica, dadas las barreras de salida existentes, por lo que podría optar por el contrario estrategias que harían poco rentable y escasamente exitosa una práctica predatoria en su contra.

Por su lado, los competidores más pequeños, esto es, Industrias Guapan y Cemento Chimborazo, son en su mayor parte, empresas estatales. Guapán pertenece en más del 99% al Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, mientras Cemento Chimborazo es también mayormente pública, así su mayoría es propiedad del Ministerio de Industrias y Productividad con un 72,5%, un 14% es de propiedad de la Empresa Pública Cementera del Ecuador EP (EPCE), mientras un 9,5% pertenece a los Trabajadores a través de un Fideicomiso constituido por la EPCE y el saldo del 4% es parte del portafolio de inversiones de la Corporación Financiera Nacional e inversionistas privados.²⁶⁸

²⁶⁸ *Íbid.*

Al ser empresas con respaldo estatal, podrían contar con gran capacidad de financiamiento para enfrentar una práctica predatoria, además de un rápido acceso al tutelaje estatal administrativo y judicial. Por lo que, al tratarse de empresas estatales que podrían operar a pérdida por un período prolongado sin verse obligadas a cerrar, sería poco exitosa una práctica predatoria en su contra.

Además, se encuentra en marcha el proceso de fusión entre Chimborazo y Guapan, que en conjunto alcanzarían cerca de un 20% del mercado, que debe tenerse ya en cuenta dado que las mencionadas empresas se encuentran integradas desde junio de 2011 denominado Alianza Cementera Nacional, el cual tiene por objetivo encontrar un socio estratégico privado que permita la formación de una compañía de economía mixta.²⁶⁹

Por lo expuesto, aun cuando según la metodología de análisis propuesta se cumplirían los criterios referentes a la existencia de un mercado con altas barreras de entrada, que sea inflexible por tener pocos sustitutos, con un operador con suficiente poder de mercado y suficiente capacidad económica que le permitan imponer precios y afrontar las pérdidas iniciales que implica una práctica predatoria, considero que sería poco razonable económicamente y poco probable la implementación de una práctica de fijación de precios predatorios en el mercado ecuatoriano de fabricación de cemento, lo que no excluye que se pudieran encontrar otras prácticas anticompetitivas tanto de cartelización como de abuso, cuyo tratamiento no forma parte de este trabajo.

²⁶⁹ Revista EKOS negocios, No. 214 / Febrero 2012

RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES

De la elaboración de este trabajo, se puede extraer las siguientes conclusiones:

1. El derecho de la competencia, es la rama del derecho económico compuesta por normas y principios, tanto de carácter preventivo como de carácter correctivo, que tiene por objeto la tutela de la libre competencia y la eficiencia económica, como instrumentos necesarios para el bienestar de los consumidores.
2. Esta rama del derecho ha tenido escaso desarrollo teórico, jurisprudencial y doctrinal en el Ecuador debido a la ausencia de un cuerpo normativo referente a la materia, previo a la promulgación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, siendo el poco desarrollo anterior debido a las decisiones 608 y 616 de la Comunidad Andina de Naciones y en especial del Decreto Ejecutivo 1614, que permitió que se apliquen dichas decisiones supra nacionales entre 2009 y 2011.
3. A partir de la Constitución de 2008, el Rol del Estado respecto de la economía se fortalece y toma un papel preponderante, incrementando el rol interventor y de policía estatal, configurando la llamada Constitución Económica en una multiplicidad de artículos referentes al sistema económico, la política comercial, el régimen de desarrollo, y reconociendo los derechos fundamentales de carácter económico, como ser la propiedad, la libertad económica y la libertad de asociación y contratación. Entre estas normas, destacan los artículos 335 y 336 referentes a la prohibición de prácticas monopólicas y anticompetitivas de abuso, así como el reconocimiento de la eficiencia y bienestar del consumidor como objetivos de estas políticas, que se reiteran en el artículo 304 referente a los objetivos de la política comercial.
4. Del análisis de la normativa constitucional pertinente, se concluye que nuestra constitución no sanciona los monopolios per se, siguiendo la línea de la Constitución de 2008 y de los pronunciamientos del entonces Tribunal Constitucional, afirmando que sólo se busca evitar las prácticas que sean

nocivas para el funcionamiento de los mercados, esto es, contrarias a los criterios de eficiencia.

5. Del análisis de la normativa constitucional, se puede concluir que la aplicación del principio de igualdad en materia de competencia, implica que, para juzgar una conducta como anticompetitiva, se debe analizar las circunstancias específicas de dicho mercado, del producto y sus potenciales sustitutos, así como los beneficios o perjuicios que traería su implementación o sanción para el mercado y los consumidores, lo cual permite una efectiva igualdad de derecho, respetando las diferencias y fomentando el desarrollo de sus operadores; por lo que no cabe una interpretación tendiente al alcance de una igualdad plena de hecho entre los competidores de un mercado determinado, sino como una igualdad de trato por parte de la legislación, que en ciertos casos, se justifica un trato diferenciado aplicando una restricción o sancionando una conducta, por considerarse nocivos o dañosos para dicha finalidad última, que es el bienestar del consumidor a través de un mercado competitivo; debiendo ser justificada razonablemente.
6. Además de la normativa constitucional económica, en especial su artículo 336, la normativa aplicable en materia de competencia en Ecuador está conformada por las decisiones 608 y 616 de la Comunidad Andina de Naciones, la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y su reglamento.
7. En concordancia con la norma constitucional, se concluye que la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado persigue como objetivo tiene por objeto prevenir, corregir, eliminar y sancionar las conductas anticompetitivas y las conductas desleales, buscando beneficio para los mercados y los consumidores. Así, tiene por objetivo la tutela del bienestar de los consumidores a través de la eficiencia económica, por lo que no sanciona la monopolización en si misma ni el poder de mercado, sino las conductas que sean consideradas abusivas, que atenten contra la eficiencia o el bienestar de los consumidores.
8. En busca de este objetivo, se sanciona el abuso de la Posición de Dominio o Poder de Mercado, a través de las conductas descritas en los listados no taxativos del artículo 9 y 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

9. Para la evaluación de estas prácticas, la normativa ecuatoriana se inclina por la regla de la razón, que deberá ser utilizada para el análisis de los casos de presunto abuso de poder de mercado, requiriéndose un análisis de los hechos y circunstancias de cada industria y caso para juzgar su antijuridicidad.
10. La aplicación de la regla de la razón permite que el operador económico investigado, además de poder defenderse negando la existencia de la conducta, pueda argumentar que los efectos de la misma no son anticompetitivos, o que ésta beneficia a los consumidores, porque obedece a la mayor eficiencia de la empresa en la producción, entre otras posibles defensas.
11. El poder de mercado, entendido como la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado, debe ser probado dentro del análisis de presuntas conductas de abuso del mismo.
12. Para esto, debe definirse el mercado relevante en el que tiene ocasión la presunta conducta de abuso, posteriormente determinar la existencia o no de posición dominante, y finalmente analizar la conducta del operador.
13. La definición del mercado relevante es de crucial importancia, ya que un mercado relevante demasiado amplio puede dejar sin sanción conductas de real abuso (falsos negativos) mientras que una definición demasiado estrecha puede considerar como abusivas conductas de operadores sin un efectivo poder de mercado, que serían plenamente lícitas (falsos positivos).
14. Del análisis normativo, comparado con los criterios jurisprudenciales extranjeros y los criterios doctrinales, se concluye que para la determinación del mercado relevante por parte de la autoridad de Competencia, debe considerarse el mercado del Producto o Servicio, el mercado geográfico del producto o servicio, las características de los operadores económicos del mercado, y la delimitación temporal del mercado objeto de análisis.
15. Para la determinación del mercado relevante, tanto del producto o servicio como del mercado geográfico, pueden utilizarse diversas metodologías jurídico-económicas, como el Test del Monopolista Hipotético o SSNIP o el test de correlación de precios, que consideran factores como la sustituibilidad de la oferta y demanda del producto, y la posibilidad real de los consumidores de acceder a otras fuentes de aprovisionamiento, sea del producto analizado o de sus potenciales sustitutos. Las falencias de estos tests pueden a su vez ser corregidas aplicando test correctivos como los de Engle y Granger.

16. Una vez definido el mercado relevante, es fundamental la prueba de la existencia de posición dominante, para lo cual nuevamente el derecho acude a la ciencia económica, que ha diseñado múltiples tests para determinar tanto la concentración del mercado como la dominancia por parte de sus actores, entre estos, de acuerdo a la jurisprudencia comparada y la doctrina, se encuentran los siguientes: La determinación de la Cuota de mercado, el índice de Herfindahl Hirschmann – HHI, el índice de Concentración C4, el coeficiente de Gini, el índice de poder de mercado en activos fijos, el índice de capacidad competitiva en costos y el índice de capacidad competitiva en activos fijos, que han sido brevemente expuestos en este trabajo. Estas metodologías pueden ser también empleadas por los operadores investigados para desvirtuar las acusaciones que se les imputan.
17. La utilización de elementos económicos de análisis, es fundamental ya que desde el punto de vista de la Autoridad, la exigencia constitucional de motivación y el principio de inocencia, así como el debido proceso como haz de garantías para intervenir en el contenido de un derecho como es la libertad económica, exige de su parte la aplicación de todas las técnicas y metodologías disponibles para el juzgamiento de un caso concreto, a fin de limitar la discrecionalidad y eliminar la posibilidad de arbitrariedades. De la misma manera, desde el punto de vista del operador económico, éstas pueden operar como medios de defensa y argumentación jurídica, que desde el ejercicio del derecho a la defensa y dentro de las garantías del debido proceso, limitar en lo posible el ejercicio arbitrario del poder.
18. Una vez definido el mercado y determinada la existencia de posición de dominio o poder de mercado, debe analizarse la conducta específica del operador y el mercado específico en el que se desempeña. De acuerdo a esto, este trabajo se ha centrado en el análisis de la conducta de fijación de precios predatorios.
19. Respecto de la fijación de precios predatorios, se concluye que es una conducta de abuso de la posición dominante de tipo exclusorio, determinada por la venta por debajo de un determinado nivel de costos por parte del operador económico con posición de dominio, con la finalidad de eliminar la competencia para posteriormente alcanzar rentas monopólicas.
20. De lo analizado, se concluye que es una práctica de difícil implementación y de muy difícil éxito, a la vez que de muy difícil prueba en un proceso investigativo.

Su racionalidad económica es dudosa, dada la poca probabilidad de éxito, su alto riesgo y alto costo, sin embargo, su intento e implementación es posible, y su éxito puede llegar a consumarse no tanto basada en la racionalidad económica sino en la influencia psicológica sobre los competidores reales o potenciales, conforme lo demuestran los estudios basados en teoría de juegos.

21. Del análisis doctrinal y jurisprudencial comparado, se concluye que para que se configura esta práctica deben concurrir sus elementos objetivos y subjetivos, además de que el mercado en el que se implementa la conducta y la empresa que la pone en práctica deben cumplir algunas características sin las cuales la práctica no sería posible.
22. Como condiciones del mercado, se requiere que sea un mercado con altas barreras de entrada, y que se trate de un mercado estrecho, con pocos sustitutos, pues de lo contrario la entrada de nuevos competidores atraídos por el nuevo precio monopolístico o la huida de los consumidores hacia sustitutos así sea imperfectos, impedirían que el predador fije precios elevados en detrimento de los consumidores.
23. Como condiciones de la empresa, se requiere que ésta tenga poder de mercado para que pueda influir en los precios con su práctica, además, debe contar con alta capacidad financiera que le permita soportar las pérdidas incurridas durante la etapa predatoria –venta a pérdida-, y una capacidad productiva suficiente para absorber el aumento de la demanda producto de su descenso en los precios y de la salida de sus competidores del mercado.
24. Como elementos objetivos, debe probarse la ya citada existencia de posición dominante, así como la venta por debajo de costos, sin que la norma determine a qué costos se refiere, por lo que la doctrina sostiene que se debe tomar en cuenta el costo medio marginal, pero ante su difícil cálculo, son los costos medios totales los que deben tomarse en cuenta, sin embargo existen otros criterios que toman en cuenta costos evitables y costos variable medio. Permitiendo a la empresa investigada justificar dicho nivel de precios por circunstancias como ventas promocionales de introducción temporales, venta de excedentes o sobre stock, depresión inesperada de la demanda, entre otras.
25. Como elementos subjetivos, la finalidad de exclusión de los competidores puede ser acreditada a través de criterios objetivos, que permitan deducir que a cierto nivel de precio en relación a los costos, concurriendo las demás

circunstancias del mercado y de los operadores económicos, no existiría otra motivación económica razonable que un intento de excluir a la competencia del mercado.

26. Para el análisis de estos elementos, la doctrina ha propuesto múltiples tests, que han sido aplicados total o parcialmente en la jurisprudencia comparada, entre los que destacan el test Areeda-Turner, el test de costos a largo plazo de Richard Posner, las políticas control de expansión de la producción de Williamsson, las políticas de control del incremento del precio del monopolista de Baumol y el análisis de doble nivel o “Two tier” formulado por Paul Joskow y Alvin Klevorick, que han sido brevemente expuestos en este trabajo.
27. Considero que es necesario implementar una metodología de análisis de presuntas prácticas de abuso de poder de mercado a través de la fijación de precios predatorios, a fin de que tanto operadores económicos como la Superintendencia de Control de Poder de Mercado cuenten con una guía de estudio y argumentación jurídico-económica básica, que permita desechar denuncias infundadas a la vez que sancionar aquellas que lo ameriten, sin incurrir en altos costos de litigio e investigación por parte de la Superintendencia y de los Operadores económicos.
28. En un primer lugar, considero que debe aplicarse la metodología general aplicada por las agencias de defensa de la competencia, así, en primer lugar definir el mercado relevante, tanto de producto o servicio como el mercado geográfico donde el poder de mercado de la empresa supuestamente dominante debe ser evaluado; en segundo lugar, calcular la participación de mercado del supuesto operador dominante en el mercado relevante previamente establecido, en tercer lugar, contrastar esta cuota con indicadores varios como los índices de Concentración HHI, coeficiente de Gini, Índice de Dominancia, índice c4, entre otros, para extraer conclusiones acerca de la tenencia de posición de dominio por parte de la empresa investigada, conforme los indicadores enumerados en el artículo 8 de la Ley.
29. Posteriormente, respecto de la práctica de fijación de precios predatorios, considero que esta metodología debe observar los criterios de análisis de doble etapa como los propuestos por Joskow y Klevorick, de manera que se analice en un primer momento la estructura del mercado y la posición de dominio en el mercado relevante por parte del investigado, y una segunda en la que se realiza

el análisis de costos y precios a fin de acreditar los elementos objetivos y subjetivos de la práctica.

30. Sugiero que a éste test se agregue el análisis de recuperación de la pérdida incurrida durante la predación, que ha sido considerado fundamental por la jurisprudencia y doctrina norteamericana, ya que si el presunto predador no consigue fijar un precio monopolístico que le permita recuperar con creces lo que “invirtió” en eliminar la competencia, no existiría daño a los consumidores ni a la eficiencia, pues el mismo mercado se habría encargado de sancionar el intento, teniendo en cuenta que la antijuridicidad de esta conducta viene dada por el daño que se infringe al consumidor a través del precio excesivo del monopolista.
31. Se ha incluido como ejemplo un breve análisis del caso resuelto por predación de precios por parte del Ministerio de Industrias y Productividad e investigado por la Subsecretaría de Competencia del mismo, por denuncias de TAME y AEROGAL en contra de LAN ECUADOR, desechado por no concurrir los elementos objetivos ni subjetivos, ni la existencia de posición dominante por parte de LAN ECUADOR. En este caso, la estructura del mercado del transporte aéreo presenta barreras de entrada y estrechez, sin embargo, el investigado no tenía posición dominante, por lo que si se hubiese aplicado el test sugerido, no hubiese sido necesario el complicado análisis de precios y costos, ahorrando a las partes como a la autoridad tiempo y recursos empleados en la investigación y sustanciación del caso.
32. Finalmente, se ha incluido un análisis acerca del mercado del Cemento, uno de los principales productos dentro del mercado de la construcción, que de los análisis de mercado y concentración elaborados por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado así como de las investigaciones independientes referidas, sería uno de los más concentrados y poco competitivos de la economía nacional. De los análisis de este mercado, éste sería un mercado en el cual una práctica de precios predatorios pudiese ser posible, sin embargo no ha sido aplicada, ya que a pesar de existir un operador con más del 65% de cuota de mercado, no sería eficiente para éste intentar eliminar a sus competidores a través de precios predatorios, dada la capacidad financiera de éstos, que haría que una “guerra de precios” se prolongue indefinidamente, sin

generar rédito alguno al operador, por lo que sería económicamente irrazonable.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS CONSULTADOS:

- Arrow, Kenneth. *General Economic Equilibrium*. Nobel Memorial Lecture, Harvard University, Cambridge. Diciembre 1972
- Baker, Jonathan. *Market definition: an analytical overview*. American University, Washington College of Law, Antitrust Law Review, vol. 74, 2007
- Ballvé, Faustino. *Fundamentos de la Ciencia Económica*. Guatemala, Universidad Francisco Marroquín, Centro de Estudios Económicos y Sociales. 3ra Edición, 1984.
- Baumol, William. "Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy For Prevention of Predatory Pricing, The Yale Law Journal nº89.1979.
- Bellamy, Christopher y Child, Graham. *Derecho de la competencia en el mercado común*. Madrid: Civitas, 1992.
- Bork, Robert. *The antitrust paradox. A policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993
- Bork, Robert. *The Role of Courts in Applying Economics*. American Barr Association, Antitrust Law Journal 54.1985.
- Bullard González, Alfredo. *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*. 2ª edición. Lima: Palestra.
- Bullard, Alfredo. *¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio*. En: Seminario aplicación de la política de competencia a nivel internacional y su desarrollo en el ámbito nacional. (24 al 25 de marzo de 1998: Cartagena).
- Cerdá Martínez-Pujalte, 2008, *La Igualdad en el Derecho de Defensa de la Competencia*. Valencia: Tirant Le Blanch. p. 38. Citado por Marín Sevilla, Marcelo en "El derecho de Competencia en la Constitución del Ecuador". Quito, Universidad de los Hemisferios, IUS HUMANI, Revista de Derecho. Volumen 2, diciembre 2010.
- Conrath, Craig W. *Guía práctica para la ejecución de la ley antimonopolio para una economía en transición*. Bogotá, Superintendencia de Industria y Comercio, 1998.

- Cortázar Mora, Javier. *Curso de Derecho de la Competencia*. Bogotá Colombia. 1ra. Edición. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Editorial TEMIS, 2011.
- Demsetz, Harold. *Information and Efficiency, Another Viewpoint*. The Journal of Law and Economics, University of Chicago, 1969.
- DiLorenzo, Thomas. *The Myth of Predatory Pricing*. Cato Institute Policy Analysis N°69. Febrero 1992. 1
- DiLorenzo, Thomas. *El mito del monopolio natural*. En The Review of Austrian Economics. Ludwig Von Mises Institute. Vol. 9, No.2, 1996
- Ferrajoli, Luigi. *Igualdad y Diferencia*. En “Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad”. Caicedo, Danilo y Porras, Angelica, editores. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito, Ecuador. 159
- Fox, Eleanor M. Sullivan, Lawrence A, y Peritz, Rudolph Jr. *Cases and materials on U.S Antitrust in global context*. Estados Unidos. American Casebook Series. Thomson West. Segunda Edición, 2004.
- Garrigues, Joaquin. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Bogotá: Temis, 1987.
- Gavil, Andrew, Kovacic, William y Baker, Jonathan. *Antitrust Law in perspective: cases, concepts and problems in competition policy*. Thomson-West. American Case Book Series. 2002
- Harrison, Glenn.W. *Predatory Pricing in a Multiple Market Experiment. A Note*. Journal of Economic Behavior and Organization N° 9, 1988. 405-417.
- Hernández Rodríguez, Francisco; *Precios Predatorios y Derecho Antitrust. Estudio Comparado de los Ordenamientos Estadounidense, Comunitario y Español*; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.; Madrid; 1997;
- Kluger, Viviana (compiladora). *Análisis Económico del Derecho*. Heliasta. Biblioteca de Derecho Económico y Empresarial. Primera Edición, 2006
- Korah, Valentine. *Concept of a dominant position within the meaning of article 86*. Common Market Law Review, vol. 17, 1980. 395 a 414
- Korah, Valentine; *Concept of a dominant position within the meaning of a article 86 EEC; CMLRev.*; núm. 17; 1980
- Kovacic, William y Saphiro, Carl. *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*. Competition Policy Center, University of California, Berkeley, 1999.

- Krakowski, Michael. *Política de competencia en Latinoamérica: una primera apreciación: un análisis comparativo legal e institucional de las políticas de competencia en Latinoamérica.* "Proyecto MIFIC-GTZ, Managua: 2001.
- Landes, William y Posner, Richard. *The Economic Structure of Intellectual Property Law.* Harvard University Press, 2003.
- Lerner, Abba .P. *The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power.* The Review of Economic Studies. V.1, n.3. Oxford Journals.157-175
- *Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.* Publicada en el Registro Oficial- Suplemento 555 de 13 de Octubre de 2011. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. Edición primera, 2012.
- Marín, Marcelo et al. *Régimen de Competencia.* Ed. Riofrío M-V, Juan y Marín, Marcelo. Universidad de los Hemisferios, Quito-Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2012
- Massey, Patrick. *Market definition and Market Power analysis: Some practical issues.* The Economic and Social Review, Vol. 31, No., 4, Octubre, 2000. Artículo presentado en la 14th Annual Conference of the Irish Economic Association, año 2000.
- McGee,John. *Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case.* The University of Chicago Press. Journal of Law and Economics, Vol. 1. Oct.1958
- Miranda L. Alfonso y Gutiérrez R. Juan. *Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia.* Revista de Derecho de la Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 2, n° 2: 269-400, enero-diciembre 2006.
- Miranda, Alfonso. *Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica.* Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC III: compilación documentos sobre derecho de la competencia. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.1999.
- Miranda, Alfonso. *El derecho de la competencia en Colombia.* Revista de Derecho Económico N° 9, Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 1989
- Miranda, Alfonso. *El Régimen General de la Libre Competencia.* Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC III: compilación. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- OCDE, *Glosario de economía industrial y derecho de la competencia.* Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, 1995

- Peces-Barba, Gregorio. *Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales* en “*Escritos sobre derechos fundamentales*”. Editorial Eudema, Madrid, 1986.
- Posner, Richard. *Antitrust Law*. The University of Chicago Press, Segunda edición. 2001
- Prieto Sanchíz, Luis. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*. En “*Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*”. Caicedo, Danilo y Porras, Angélica, editores. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito, Ecuador.
- Rothbard, Murray. *Man, Economy and State*. Cap.10 “Monopoly and competition”. D. Van Nostrand Co., Princeton, New Jersey, 1962. Publicado en español por Unión Editorial, Madrid 2011 Trad. De Sedaca, Norberto.
- Schatan, Claudia y Avalos, Marcos. *Condiciones de competencia en el contexto internacional: cemento, azúcar y fertilizantes en Centroamérica*. CEPAL- Unidad de Desarrollo Industrial. México, septiembre de 2003. Publicación de las Naciones Unidas, Sub Sede Regional de la CEPAL-México DF.
- Scherer, Frederick. *Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment*. Harvard Law Review 869.1976
- Superintendencia de Control de Poder de Mercado. Boletín de Prensa No. 20 – SCPM-DCS. Quito, 7 de febrero del 2013
- Tarzuán, Jorge y Hevia, José. *Jurisprudencia sobre precios predatorios en Chile: ¿Han sido uniformes los criterios aplicados?*. Revista Abante, Vol.8, Nº2. Octubre 2005.
- Von Mises, Ludwig. *La Acción Humana*. Unión Editorial, Novena Edición, Madrid, 2009. Trad. De Reig Albiol, Joaquin.
- Wessley, Thomas y Hortskotte, Christian. “*Union Europea*”. En Dominance 2009, Colección Getting the deal through, Law Business Research Ltd.
- Witker, Jorge. *Derecho de la Competencia Económica en el TLCAN*. Universidad Autónoma de México. México DF. Editorial Porrúa. 2003. 2
- Witker, Jorge. *Derecho de la Competencia en América*. Fondo de Cultura Económica. Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México. Chile, 2000.
- XV Informe sobre la política de competencia-Comunidad Económica Europea.

BIBLIOGRAFÍA DIGITAL, LIBROS Y PUBLICACIONES WEB:

- Agostini, Claudio y Saavedra, Eduardo. La Práctica de Paquetizaciones en Telecomunicaciones: ¿Eficiente o Anticompetitiva? disponible en [http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_Agostini_y_Saavedra_C_135_07_\(CTC\).pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_Agostini_y_Saavedra_C_135_07_(CTC).pdf) .Diciembre de 2007.
- Agostini, Claudio. *Hacia una política de evaluación de fusiones horizontales*. Centro de Estudios Públicos, Chile, disponible en www.cepchile.cl/dms/archivo_3979_2120/r107_agostini_fusiones.pdf Invierno de 2007.
- Alemán, Francisco, Vera, Jorge y Ordeñana, Xavier. *Análisis y evolución de los costos de los principales insumos del sector de la construcción en Ecuador en el período 2004-2011*. Escuela Superior Politécnica del Litoral. Junio de 2012. Disponible en http://www.espae.espol.edu.ec/images/documentos/publicaciones/reportes_investigacion/costos_construccion.pdf
- Cabieses, Guillermo. *Las fallas del mercado y las fallas del Gobierno*. Cato Institute. Mayo de 2013. Disponible en <http://www.elcato.org/las-fallas-del-mercado-y-las-fallas-del-gobierno>
- Calvani, Terry. *Predatory price and state below-cost sales statues in the United States: An analysis*. Competition Bureau Industry Canada, 1999. Disponible en: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/01292.html>
- Coase, Ronald H. *El Problema Del Costo Social*. Centro de Estudios Públicos de Chile. 11 Enero 2012. Disponible en http://www.cepchile.cl/1_1363/doc/el_problema_del_costo_social.html
- Comisión Federal de Competencia de los Estados Unidos Mexicanos. *Resolución por la que se da a conocer el método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante y los criterios para su aplicación*. Diario Oficial de la Federación, Viernes 24 de julio de 1998. 22. Disponible en http://www.vb.com.mx/legislacion/Resolucion_calculo_indices_determinar.pdf
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, *Derecho y política de la competencia en América Latina:*

Examen Inter Pares de Argentina, Brasil, Chile, México y Perú, año 2007, disponible en http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/oecd_0001_2007.pdf

- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Derecho y política de la competencia en América Latina: Examen Inter Pares en Colombia*. Año 2009. <http://www.oecd.org/countries/colombia/44111213.pdf>
- Díez Estella, Fernando. *Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU*. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1448619>
- Dorado Aranibar, Hugo. *Algunas consideraciones para el uso de indicadores en el estudio de la estructura de mercados*. Bolivia. Unidad de Análisis de Políticas Sociales y Económicas. Disponible en http://www.udape.gob.bo/portales_html/analiseconomico/analisis/vol14/art05.pdf
- Easterbrook, Frank. “*Predatory Strategies and Counterstrategies*”. University of Chicago Law Review N°48, 1981. 263-268
- *El Mercado y la Determinación de Precios- Panorama de la Competencia en Andalucía*. Disponible en http://www.economiaandaluza.es/sites/default/files/capitulo%204_0.pdf
- Elzinga, Kenneth G. and Thomas F. Hogarty *The Problem of Geographic Market Definition in Antimerger Suits*. 18 Antitrust Bulletin 45-83 (1973)
- Empresa Pública Cementera del Ecuador. *Diagnóstico del Mercado Cementero Ecuatoriano*. Disponible en: http://www.epce.gob.ec/web/index.php?option=com_content&view=article&id=42:diagnostico-mercado-cementero-en-ecuador-&catid=3:newsflash&Itemid=175 consultado en fecha 3 de agosto de 2013 a las 20h07
- Figari, Hugo; Gomez, Hugo y Zuñiga, Mario. *Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio*. Artículo publicado en la “Revista de la competencia y propiedad intelectual” INDECOPI, basado en marco teórico incluido en el Informe N° 034-2004 del 20 de octubre de 2004 INDECOPI, disponible en

<http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/primavera2005/HFigari%20HGomez%20MZuniga.pdf>

- Gagliuffi, Ivo. *La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla per se o la regla de la razón*. Perú, INDECOPI, Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 12 disponible en: <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/primavera2011/IvoGagliuffiPiercechi.pdf>
- Ghersi Rassi, Oscar y Arosemena Burbano, Flavio. *La Regla de la Razón y conductas per se ilegales en el derecho de la competencia ecuatoriano: Reflexiones para la aplicación de la ley de regulación y control de poder de mercado*. Disponible en: <http://www.rosemenaburbanoyasociados.com/archivos/ArticuloReglasPerseYdeLaRazonEnElDerechoDeLaCompetenciaEcuatoriano.pdf>
- Ginebra Serrabou, Xavier. *Teoría General del Derecho de la Competencia*. México, Editorial Porrúa, 2012, Primera Edición.
- Gómez, Rosario; Goere, Jacob K y Holt, Charles. *Predatory Prices: rare like an unicorn?*. California Institute of Technology, Division of Humanities and Social Studies. Disponible en <http://www.hss.caltech.edu/~jkg/predatory.pdf>
- Hobson, John. *Imperialism: A Study*. James Pott and Co. New York, 1902, disponible en <http://www.econlib.org/library/YPDBooks/Hobson/hbsnImp1.html>
- International Competition Network. *Report on predatory pricing*. Presentado en la 7ma conferencia annual del ICN, Kyoto, Abril de 2008.
- Joskow, Paul y Klevorick, Alvin. *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*. *Faculty Scholarship Series*. Paper 1305. 1979 Disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1305
- Miranda Londoño, Alfonso. *¿Existe la ilegalidad per se en el derecho de la competencia colombiano?*. Bogota, Colombia. Universidad Javeriana. Disponible en https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.javeriana.edu.co%2Fjuridicas%2Fmenu_lat%2Fdocuments%2FEXITE.DOC&ei=u43kUfPqK4eRqQGyYCoAQ&usq=AFQjCNHeA1X9pM1MTBWS_GYc6Zync5zpLq&sig2=gMdBoABI-c1aYG7pi_oHbw&bvm=bv.48705608.d.aWM

- Organization for economic cooperation and development. *Predatory pricing*. OECD, 1989. Disponible en internet: www.oecd.org/daf/clp/competition_analysis.htm
- Revista EKOS NEGOCIOS n°305, Estudio realizado por Investigacion Ekos Negocios y Unidad de Análisis Económico. Disponible en <http://www.ekosnegocios.com/revista/pdftemas/305.pdf>
- Superintendencia de Control de Poder de Mercado. Indicadores de Concentración. Disponible en <http://scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/02/FORMULARIO-GESTION4.pdf>
- Superintendencia de Control de Poder de Mercado. *Indicadores de Diagnóstico Sectorial de la Competencia*. Disponible en <http://scpm.gob.ec/indicadores-de-diagnostico-sectorial-de-la-competencia/>
- US Department of Justice and Federal Trade Commission. Horizontal Merger Guidelines. Agosto 2010. Disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.pdf>

CASOS Y FALLOS JURISPRUDENCIALES

- *Allen-Myland, Inc. v. IBM Corporation*, 33 F.3d 194, 209 (3rd Cir. 1994)
- Asunto 27/76 United Brands vs. Commission
- Asunto 322/81 Michelin vs. Commission. 1983. ECR 3461
- Asunto 85/76 Hoffmann-La Roche vs. Commission. Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979.
- Asuntos 6 y 7/73 Commercial Solvents vs. Commission.
- Asunto C-62/86 AKZO III Chemie BV. STC-TJ-CE-3-VII-1991
- Asunto C-333/94 Tetra Pak International
- Asunto International Fruit Company y otros/Comisión (Asuntos Acumulados 41/70 a 44/77, sentencia de 21 de febrero de 1976)
- Asunto European Night Services y otros/Comisión, Asuntos Acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94. Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de Septiembre de 1998
- CNDC Argentina. N° 064-000962/97 (c.405 Caso de Cámara Argentina de Papelerías, Librerías y Afines vs. Supermercados Mayoristas Makro)

- Decisión de la Comisión Europea, de 9 de noviembre de 1994, procedimiento incoado en virtud del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo (IV/M.469 - MSG Media Service) DO n° L 364 de 31/12/1994 pág. 1 – 0020.
- Expediente R-362/99 Bacardi Resolución del TDC español del 30 de septiembre de 1999
- INDECOPI. Perú. Resolución N° 070/96. María del Carmen Molta Wendell vs. Proquinsa
- Ministerio de Industrias y Productividad. Ecuador. Resolución MIPRO-COMP-002-2010.
- Ministerio de Industrias y Productividad. Ecuador. Resolución MIPRO-COMP-Resolución-001-2010.
- STC Tribunal Constitucional Español 1/1982 28 de enero de 1982
- STC-TJ-CE-14-XI-1996,
- Matsushita Electric Industrial CO v. Zenith Radio 475 U.S. 574. 1986
- United States v. Baker Hughes, Inc., 908 F 2d 981, 992 (DC Cir. 1990) y Ball Memorial Hospital
- United States v. Trans-Missouri Freight Association
- Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc., 504 U.S. 451 (1992)
- William Inglis and Sons Baking Co. vs. ITT Continental Baking Co, Inc. - 668 F. 2d 1014 (9th Circuit. 1981), 459 US 825 (1982)
- Arthur S. Langenderfer, Inc. vs. S.E. Johnson Co. - 729 F. 2d. 1050 (6th Circuit. 1984), 469 US 1036 (1984)

CUERPOS NORMATIVOS:

- Constitución del Ecuador, Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre del 2008.
- Decreto Legislativo que aprueba la ley de represión de conductas anticompetitivas.
- Decreto No. 1034, Perú.
- Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, Promulgada el 16 de septiembre de 1999, República de la Argentina.
- Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, Suplemento del Registro Oficial No. 555, 13 de octubre de 2011.
- Decreto 2153 de 1992, Colombia.