

Derecho de la competencia y del control de poder de mercado para Ecuador

Régimen de responsabilidad administrativo y civil, carteles y acuerdos restrictivos, abuso de poder de mercado, ayudas estatales, integraciones entre empresas, regulación en la CAN y casos de la *Big-Tech*, *Big-Pharma* y Derecho Espacial y Metaverso





EDINO
2022

© *Derecho de la Competencia y del Control de Poder de Mercado para Ecuador*

© DR. MAURICIO VELANDIA

ISBN 978-9978-21-112-0

Primera Edición: MAYO 2022

EDITORIAL Y LIBRERÍA
Malecón 904 y Junín
Telfs. 2301975 - 2314471
Guayaquil – Ecuador

SITIO WEB:
www.editorialedino.com.ec
info@editorialedino.com.ec
ventas@editorialedino.com.ec

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducido, almacenado o traducido, de manera alguna, ni por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico o de grabación, sin permiso previo del autor.

Por favor respete nuestro trabajo editorial, no fotocopie.

Impreso en Ecuador
Editorial Ecuador

Derecho de la competencia y del control de poder de mercado para Ecuador

Régimen de responsabilidad administrativo y civil, carteles y acuerdos restrictivos, abuso de poder de mercado, ayudas estatales, integraciones entre empresas, regulación en la CAN y casos de la *Big-Tech*, *Big-Pharma* y Derecho Espacial y Metaverso

*Dedicado a Simona,
mi sueño que camina ahora en la realidad.*

PRESENTACIÓN

Mauricio Velandia, mi amigo Mauricio, es, dicho sin rodeos, un iconoclasta. Y quien no lo conozca pero lea esta obra —escrita con el pretexto de comentar el derecho de competencia ecuatoriano, pero que en verdad llega mucho más allá, pues aborda cuatro rubros de altísimo interés «(i) *Big-Tech*; (ii) *Big-Pharma*; (iii) *derecho espacial*; y, (iv) *el metaverso sumado a la robótica*», que en sus palabras «será donde se desarrollará el derecho de la competencia contemporáneo»—, llegará a la misma conclusión sobre su arrolladora personalidad.

Pero no se trata solo de carácter. A este se suma una impresionante formación jurídica, detectable en cada línea de su obra, escrita con la sencillez propia de quien no requiere de petulancias seudoacadémicas para transmitir con solvencia y vigor sus ideas.

Veamos, solo para dar un ejemplo, la fuerza con la que defiende —y en eso no puedo sino coincidir— la necesidad de aplicar nuestro derecho de competencia bajo la óptica del derecho romano-germánico y no del anglosajón, «que ha querido ser impuesta en nuestro derecho por aquellos que han leído o estudiado bajo ese sistema de derecho y vienen a implantarlo sin la base propia del derecho continental que fue el derecho que acá estudiamos poniendo en riesgo el debido proceso que se basa en la necesidad de una norma existente».

En fin... Quien presenta una obra no puede pretender que sus palabras reemplacen a las del autor, por lo que voy a cerrar aquí estas líneas. Pero sí debo agregar que quienes me conocen saben bien que no suelo ser generoso en alabanzas inmerecidas, y que, por tanto, si alguien muestra interés, no solo en estudiar el derecho de competencia ecuatoriano, sino en adentrarse en lo que el futuro depara a esa disciplina y a los mercados, sin ambages recomendaré esta obra que el profesor Velandia ha tenido la amabilidad de pedirme que la presente, lo hago profundamente convencido de su valor académico y utilidad práctica.

Gracias, querido Mauricio, por tu preocupación por el Ecuador. Bienvenida tu obra.

Eduardo Carmignani

INTRODUCCIÓN DEL AUTOR

Este libro pretende ser un texto donde quienes se inicien en temas de derecho de la competencia y control de poder de mercado puedan encontrar un refugio para liberar dudas básicas de dicha rama del derecho. Pero, a la vez se convierte en un texto donde se describen de forma simple las herramientas necesarias dentro del derecho para resolver los problemas agudos del derecho antitrust que pueden ser usadas por académicos, estudiantes, profesionales, funcionarios y jueces.

Estamos en un momento donde el derecho antitrust ha demostrado su importancia dentro de las políticas públicas de un país y la forma como el Estado organiza sus empresas dentro de un mercado, exponiendo los límites de dicha participación, cuidando que las grandes concentraciones de dinero no provengan de la falta de competencia bajo ropajes de defraudación individual o conjunta.

La empresa es el bien más valioso de la economía. Debe cuidarse el tejido empresarial. La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) es la vía para proteger a los empresarios y al mercado. Premiar a las empresas honestas y que compiten dando lo mejor y sin abusos. Empero, la mayor protección al tejido empresarial es castigar a las empresas que dañan el libre mercado. Esas hacen que el sistema sea erosionado y crean un ambiente salvaje para las empresas leales y transparentes.

Hoy en día estamos en presencia de grandes retos para el mundo y para Latinoamérica. El COVID 19 nos permitió reflejar el cambio en las condiciones de muchos mercados nacionales y extranjeros.

Actualmente, las grandes empresas de tecnología, denominadas las *Big-Tech*, son investigadas en gran parte de los continentes. La vigilancia que tienen dichas compañías sobre los datos de los usuarios asusta. Dichas empresas tienen acceso a todas nuestras comunicaciones, así como a nuestras tendencias políticas y comerciales. En términos macro y micro conocen todo. Con esa información crean algoritmos y perfilan a todos sus usuarios, quienes a la vez son integrantes de todos los segmentos económicos existentes. Cada una de ellas es un poder grande de pocas elasticidades en el mercado propio de cada cual. Resulta inaudito que a las autoridades antimonopolio de

nuestros países les cueste adentrarse en esta discusión mundial y pretendan esperar que el tema sea resuelto en otras jurisdicciones, dejándonos en esos temas relegados de la discusión mundial.

Otro tema para resaltar, es la gran pregunta que hay que hacerse en este momento, ya que en diferentes medios se ha indicado que el 50 % de la riqueza del mundo está concentrada en tan solo ocho personas (BBC-2017). Es una noticia muy compleja de digerir. Este es el resultado de algo. La pregunta es si ese hecho es el resultado del absurdo al cual puede llevar el libre mercado planteado bajo las normas actuales y la necesidad de replantear un sistema económico más humanista, que no permita tener niveles de pobreza tan grandes, en oposición a una concentración tan abundante en pocos. Tal vez las normas de oferta y demanda no sujetas al abuso de derecho para algunos, y dejar un mercado sin regulación sea la causa de esa realidad que rodea el principio del siglo XXI.

En mi concepto el derecho de la competencia pecó en el siglo XX al no castigar los precios injustificadamente altos, los precios diferenciales y los descuentos por volumen en los insumos a los cuales compra el dominante de un mercado, y al mayor precio de ese insumo para el pequeño empresario, quien termina teniendo una barrera de ingreso por tener que comprar insumos a un mayor valor. Fue una rama del derecho muy cobarde en esos puntos.

La pandemia también nos invitó a reconocer el gran poder de mercado de las farmacéuticas y su protagonismo para con el COVID 19. Fueron los laboratorios los que han desarrollado vacunas o refuerzos que impiden que la enfermedad sea más grave y se cuente con mayores defensas en el cuerpo. Es necesario agradecer dicho punto. Pero toman al ser humano en un momento de debilidad y necesidad. Grave problema se planteará en un futuro cuando se estudie académicamente, bajo el derecho de la competencia, si haber ocultado el precio de las vacunas por toda la industria farmacéutica conlleve a que el derecho antimonopolio mantenga algún sentido. Recordemos que uno de los principales objetivos del derecho de la competencia es el estudio del «precio» que ofrecen los diferentes vendedores, llegando a castigar el precio predatorio o diferencial, o inequitativo o injusto. Así, en caso de ocultarse el precio por todos los laboratorios, exigiendo confidencialidad sobre el mismo, se acaba con esa posibilidad de definir muchos aspectos del «precio».

La historia juzgará y criticará a las autoridades antimonopolio del mundo, y a sus funcionarios, por no haber preguntado, estudiado y analizado la implicación de que toda una industria dentro de un mercado relevante hubiera podido adelantar negociaciones mundiales con el precio oculto,

obligando a tenerlo confidencial al comprador y no permitir el cruce de información transparente para saber los precios a los cuales venden a otros compradores. Fue falsa la ley de oferta y demanda en este instante. El oligopolio ocultó el precio de forma paralela; la academia antitrust guardó silencio; y los abogados cuidaron a sus clientes. Lógicamente las autoridades antimonopolio de EUA, la UE, China o Rusia no tenían interés en investigar el tema, dado que ellas estuvieron abastecidas de las vacunas por sus laboratorios. El problema fue para Centro y Suramérica, así como para África. Ahora no se sabe si se requerirá una vacuna anual y por ende una compra anual. Para nada es cierto que la vacuna es gratuita para el consumidor. Se trata de una compraventa que directamente paga el Estado, pero que cobra al consumidor vía impuestos o deuda pública. El Estado somos nosotros. Y si la vacuna se adquiere bajo un precio alto por parte del Estado esto reduce el excedente del consumidor, quien la paga indirectamente con sus impuestos.

Ecuador, bajo el mandato presidencial de Guillermo Lasso ha tenido un éxito en lo que tiene que ver con las vacunas. Se actuó entre organizaciones tanto públicas como privadas, con el objetivo de que la vacunación se diera a pasos acelerados en su país. Este resultado llevó al mandatario a establecer la consigna «Ecuador para el mundo y el mundo para Ecuador»; de esta manera se invita a la empresa a que ponga la mirada en un país con dieciocho millones de habitantes, que está lleno de recursos y talentos para explotar. Es menester resaltar el rol de la diplomacia internacional en este éxito alcanzado por el presidente Lasso en lo que respecta al programa de vacunación en el país. Ahora debe esperarse para saber si la vacuna será un tema anual.

Viene ahora otro tema muy interesante para el derecho antimonopolio: la conquista espacial. Estados Unidos, China y Rusia ya la iniciaron. Pero, además, la NASA está adelantando una asociación público–privada para conquistar y adelantar viajes al espacio exterior, con el sector privado. Grandes privados buscan ese mercado desde ahora (Musk, Bezos, Branson). Se abrirá un nuevo mercado y el hombre volará fuera de la Tierra, conquistando. Algunos hablan de que el derecho marítimo será el aplicable, pero olvidan que no existen acuerdos internacionales suscritos por todos los países al respecto y serán esas cuatro potencias las dueñas de todo, basadas en el poder del libre mercado acomodado muy para el lado de ellos. La historia se repetirá y la conquista dependerá del nivel de territorio que cada potencia pueda defender, existiendo también la posibilidad de que una empresa privada conquiste un planeta con fuerzas propias o al mando de la robótica.

No se puede dejar atrás el mundo nuevo que se abre, el «metaverso». Allí se plantea una vida digital, con propiedades, trabajo, criptomonedas, vestuario, mobiliario, fiestas y reuniones. Será un mundo paralelo al mundo

físico. Otro plano. Será un mundo de algoritmos e inteligencia artificial. Igualmente, los privados estarán presentes (Zuckerberg) en un mundo nuevo, donde aún no se sabe las reglas y los jueces que existirán.

En esos cuatro rubros: (i) *Big-Tech*; (ii) *Big-Pharma*; (iii) derecho espacial; y (iv) el metaverso sumado a la robótica, será donde se desarrollará el derecho de la competencia contemporáneo.

Este libro se escribió con el objeto de que en sus primeros capítulos se trate el tema de derecho de la competencia de forma muy simple, de allí el valor de la obra para una persona que inicie estudios. Esta primera parte trata los temas conceptuales para entender la configuración de un juicio de control del poder de mercado dentro del derecho romano-germánico, es decir, analizando que existen juicios de orden sancionatorio administrativo, civil y penal. Asimismo, se explica cada uno de los supuestos de abuso, carteles o acuerdos, ayudas estatales e integraciones económicas. Para una segunda edición se abordará el tema de competencia desleal. Puedo asegurar que con la lectura de la primera parte de este libro una persona, sea cual fuere su profesión, podrá entender la mecánica del derecho de la competencia y del control de poder de mercado del Ecuador.

La segunda parte, contiene temas que requieren un conocimiento más profundo del derecho de la competencia y del control del poder de mercado. Contiene los casos actuales de las grandes de tecnología, que son los temas que captan la atención del mundo antitrust de principios del siglo XXI. Para este caso se requiere la atención del lector y con seguridad podrá entender la problemática de Amazon, Google, Facebook y Apple dentro de los diferentes segmentos donde participan estas compañías y la aplicación del derecho antimonopolio y de control del poder de mercado.

El principal objetivo de este libro es dar herramientas para entender el péndulo de las normas de control del poder de mercado. Además, que la persona ya formada en estos temas pueda ver una óptica latina del derecho de la competencia bajo el derecho romano-germánico, y no de derecho anglosajón, que ha querido ser impuesta en nuestro derecho por aquellos que han leído o estudiado bajo ese sistema de derecho y vienen a implantarlo sin la base propia del derecho continental, que fue el derecho que acá estudiamos, poniendo en riesgo el debido proceso que se basa en la necesidad de una norma existente.

Esta obra servirá para ser consultada en los procesos frente a los jueces del contencioso administrativo, quienes finalmente definirán los casos alejados de tanto adorno doctrinal extranjero haciendo prevalecer el derecho romano-germánico que se aplica en Ecuador.

Este libro se escribió tras la consulta y análisis de la normatividad incluida en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), expedida en el Ecuador. Igualmente, bajo el ropaje de los Decretos Ejecutivos 1152 de 2012, 1161 de 2016 y 1153 de 2020. En él se defiende:

- La inclusión del tema de «ayudas estatales» dentro de la LORCPM. Para nada es desfasada su inclusión y no se entiende la crítica que algún sector de la doctrina nacional tiene en su contra.
- La introducción del tema de competencia desleal dentro de la LORCPM. Es un tema que en el derecho contemporáneo de antitrust se une cada vez más, siendo de un mismo cauce. Se castigan los supuestos desleales que tengan el resultado de afectar el mercado. Sin embargo, dicho tema quedará pendiente para una próxima edición.
- El régimen de carteles y acuerdos restrictivos de la competencia, que se rigen por juicios de responsabilidad sancionatoria administrativa subjetiva (Típico, antijurídico y culpable), siendo los artículos 1 y 4 de la LORCPM las normas más importantes de dicha ley, la cual indica que la finalidad de dicha normatividad es: (i) el interés general; (ii) el comercio justo; y (iii) la eficiencia económica. Olvidar que *norma* es el faro en la aplicación de la ley es un grave error legal y conceptual. Por ello se recomienda a los investigados y a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) probar los elementos propios de la responsabilidad administrativa sancionatoria y abandonar teorías de reglas de razón y reglas *per se* que son propias del sistema anglosajón. De no ser así muchos procesos de sanción caerán por debido proceso.
- La libertad de la acción civil de daños sin esperar barreras procesales ni especies de prejudicialidades al amparo de decisiones de la SCPM que impida que los jueces civiles o árbitros conozcan de los casos de competencia donde se cause daño a particulares y que sean reclamados mediante demandas de derecho privado.

El presente libro cuenta, a su vez, con una abundante casuística tanto americana como europea, lo que resultará enriquecedor para el lector desde la óptica sustancial, pues aterriza la teoría abordada en el texto a los recientes hechos ocurridos en el mundo, dándole así una visión más práctica de los conceptos sustanciales tratados, sin desconocer el régimen sustancial y procesal del sistema de derecho continental.

Todos los temas planteados en este libro pueden ser profundizados por el lector con el videolibro *El Ocaso del Monopolio*, en donde se encuentran explicados los fundamentos del mercado, disponibles en el canal de YouTube: Mauricio Velandia.

Agradezco profundamente al abogado, amigo y hermano Eduardo Carmigniani por su deferencia en la presentación de esta obra. Fue él quien me permitió conocer aún más de cerca el derecho ecuatoriano al coincidir como asesores frente a una gran empresa en Ecuador. Desde allí hicimos amistad. Gran experiencia a lo largo de cuatro años tuve... Conocí Guayaquil y Quito por él. Conocí al país —sus angustias y seguridades—. Me faltó. Pero siempre he visto un país lleno de vida, vigente, con futuro de perla dorada de mar Pacífico. Bajo dicha experiencia pude conocer a Eduardo a quien respeto, admiro y quiero. Gracias por siempre.

Para este libro conté con el respaldo de la abogada Lina Romero, esas muchas mañanas discutiendo cada parte de este libro me dieron herramientas para culminarlo. Lo mismo con Daniela Maza.

Mi casa de estudios, la Universidad Externado de Colombia, inicia una nueva etapa con un nuevo rector, el maestro Hernando Parra Nieto. Fue mi profesor de Obligaciones. Hoy los años nos unen más. El rector nos regala en esta edición unas palabras acerca de la importancia del tema dentro de la Comunidad Andina de Naciones. Le deseo al rector el mejor destino para permitir que nuestra Universidad siga brillando. Con este libro, nuestra casa de estudios hace presencia dentro de países de la Comunidad Andina y del Cono Sur. Que sea un inicio para que nos podamos todos acercar.

En Colombia, nuestro libro de *Derecho de la Competencia* fue escrito en el año 2008. Ya estamos cerca de publicar la tercera edición. Espero tener la misma disciplina para complementar esta obra. Seguro la modificación de normas y la jurisprudencia me impulsarán a esa meta.

Guayaquil, 2022

ÍNDICE

PARTE I DERECHO ANTIMONOPOLIO TRADICIONAL

LIBRO PRIMERO DAÑO AL MERCADO

CAPÍTULO I MERCADO, ECONOMÍA Y RESPONSABILIDAD JURÍDICA

I.	INELUDIBLE COMBINACIÓN DE TEMAS	1
II.	ECONOMÍA	2
	A. DEFINICIÓN.....	2
	B. CLASIFICACIÓN	2
	C. DEMANDA.....	3
	D. OFERTA.....	5
	E. MERCADOS DE LOS PRODUCTOS.....	6
	F. ESTRUCTURAS DE MERCADO.....	6
	G. COMPETENCIA PERFECTA	7
	H. MONOPOLIO	7
	I. OLIGOPOLIO.....	8
	J. COMPETENCIA IMPERFECTA.....	8
III.	MERCADO	8
	A. DEFINICIÓN.....	8
	B. ETAPAS	9
IV.	DERECHO Y RESPONSABILIDAD	11
	A. ESTRUCTURA DE RESPONSABILIDAD CIVIL	12
	B. ESTRUCTURA DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	14
V.	MEZCLA DE TEMAS	17

LIBRO SEGUNDO DERECHO DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

I.	CONCEPTO ECONÓMICO DE COMPETENCIA	22
II:	CLASIFICACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO	26

CAPÍTULO PRIMERO ESTRUCTURA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA (ANTIJURÍDICO, TÍPICO Y CULPABLE) Y CIVIL (DAÑO, CULPA O DOLO Y NEXO CAUSAL) DE UNA PRÁCTICA ANTITRUST O ANTIMONOPOLIO

I.	BIEN TUTELADO	27
II.	RESPONSABILIDAD	29
III.	ESTRUCTURA DE RESPONSABILIDAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA POR UNA CONDUCTA VIOLATORIA DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO	29

CAPÍTULO SEGUNDO
COMPORTAMIENTO QUE DAÑE EL BIENESTAR SOCIAL Y MERCADO RELEVANTE
(ANTIJURIDICIDAD)

I.	ANTIJURIDICIDAD: QUE NO SEA EFICIENTE EL COMPORTAMIENTO Y/O QUE NO DAÑE O PONGA EN RIESGO EL INTERÉS GENERAL. AFECTACIÓN CIERTA AL INTERÉS TUTELADO.....	34
A.	ARTÍCULO 1 DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO: BIENESTAR GENERAL (I) EXCEDENTE DEL CONSUMIDOR Y (II) EXCEDENTE DEL PRODUCTOR, PÉNDULO DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO Y DE CUALQUIER NORMA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO (ANTITRUST)	35
B.	NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA REGLAMENTARIA RESPECTO A LOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS POR EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COMPORTAMIENTOS VERTICALES Y HORIZONTALES (REGLAMENTO EJECUTIVO 1152 DE 2012 Y 1193 DE 2020).....	40
C.	NATURALEZA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DEFINE EL INTERÉS GENERAL DE LA CONDUCTA.....	50
II.	ANTIJURIDICIDAD DENTRO DEL MERCADO RELEVANTE.....	51
III.	CAUSAS EXCLUYENTES DE LA ANTIJURIDICIDAD.....	60
IV.	CASOS DONDE SE DEBE DEFINIR EL MERCADO RELEVANTE	64
V.	RESPONSABILIDAD PENAL POR UNA PRÁCTICA ANTITRUST	65
VI.	RESPONSABILIDAD CIVIL POR UNA PRÁCTICA ANTITRUST O ANTIMONOPOLIO.....	65

CAPÍTULO TERCERO
TIPICIDAD

TIPICIDAD	67
I. CARTELES O ACUERDOS.....	68
II. ABUSO DEL PODER DE MERCADO	70
III. ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO CONTRACTUAL O DEPENDENCIA ECONÓMICA	73
IV. INTEGRACIONES ECONÓMICAS	75
V. AYUDAS ESTATALES.....	77
VI. ACTOS DESLEALES RESTRICTIVOS.....	79

CAPÍTULO CUARTO
ACUERDOS, ARREGLOS Y CARTELES

I.	VEHÍCULOS CONDUCTORES PARA QUE SEA CONSIDERADA UNA CONDUCTA COMO CARTEL	83
II.	COMPORTAMIENTOS POR OBJETO O POR EFECTO Y REGLA DE MINIMIS	88
III.	CLASIFICACIÓN LEGAL ECUATORIANA DE CARTELES Y ACUERDOS.....	91
A.	CARTELES O ACUERDOS DE PRECIOS.....	92
B.	INTERCAMBIAR INFORMACIÓN	95
C.	MANIPULACIÓN DE LA OFERTA	100
D.	REPARTICIÓN DEL MERCADO	104
E.	REPARTICIÓN O RESTRICCIÓN DE FUENTES DE ABASTECIMIENTO	109
F.	RESTRICCIÓN AL DESARROLLO O LAS INVERSIONES.....	112
G.	COLUSIÓN EN LICITACIONES.....	115
H.	COMERCIALIZACIÓN DISCRIMINATORIA A CONSUMIDORES.....	118
I.	COMERCIALIZACIÓN DISCRIMINATORIA A COMPETIDORES.....	123
J.	INFLUENCIA PARA ADELANTAR UNA PRÁCTICA ANTICOMPETITIVA	125

K.	ACUERDOS SOBRE LA CALIDAD DE LOS PRODUCTOS	127
L.	CARTELES PARA ATAR O SUBORDINAR PRESTACIONES	129
M.	CARTELES DE VENTAS ATADAS O SUBORDINADAS.....	134
N.	CARTELES DE NEGATIVA A LA VENTA	135
O.	CARTELES DE EXCLUSIÓN DE AGREMIACIONES.....	138
P.	BOICOT.....	140
Q.	SUSPENSIÓN DE SERVICIO EN UN MERCADO INTERMEDIO.....	141
R.	CARTELES DE FIJACIÓN DE PRECIOS DE REVENTA.....	142
S.	CARTELES DE IMPOSICIÓN DE BARRERAS DE ENTRADA O SALIDA.....	147
T.	CARTELES DE FIJACIÓN DE CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD O NO COMPETENCIA.....	150
U.	CARTELES DE EXCLUSIÓN DE COMPETIDORES	155
V.	OFERTAS PÚBLICAS DIRIGIDAS	156

CAPÍTULO QUINTO
ABUSO DE PODER DE MERCADO

I.	DEFINICIÓN DE PODER DE MERCADO Y POSICIÓN DE DOMINIO.....	160
II.	DETERMINACIÓN DEL PODER DE MERCADO.....	165
III.	POSICIÓN DE DOMINIO CONJUNTO	173
IV.	ABUSO DE PODER DE MERCADO	177
V.	CLASES DE SUPUESTOS LEGALES ECUATORIANOS DE ABUSO DE PODER DE MERCADO	181
A.	ABUSO DE PODER DE MERCADO EN CONDICIONES DE CONCEN- TRACIÓN DE MEDIOS DE PRODUCCIÓN	181
B.	ABUSO POR PRECIOS PREDATORIOS O EXPLOTAUTIVOS.....	182
C.	ABUSO POR MANIPULACIÓN DE LA OFERTA Y RESTRiccIÓN AL DESARROLLO TECNOLÓGICO	186
D.	ABUSO POR COMERCIALIZACIÓN DISCRIMINATORIA A CONSUMIDORES.....	189
E.	ABUSO POR COMERCIALIZACIÓN DISCRIMINATORIA A COMPETIDORES	192
F.	ABUSO POR VENTAS ATADAS O CONDICIONADAS.....	194
G.	ABUSO POR NEGATIVA A LA COMPRA O A LA VENTA	197
H.	ABUSO POR INFLUENCIA PARA NO CONTRATAR.....	199
I.	ABUSO POR IMPOSICIÓN DE CONDICIONES CONTRACTUALES	201
J.	ABUSO POR SUBSIDIOS CRUZADOS	202
K.	ABUSO POR PRESTACIONES ATADAS.....	204
L.	ABUSO POR IMPEDIR ACCESO A FACILIDADES ESENCIALES.....	204
M.	ABUSO POR DESCUENTOS CONDICIONADOS	206
N.	ABUSO DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL	209
O.	ABUSO POR IMPLEMENTACIÓN INJUSTIFICADA DE ACCIONES LEGALES.....	212
P.	ABUSO POR INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD O NO COMPETENCIA INJUSTIFICADAS	215
Q.	ABUSO POR FIJACIÓN DE PRECIOS DE REVENTA	218
R.	ABUSO POR SUBORDINAR COMPRA O VENTA A NO CONTRATACIÓN CON TERCEROS.....	221
S.	ABUSO POR EXCLUSIÓN DE COMPETIDORES	222
T.	ABUSO POR IMPOSICIÓN DE CONDICIONES INJUSTIFICADAS	223
U.	ABUSOS EXCLUSORIOS	225
V.	ABUSOS EXPLOTAUTIVOS.....	227

CAPÍTULO SEXTO
ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE CONTRACTUAL

ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE CONTRACTUAL	228
--	-----

CAPÍTULO SÉPTIMO
INTEGRACIONES ECONÓMICAS

I.	INTRODUCCIÓN	240
II.	LA CONCERTACIÓN ECONÓMICA	242
	A. PARÁMETRO SUBJETIVO.....	242
	B. CRITERIO OBJETIVO.....	246
C.	PARÁMETRO TEMPORAL	248
III.	ACTOS DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA.....	250
IV.	NOTIFICACIÓN Y FASES DE ESTUDIO	256
V.	DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA, EXCEPCIÓN DE EFICIENCIA, REMEDIOS Y CAUSALES DE OBJECIÓN	257
	A. QUE VENGAN PRECEDIDAS DE CARTELES O ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS	257
	B. QUE LA INTEGRACIÓN AUMENTE O REFUERCE LA POSICIÓN DE DOMINIO YA OSTENTADA POR LAS INTEGRADAS, O CREE UNA NUEVA EN CABEZA DE LA EMPRESA NUEVA.....	259
	C. QUE LA INTEGRACIÓN GENERE EFECTOS PROCOLUSORIOS.....	260
	D. QUE LA INTEGRACIÓN GENERE EFICIENCIAS EXCESIVAS.....	261
	E. REMEDIOS A LAS INTEGRACIONES EMPRESARIALES	264
	F. EXCEPCIÓN DE EFICIENCIA	266
	G. CONDICIONAMIENTOS	268
VI.	EJEMPLO Y MATRIZ.....	269

CAPÍTULO OCTAVO
AYUDAS ESTATALES

I.	LA AYUDA ESTATAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	273
	A. EL RÉGIMEN DE AYUDAS ESTATALES TIENE UN ORIGEN INTERNACIONAL	273
	B. LA AYUDA ESTATAL EN LA COMUNIDAD ANDINA	275
II.	AYUDA ESTATAL EN EL ÁMBITO TERRITORIAL DE ECUADOR.....	277
	A. NATURALEZA.....	277
	B. APLICACIÓN.....	280
	C. INTERVENCIÓN EN PRECIOS.....	291

CAPÍTULO NOVENO
COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

I.	GLOBALIZACIÓN Y COMERCIO REGIONAL	295
II.	LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES	296
III.	LA DECISIÓN 608 DE 2005	298
IV.	COMPORTAMIENTOS RESTRICTIVOS	300
V.	RECOMENDACIONES EMITIDAS POR LA CAN	305
VI.	AYUDAS ESTATALES PREVIAS DE LA CAN	307
VII.	SANCIONES	308
VIII.	PREScripción.....	310
IX.	ENTES COMPETENTES	310
X.	GRAVES PROBLEMAS PROCESALES.....	312
	A. PRUEBAS EN AVERIGUACIÓN PRELIMINAR	312
	B. RECURSO DE REPOSICIÓN FRENTE A UNA DESESTIMACIÓN DE DENUNCIA.....	313
	C. PRUEBA DE POSICIÓN DOMINANTE.....	313
	D. DELACIÓN E INFORMACIÓN RESERVADA	314
	E. XI. OPINIONES FINALES.....	315

**PARTE II
DERECHO ANTIMONOPOLIO CONTEMPORÁNEO**

DERECHO ANTIMONOPOLIO CONTEMPORÁNEO	319
CAPÍTULO PRIMERO	
FACEBOOK, GOOGLE, BAJO LAS NORMAS ANTIMONOPOLIO	
FACEBOOK, GOOGLE, BAJO LAS NORMAS ANTIMONOPOLIO.....	320
I. FACEBOOK	321
A. HECHOS E INVESTIGACIONES EN EL MUNDO	321
B. ANTIJURIDICIDAD.....	326
C. TIPICIDAD.....	327
D. CULPA O DOLO.....	334
E. MATRIZ DE RESPONSABILIDAD	334
II. GOOGLE	335
A. HECHOS E INVESTIGACIONES EN EL MUNDO	335
B. ANTIJURIDICIDAD.....	341
C. TIPICIDAD.....	342
D. CULPA O DOLO.....	345
E. MATRIZ DE RESPONSABILIDAD	346
CAPÍTULO SEGUNDO	
LAS CUATRO GRANDES DE TECNOLOGÍA	
FACEBOOK, GOOGLE, AMAZON Y APPLE EN EL CONGRESO DE ESTADOS UNIDOS	
LAS CUATRO GRANDES DE TECNOLOGÍA.....	347
A. RESTABLECER LA COMPETENCIA EN LA ECONOMÍA DIGITAL.....	349
B. FORTALECIMIENTO DE LAS LEYES ANTIMONOPOLIO.....	354
C. FORTALECIMIENTO DE LA APLICACIÓN DE LAS LEYES ANTIMONOPOLIO.....	358
D. RECOMENDACIONES DE USA BAJO LA LUPA DEL DERECHO ROMANO-GERMÁNICO.....	360
CAPÍTULO TERCERO	
DERECHO DE LA COMPETENCIA Y COVID-19	
DERECHO DE LA COMPETENCIA Y COVID-19	363
I. AYUDAS ESTATALES A EMPRESAS EN CRISIS	366
II. CONCENTRACIONES ECONÓMICAS PARA SALVAR A EMPRESAS EN CRISIS QUE CREAN POSICIONES DOMINANTES CONSENTIDAS.....	368
III. FORTALECIMIENTO DE EMPRESAS CON POSICIÓN DOMINANTE.....	370
IV. CAPITALISMO DE LA VIGILANCIA Y LAS CUATRO GRANDES DE TECNOLOGÍA	370
V. LEALTAD	371
VI. ADQUISICIONES ASESINAS	372
VII: ENROQUE DE PRECIOS DE LAS VACUNAS COVID	373
CAPÍTULO CUARTO	
DERECHO ESPACIAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA	
DERECHO ESPACIAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA	375
CAPÍTULO QUINTO	
EL METAVERSO CRIPTOMONEDAS, FÍSICA CUÁNTICA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA	
EL METAVERSO Y DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	387

ÍNDICE DE EJEMPLOS

Ejemplo 1 Bien tutelado	28
Ejemplo 2 Cartel exclusorio	93
Ejemplo 3 Cartel explotativo	94
Ejemplo 4 Tiempo 1, competencia sin información	99
Ejemplo 5 Tiempo 2, con intercambio de información.....	99
Ejemplo 6 Manipulación de la oferta	103
Ejemplo 7 Reparto de clientes (demanda)	105
Ejemplo 8 Reparto de proveedores (oferta)	106
Ejemplo 9 Reparto de mercado por zonas geográficas.....	107
Ejemplo 10 Reparto de mercado de producto	108
Ejemplo 11 Repartición de fuentes de insumos productivos	110
Ejemplo 12 Restricción a las fuentes de insumos productivos	111
Ejemplo 13 Restricción de inversión en tecnología	114
Ejemplo 14 Colusión en licitaciones	117
Ejemplo 15 Comercialización discriminatoria a consumidores	120
Ejemplo 16 Comercialización discriminatoria a consumidores (cartelizado)	121
Ejemplo 17 Comercialización discriminatoria a competidores	124
Ejemplo 18 Influencia para adelantar una práctica anticompetitiva.....	126
Ejemplo 19 Acuerdos sobre la calidad de los productos	128
Ejemplo 20 Cartel para atar prestaciones entre empresas de un mismo mercado	132
Ejemplo 21 Cartel para atar prestaciones, entre empresas con venta de diferente producto, empaquetado	132
Ejemplo 22 Cartel para atar prestaciones, entre compradores	133
Ejemplo 23 Carteles de negativa a la venta, en bloque	136
Ejemplo 24 Carteles de negativa a la compra	137
Ejemplo 25 Boicot, «Motín del té», 1773.....	140
Ejemplo 26 Suspensión de servicio en un mercado intermedio	142
Ejemplo 27 Cartel de fijación de precios de reventa, con acuerdo de precios.....	145
Ejemplo 28 Cartel de fijación de precios de reventa con acuerdo discriminatorio	146
Ejemplo 29 Cartel de imposición de barreras de entrada	148
Ejemplo 30 Cartel de fijación de cláusulas de exclusividad	154
Ejemplo 31 Ofertas públicas dirigidas.....	158
Ejemplo 32 Determinación del poder de mercado.....	171
Ejemplo 33 Abuso por precios predatórios o explotativos.....	183
Ejemplo 34 Abuso por precios predatórios, sin posición de dominio	184
Ejemplo 35 Abuso por precios explotativos.....	185
Ejemplo 36 Abuso por precios explotativos, sin poder de mercado.....	186
Ejemplo 37 Abuso por manipulación de la oferta y restricción al desarrollo tecnológico	187
Ejemplo 38 Abuso por manipulación de la oferta y restricción al desarrollo tecnológico, sin poder de mercado.....	188

Ejemplo 39 Abuso por comercialización discriminatoria a consumidores	192
Ejemplo 40 Abuso por comercialización discriminatoria a competidores.....	193
Ejemplo 41 Abuso por ventas atadas o condicionadas.....	196
Ejemplo 42 Abuso por negativa a la compra o a la venta	198
Ejemplo 43 Abuso por influencia para no contratar	201
Ejemplo 44 Abuso por subsidios cruzados	203
Ejemplo 45 Abuso por impedir acceso a facilidades esenciales	206
Ejemplo 46 Abuso por descuentos condicionados	208
Ejemplo 47 Abuso de derechos de propiedad intelectual	211
Ejemplo 48 Abuso por implementación injustificada de acciones legales.....	214
Ejemplo 49 Abuso por inclusión de cláusulas de exclusividad.....	218
Ejemplo 50 Abuso explotativo	220
Ejemplo 51 Operatividad de empresas en el mercado relevante (fusión A y B) ...	270
Ejemplo 52 Operatividad de empresas en el mercado relevante (fusión C y D)...	271

ÍNDICE DE IMÁGENES

Imagen 1 Publicación The Independent, gigantes de la droga y precios altos	293
Imagen 2 Publicación Forbes, Italia multa a Facebook	325
Imagen 3 Publicación El Independiente, multa a Google.....	340
Imagen 4 Publicación La República, Google multado	340
Imagen 5 Cuota de mercado de motores de búsqueda Ecuador.	341
Imagen 6 Robot llega a Marte y es de propiedad de la NASA	375
Imagen 7 Bezos, dueño de Amazon, realiza su primer viaje espacial	376
Imagen 8 Publicación de El País, Branson viaja al espacio	376
Imagen 9 Publicación de EM Viajes, envío de turistas al espacio.....	377
Imagen 10 Naciones interesadas en viajar al espacio.....	377
Imagen 11 Publicación de El Tiempo, UE sin autonomía para conquista espacial	378
Imagen 12 Publicación de Los Angeles Times, carrera espacial de multimillonarios.....	379
Imagen 13 Publicación de #LunaEuropa, SPACEX elegida para viaje lunar.....	379
Imagen 14 Publicación de El Tiempo, Jeff Bezos demanda a la NASA.....	380
Imagen 15 Alianza empresas privadas para viajes al espacio	380
Imagen 16 Acuerdo entre SpaceX y Google para ofrecer internet satelital	380
Imagen 17 Publicación de The Independent, fallas en naves espaciales	381
Imagen 18 Publicación de The Independent, reclutamiento NASA.....	382
Imagen 19 Simulador Planeta Marte en China	382
Imagen 20 Publicación El Tiempo, acuerdo constitución ALE.....	383
Imagen 21 Publicación de El País, sueño conquista latinoamericana del espacio	383
Imagen 22 Publicación de El País, ofertas de turismo espacial.....	384
Imagen 23 Publicación de El País, colonización comercial del espacio	384
Imagen 24 Publicación de Times, robótica.....	385

Imagen 25 Robots humanoides	385
Imagen 26 Pirámide de la riqueza global	386
Imagen 27 Publicación de Forbes, el metaverso.....	388
Imagen 28 Publicación de BBC, conciencia y física cuántica.....	389
Imagen 29 Publicación de La Vanguardia, Musk implante de chips	390
Imagen 30 Publicación de bloomberg.com, Neuralink, implantes cerebrales	390
Imagen 31 BBC Mundo, febrero 1 de 2019, entrevista al físico español José Ignacio Latorre.....	392

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Teoría subjetiva de responsabilidad	13
Tabla 2 Teoría objetiva de responsabilidad	14
Tabla 3 Responsabilidad subjetiva en el derecho administrativo sancionador	15
Tabla 4 Responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador.....	16
Tabla 5 Responsabilidad sancionatoria administrativa	16
Tabla 6 Responsabilidad sancionatoria administrativa, agrupando temas	19
Tabla 7 Responsabilidad administrativa sancionatoria en derecho romano germánico	30
Tabla 8 Responsabilidad administrativa por prácticas comerciales restrictivas	31
Tabla 9 Usuarios de redes sociales, enero 2020	326

PARTE I

DERECHO ANTIMONOPOLIO TRADICIONAL

LIBRO PRIMERO

DAÑO AL MERCADO

CAPÍTULO PRIMERO

MERCADO, ECONOMÍA Y RESPONSABILIDAD JURÍDICA

I. INELUDIBLE COMBINACIÓN DE TEMAS

La economía, el mercado y el derecho cada vez se encuentran más unidos. Son materias que guardan un parentesco, lo cual significa que cada materia no es más que la otra. Son de igual importancia en el andar de las relaciones humanas.

La economía, una ciencia que en nuestro sentir contiene la crudeza de la escasez, la generosidad y la dirección del Estado.¹

El mercado representa el esfuerzo por ofrecer, por vender, girando en torno a un producto, a su precio y a su distribución.²

El derecho, a mi modo de ver, es la reproducción de la razón, de la inteligencia del hombre para el hombre. Son sus reglas, equivocadas o no. Es su juicio de responsabilidad basada en el deber ser.

La economía se desarrolla en virtud de la escasez y la abundancia. Se pretende la prosperidad trabajando para el bienestar común intercambiando bienes. Sin embargo, en la búsqueda de ese bienestar pueden presentarse comportamientos de terceros que afecten el intercambio de bienes, obte-

¹ Véase, MAURICIO VELANDIA. *El caso del monopolio, Tomo I, Capítulo VII. Economía*, Bogotá, Formato audiovisual, Disponible en <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

² Véase, MAURICIO VELANDIA. *El caso del monopolio, Tomo I, Capítulo VI. Mercado*, Bogotá, Formato audiovisual, Disponible en <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

niendo con ello un enriquecimiento injustificado. Es así como entran en interacción la economía, el mercado y el derecho. Nace así un marco normativo que castiga el daño a la economía y al mercado. Es decir, un juicio de responsabilidad por el comportamiento de un tercero que causa una afectación a la economía o al mercado, e inclusive al patrimonio privado.

En un principio es ineludible referirse por separado a cada una de las materias comprometidas para entender el bien tutelado, es decir, tanto al mercado como a la economía, para después definir un daño a ese bien tutelado causado por el comportamiento de un tercero; hacer juicios de responsabilidad por dañar a la economía y al mercado.

El Código Civil contempla en su artículo 2214 que «el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito».

Para adelantar dicha unión e intercepción de temas es necesario analizar la temática de cada uno, conceptualizar, opinar, para así desarrollar su entendimiento, pues la lectura de este libro requiere ligar los tres temas (mercado, economía y derecho), ya que serán utilizados con frecuencia conceptos de una u otra materia.

II. ECONOMÍA

A. DEFINICIÓN

La economía estudia las formas de asignar los recursos escasos.³ Algunos han definido la economía como la ciencia de la elección.

La economía estudia la forma como los individuos deciden utilizar los recursos productivos escasos o limitados (el trabajo, el equipo y los conocimientos técnicos) para producir los diversos bienes y distribuirlos para su consumo (como trigo, abrigos, conciertos, alimentos, etc.). La economía es el estudio del dinero, la banca, el capital y la riqueza.

B. CLASIFICACIÓN

La economía a su vez se divide en dos grandes ramas: la macroeconomía, que estudia el funcionamiento de la economía en su conjunto, y la

³ HOMERO CUEVAS. *Fundamentos de la economía de mercado*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 37.

microeconomía que analiza componentes específicos, como las industrias, las empresas y las economías domésticas.

La microeconomía examina la conducta de cada una de las partes de la economía como mercados, los cuales a su vez son estudiados de forma particular y profunda. La macroeconomía tiene un lente más amplio, pues analiza la producción, la inflación, la comparación regional, las divisas, las aceleraciones, los estancamientos, etc.⁴

Para el asunto que nos ocupa, solo se analizará la microeconomía, detectando más adelante comportamientos que dañan el desarrollo normal de las partes o sectores de la economía entendidos como componentes o segmentos o líneas de producción específicas.

Dentro del estudio microeconómico cobran vigencia e importancia puntos en especial: la demanda, la oferta, los productos y el precio.

C. DEMANDA

Demandá indica la cantidad de un producto que el consumidor está dispuesto y puede comprar a cada uno de los posibles precios en determinado lapso. Es importante resaltar que la demanda está relacionada inversamente con el precio, por ello, a mayor precio, menor demanda.⁵

Demandá no es lo mismo que necesidad o que deseo. Para satisfacer la necesidad se requiere contar con el dinero suficiente que permita acceder al producto. Las personas que cuentan con el dinero requerido para adquirir hacen parte de la demanda. Si no se cuenta con el dinero requerido para la compra no se hace parte de la demanda real.

Sin perjuicio de que el precio es el principal factor para medir la demanda, existen factores que influyen también para hacer esa medición:

Cambios en el ingreso del consumidor, puesto que en el supuesto de que el ingreso del consumidor aumente, este tendrá la posibilidad de comprar mayor cantidad de bienes. Para que esto ocurra, el valor de los productos debe permanecer constante.

Cambios en los precios de bienes relacionados. Los bienes relacionados son aquellos que pueden sustituir la demanda de otro. De tal suerte que se pue-

⁴ WILLIAM A. McEACHERN. *Microeconomía. Una introducción contemporánea*, 4.^a ed., México, Internacional Thomson, 1998, p. 142.

⁵ WALTER NICHOLSON. *Microeconomía intermedia y sus aplicaciones*, 8.^a ed., Bogotá, McGraw Hill, 2001, p. 57.

den sustituir unos bienes por otros cuando el precio resulta medianamente similar y otorgan la misma satisfacción de necesidades. Jugo y refrescos son sustitutos, pues ante el aumento del precio de los refrescos algunos se trasladarán a jugo (elasticidad de la demanda). De esta forma, el precio de los bienes relacionados hace también cambiar los hábitos de la demanda.

Cambios en la expectativa del consumidor: consisten en las predicciones que tiene el consumidor. Así, si dentro de sus aspiraciones laborales él supone un aumento de sueldo, comprará mayor cantidad de bienes basado en esa suposición. También cuando supone que los precios van a subir: entonces comprará en cantidad a menor precio, con lo que neutraliza el alza. Lo anterior lleva al aumento de demanda basado en expectativas.

Cambios en el número de consumidores, lo cual puede ser producto de un aumento en la población, pues en este caso el número de personas que buscarán satisfacer la necesidad cambia respecto de la producción.

Cambios en los gustos del consumidor: esto tiene relación con el agrado o desagrado. Los dos dependen de las preferencias que tengan los segmentos económicos. Sin embargo, el gusto es una variable que generalmente se mantiene constante. La información nueva acerca de productos antiguos es la principal causa de hábitos: por ejemplo, los productos a los que se les descubre colesterol llevan al cambio de preferencia.

Culminada la explicación general de los factores que influyen en la demanda, vale la pena indicar cómo es el comportamiento habitual de la misma, a fin de determinar cuándo un daño a la demanda es consecuencia del comportamiento de un tercero:

De la demanda hacen parte los consumidores, quienes tienen necesidades que desean satisfacer. A su vez los consumidores reciben un ingreso periódico llamado sueldo, jornal, mesada, etc., con el cual podrán satisfacer sus necesidades. Pero, al observar los consumidores que el ingreso que reciben no es suficiente para satisfacer todas sus necesidades, nace para ellos una restricción presupuestal, que no es más que el reconocimiento de que su ingreso no alcanza para adquirir todo lo que desean, teniendo así que renunciar a la satisfacción de algunas de sus necesidades, quedándose con las prioritarias. Al querer satisfacer una de esas necesidades prioritarias, encuentran que el mercado ofrece diferentes marcas o productos y, de acuerdo con la definición subjetiva de sus necesidades, escogerán la marca de su predilección, libres de cualquier patología de terceros que les impida ejercer su preferencia, en otras palabras, ejerce su libertad de escogencia.

D. OFERTA

La oferta es la relación entre el precio y la cantidad ofrecida. La oferta indica qué tantos bienes el productor está dispuesto y puede ofrecer a la venta por periodo a cada uno de los precios posibles. Al igual que la demanda, la oferta guarda una relación con el precio de los bienes. Los productores tienden a ofrecer más bienes para la venta cuando el precio es mayor.⁶

Entonces, si el precio aumenta, los productores estarán dispuestos a ofrecer más. Al mismo tiempo aumenta la oportunidad de negocio, ya que según el costo de oportunidad de este negocio permitirá obtener un mejor retorno respecto de otros.

Es necesario diferenciar la oferta de mercado con los bienes ofrecidos. La oferta de mercado es el valor promedio de los bienes, en tanto que el concepto de bienes ofrecidos corresponde a la cantidad de unidades disponibles.

Aparte de la variable del precio para los cambios de la oferta, existen otras variables importantes para que esta se modifique:

El *cambio en la tecnología*, ya que hace más eficiente la operación. En tal sentido, las empresas producen a menores costos lo cual se ve reflejado en el precio. Así pueden producir y vender más bienes aumentando su utilidad por volumen.

El *cambio en los precios de los recursos relevantes*, es decir, de los insumos. De tal suerte que la oferta aumenta si los costos de los insumos bajan y en sentido contrario si los costos de los insumos suben, la oferta baja. En conclusión, el valor de los insumos tiene un efecto en la oferta.

El *cambio en los precios de bienes alternativos*: está relacionado con el costo de oportunidad. En tal medida, si la utilidad que reporta el negocio no es alta y existen otros negocios que reportan una mejor oportunidad, la oferta se desplazará hacia el negocio más rentable, dejando de producir en el anterior.

Los *cambios en las expectativas del productor*, ya que en su horizonte puede intuir el aumento de precios dejando en ese instante de ofertar esperando el futuro de su expectativa. En el mismo sentido, si la expectativa es que el precio baje en un futuro podría generar un desplazamiento de los recursos hacia otro sector.

El *cambio en el número de productores*, puesto que en la medida en que aumente o disminuya el número también aumentará o disminuirá la cantidad de bienes ofrecidos.

6 *Idem.*

Mencionados algunos factores que participan en la formación de la demanda, se señala ahora el desarrollo habitual de la oferta, a fin de detectar posteriormente si el comportamiento de un tercero es causa de su daño a la oferta.

De la oferta hacen parte las empresas, quienes son las encargadas de proponer negocios, satisfaciendo necesidades de los consumidores. Dicho proceso de oferta requiere de una inversión en dinero por parte de las empresas, a cambio de lo cual, el Estado les brinda un entorno jurídico de protección a la inversión. Bajo ese entorno las empresas son libres de escoger qué producto o servicio ofrecerán; cómo venderán esos productos, es decir, bajo qué condiciones; cuándo los pondrán a la venta, en circunstancias de tiempo; y dónde adelantarán su actividad, en otras palabras, el territorio donde sentarán su negocio. Ninguna persona puede limitar los derechos que tiene cualquier empresa de elegir un mercado. Esto es lo que se conoce como libertad de entrada, libertad de empresa o libertad empresarial.

E. MERCADOS DE LOS PRODUCTOS

El mercado de los productos se constituye cuando existen compradores y vendedores. Los primeros pagan un precio y los segundos lo reciben. Todo alrededor de un precio. Nace acá un conflicto que se resuelve en el mercado.

Mercado es el lugar geográfico donde se cruzan las empresas interesadas en ofrecer un producto con los sujetos económicos interesados en satisfacer sus necesidades, es decir, donde se adquiere un bien o servicio a cambio de un precio.⁷

Dentro de un mercado se encuentran interactuando: 1. Sujetos de la oferta, las empresas; 2. Sujetos de demanda, adquirentes y consumidores; 3. Un territorio; 4. Los bienes objeto de la relación negocial; y 5. Un precio.

El desarrollo de estas variables es una constante en todos los ciclos de la cadena de mercado.

F. ESTRUCTURAS DE MERCADO

La estructura de mercado describe las características importantes de un segmento, como el número de empresas que lo integran, la uniformidad del producto entre las distintas empresas, factibilidad de ingreso y tipos de competencia.

7 CUEVAS. *Fundamentos de la economía de mercado*, cit., p. 308.

Las estructuras de mercado son: competencia perfecta, monopolio y competencia imperfecta.⁸ De allí parten otras estructuras como son el duopolio, el oligopolio o el monopsonio.

G. COMPETENCIA PERFECTA

La *competencia perfecta* se presenta cuando existen numerosos compradores y vendedores plenamente informados respecto de un producto homogéneo, sin ningún tipo de obstáculos para que las empresas ingresen o salgan a largo plazo. En otras palabras, cada vendedor tiene una porción pequeña del mercado, el producto es igual y no existen muchas diferencias entre uno y otro. No existe asimetría de la información, y todos tienen acceso fácilmente a las bondades del producto.

Al presentarse estas características, los participantes individuales no tienen control alguno sobre el precio, y este es determinado por la oferta y la demanda. El mercado establece el precio. La cantidad ofrecida por una empresa es tan pequeña que no influye en la determinación del precio de mercado.

La competencia perfecta es una estructura lejana en un mercado, resulta teórica.

H. MONOPOLIO

Monopolio es una palabra de origen griego que significa «una sola empresa». Esta empresa se encuentra sola en el mercado y enfrenta toda la demanda. Al enfrentar sola toda la demanda decide qué cantidad de bienes producir; así, su voluntad es la que determina el precio.

Se presenta un monopolio cuando las empresas encuentran imposible entrar o cuando la rentabilidad del negocio no es atractiva, lo que es conocido como las barreras de entrada al mercado.

Existe un monopolio natural cuando las empresas grandes ya establecidas resultan más rentables, eficientes y productivas que las pequeñas que entran. De esta suerte, no existen condiciones favorables para competir con la ya establecida, lo cual no estimula la entrada o permanencia.

Se presenta monopolio legal cuando la regulación interna de un país adjudica un mercado a una empresa en especial, de modo que esta es la única que puede ofrecer productos y los consumidores se ven obligados a comprarle solo a ella.

8 McEACHERN. *Microeconomía. Una introducción contemporánea*, cit., p. 210.

I. OLIGOPOLIO

Se trata acerca de una estructura económica donde existen pocos oferentes en el mercado y muchos compradores. En materia de derecho de control de poder de mercado hace nacer la problemática de posición de dominio conjunta regulada en la ley, donde los participantes del mercado se encuentran intercomunicados y se aprovechan de ello para sacar ganancia individual.

J. COMPETENCIA IMPERFECTA

El modelo de competencia imperfecta se sitúa entre el modelo de competencia perfecta y el monopolio.

La primera variante se presenta en el modelo cuasicompetitivo o conocido como oligopolio. Dentro de esta estructura de mercado existe un número reducido de empresas cuyo comportamiento es interdependiente. Son pocas las empresas que dominan el mercado. Tres o cuatro empresas aportan más de la mitad de la oferta. La oferta de cada oligopolista afecta la política de los demás competidores.

La segunda variante es el modelo de cartel que tiene abonado el terreno cuando existe un oligopolio. Dentro de este modelo las empresas coordinan sus decisiones para actuar como un monopolio de múltiples plantas. Los costos y las utilidades para todos los agentes económicos son los mismos. Las empresas no compiten y comparten los beneficios del monopolio. Esta estructura, sobra decirlo, es ilegal.

La tercera variante es el modelo de duopolio, En esta estructura de mercado solo aparecen dos productores, los cuales compiten entre sí. La redistribución de cada competidor depende de la estrategia del otro competidor. Desarrollan su mercado entre instantes de competencia, paralelismo o abusos conjuntos.

La cuarta variante es el monopsonio, situación en la cual una empresa es la única contratante de un determinando mercado de insumos, donde puede llegar a abusar de su dominio.

III. MERCADO

A. DEFINICIÓN

Mercado es el lugar territorial en donde se cruzan las empresas interesadas en ofrecer un producto con los sujetos económicos interesados en satisfacer sus necesidades con la adquisición de ese bien o servicio.

Dentro de un mercado se encuentran interactuando sujetos de oferta, sujetos de demanda, un territorio, unos bienes objeto de la relación negocial y un precio. El desarrollo de estas variables es una constante que se presenta dentro de un ciclo a lo largo de la cadena de mercado. Son varias las etapas que deben ser recorridas para la configuración de un mercado.⁹

B. ETAPAS

Las etapas del mercado son: 1. La de *libertad empresarial*. Dentro de esta etapa un empresario elige una actividad económica para desarrollarla. Para ello estudia el mercado identificando las barreras de entrada que existen en ese segmento. Observa el entorno del mercado, determina los competidores, las preferencias de los consumidores, el grado de especialidad de los productos, los sustitutos de los bienes, la procedencia empresarial, los costos, el precio de los competidores y la rentabilidad que le puede dar en un futuro el negocio.¹⁰ En tal sentido, el empresario observa las oportunidades de negocio (tasa de interés de oportunidad) y escogerá la que más le reporte retorno (tasa interna de retorno).

En caso de no encontrar grandes barreras naturales o artificiales, el interesado decide hacer empresa en ese segmento. Entonces constituye una estructura jurídica a través de la cual ejercerá la actividad. Adquirirá materia prima procediendo a transformarla, implementándole tecnología y mano de obra, y obtiene por último productos terminados.

Culminado el proceso productivo se inicia la etapa dos, la *etapa de distinción*. Dentro de esta etapa el comerciante pretende que sea conocida su estructura empresarial, así como sus productos. Para ello se bautiza a sí misma, y a sus productos con expresiones que solo ella podrá utilizar y sobre las cuales ostentará un monopolio dentro del segmento en que participe: será la única que podrá utilizar dichas expresiones. En esta etapa se hace referencia especial al nombre comercial y a la marca. La primera identifica al empresario y la segunda identifica al producto.

Agotada la etapa dentro de la cual se obtiene el derecho sobre ciertas expresiones, mediante las cuales serán conocidos la empresa y sus productos, se inicia la etapa tres, la *etapa de posicionamiento* en la cual el comerciante inicia las campañas publicitarias para hacer que el consumidor sepa de su existencia. Sin hacer uso de la publicidad, el consumidor difícilmente sabría de la vida que otorgan los signos escogidos. Para ello, el empresario utiliza

9 CUEVAS. *Fundamentos de la economía de mercado*, cit., p. 88.

10 La teoría de lo lleno y lo vacío. Es más fácil entrar en lo que está vacío que en lo que está lleno (teoría de la cultura china).

medios publicitarios a través de los cuales viajan mensajes publicitarios que son recordados al momento en que el consumidor quiera satisfacer su necesidad.

Una vez conocidos los productos por el mercado, se inicia de inmediato una cuarta fase, la *etapa de distribución*. En ese momento decide si adelanta esta labor a través de una red interna o con una red ajena a su empresa. En el primer caso son sus trabajadores quienes adelantan tal labor de promoción y venta. En el segundo caso son terceros ajenos a la empresa quienes ejercen tal función haciendo para su contratación uso de los múltiples negocios jurídicos y figuras que existen en nuestro régimen para crear mecanismos que permitan rápidamente responder a la demanda de los consumidores con intermediarios-asesores o con otras empresas bajo un simple sistema de reventa; así se constituye la cadena de distribución. En ese momento debe decidirse la forma del canal y su intensidad.¹¹

La forma del canal depende del desarrollo de la empresa. Entre otros se encuentra la siguiente estructura del canal:

- Fabricante-consumidor
- Fabricante-detallista-consumidor
- Fabricante-minorista-detallista-consumidor
- Fabricante-mayorista-minorista-detallista-consumidor
- Fabricante-agente-mayorista-minorista-detallista-consumidor

La cadena de valor termina con la *etapa del momento de la verdad*, una quinta etapa llamada también de compraventa. Se denomina «momento de la verdad» ya que si la empresa no vende productos no obtendrá ingresos y, por ende, no podrá repartir utilidades, sino que obtendrá pérdidas y estará destinada a desaparecer. Entonces debe convencer al consumidor a probar, y adicionalmente debe esperar que al consumidor le guste el producto, para así romper la fidelidad que tenía el comprador con una marca anterior. En el proceso de escogencia los consumidores observan las calidades y características de los bienes ofrecidos buscando una identidad entre lo ofrecido con lo escogido. La falta de identidad entre lo ofrecido y lo obtenido genera en el consumidor derechos para que este pueda quedar satisfecho con su necesidad, lo cual se denomina efectividad de la garantía.

11 WILLIAM STANTON, MICHAEL ETZEL y BRUCE WALKER. *Fundamentos de marketing*, 11.^a ed., México, McGraw Hill, 2000, pp. 122 a 140.

El proceso de mercado culmina cuando el consumidor se siente satisfecho con lo recibido, y es sano para el mercado la existencia de una multiplicidad de empresas oferentes, que generan con su presencia una variedad de bienes, servicios y precios.

Como se observa, a lo largo de la cadena del mercado existen múltiples etapas, desde el inicio de una empresa hasta que es entregado un producto al consumidor y este obtiene una satisfacción, conjugando la oferta, la demanda, un producto y un territorio.¹²

IV. DERECHO Y RESPONSABILIDAD

El derecho romano-germánico, por ser un derecho escrito, está compuesto a su vez por normas escritas.¹³

Cada una de esas normas contiene unas hipótesis de comportamientos prohibitivos o permisivos. Esas hipótesis de comportamiento (supuestos fácticos) están compuestas por los denominados «elementos de la norma», los cuales, al guardar identidad con un comportamiento humano llevan de manera directa a una consecuencia jurídica.

La adecuación normativa comentada no es más que lo que se conoce por «tipicidad». Sin embargo, en materia civil dicha adecuación entre norma y comportamiento humano solo conlleva a una consecuencia jurídica absoluta cuando el contenido de la norma indica que se trata de una «presunción de derecho», la cual, por definición legal, no admite prueba en contrario —en algunas legislaciones la presunción de derecho es figura prohibida—. Es decir, si en la norma se indica que se trata de una presunción de derecho, la adecuación entre norma y comportamiento humano conlleva de manera absoluta y única a la consecuencia jurídica, por no admitirse prueba en contrario.

Pero si la norma, dentro de su contenido no tiene dicha especificación de ser «presunción de derecho», se tiene que la adecuación entre norma y comportamiento humano no siempre conlleva a la consecuencia jurídica, pues dicha identidad admite prueba en contrario, la cual estará probatoriamente

12 MAURICIO VELANDIA, *Derecho de la Competencia y del Consumo*, Universidad Externado de Colombia, 2012.

13 Véase, MAURICIO VELANDIA. *El ocaso del monopolio, Tomo I, Capítulo IV. Estructura del Derecho*, Bogotá, Formato audiovisual, Disponible en <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

en cabeza de la parte demandada, quedándole solo la posibilidad de alegar que, no obstante la adecuación señalada, el comportamiento estudiado no afecta el bien tutelado salvaguardado por la norma.

Así, el juicio deja de ser solo tipicidad y se convierte en un verdadero juicio de responsabilidad, probándose la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, si es que se trata de un juicio sancionatorio administrativo, siendo lo más importante dentro del juicio definir cuál es el bien tutelado salvaguardado por la norma, pues la sola tipicidad no brinda seguridad de responsabilidad, dado que un comportamiento puede ser típico pero no antijurídico.

Es tan importante la definición de bien tutelado salvaguardado que puede ocurrir que, ante el daño a un bien tutelado, sin que exista una norma que lo prohíba, se hable de abuso de derecho. En materia de derecho administrativo sancionatorio algunos afirman que el abuso de derecho no tiene aplicación, pero otros indican que en dicha rama del derecho la tipicidad es mucho más flexible.

Dicho lo anterior, es necesario adelantar unas cortas notas acerca de responsabilidad.¹⁴

Responsabilidad es la obligación de reparar el daño. Es la obligación de responder por sus actos. Es la sanción jurídica de comportamientos.¹⁵

Teniendo en cuenta que dentro del derecho de la competencia se presenta una vulneración administrativa y una vulneración civil, se hace necesario definir algunos aspectos de una y otra responsabilidad, para que así, al llegar a tratar los temas pueda apreciarse la estructura de responsabilidad cuando se afecte el bien jurídico tutelado para uno y otro caso y adelantar juicios dentro del derecho romano-germánico.

A. ESTRUCTURA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil está basada en la reparación del daño.¹⁶ Las fuentes de este tipo de responsabilidad son el contrato, el delito y cuasidelito y la ley.

14 Véase, MAURICIO VELANDIA. *El ocaso del monopolio, Tomo I, Capítulo V. Regímenes de Responsabilidad*, Bogotá, Formato audiovisual, Disponible en: <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en YouTube: <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

15 FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 182 a 194.

16 RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ. *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1993, p. 127.

La primera fuente agrupa el estudio de la responsabilidad civil contractual, en tanto que las dos siguientes fuentes hacen parte de la responsabilidad civil extracontractual. En cada una de ellas se desarrolla la tesis objetiva y subjetiva de responsabilidad. La responsabilidad sancionatoria administrativa nace en razón de las facultades de supervisión y control que ejerce el Estado.

Dentro de la teoría subjetiva cobra vigor el elemento doloso o culposo, es decir la intención y voluntad del responsable en el desarrollo del comportamiento. En lo civil se requiere la presencia de tres elementos: el daño, el dolo o culpa grave y el nexo causal entre los dos. Dentro de esta clase de responsabilidad se observa el comportamiento de quien causó el daño, la diligencia y previsión que se tuvo en su ejecución, así como la antijuridicidad del mismo. La relación causal se rompe por la diligencia y prudencia, así como por la causa extraña, es decir, caso fortuito o fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o hecho de un tercero.¹⁷

Tabla 1
Teoría subjetiva de responsabilidad

Tipo de responsabilidad	Elemento
	Daño
Responsabilidad civil	Culpa o dolo
	Nexo causal

Otra es la teoría objetiva de responsabilidad, cuyo fundamento no es la culpa. La culpa deja de ser un elemento y se pasa a observar la consecuencia del comportamiento en la víctima, tratando de restablecerle el daño sufrido por la ejecución del hecho riesgoso. Basta con comprobar que el daño se genera por la realización del comportamiento riesgoso.

Para romper el vínculo de responsabilidad solo puede alegarse una causa extraña.¹⁸

17 ARTURO ALESSANDRI. *Responsabilidad extracontractual en el Derecho civil*, Santiago, Ediar, 1983.

18 DE ÁNGEL YAGÜEZ. *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 83.

Tabla 2
Teoría objetiva de responsabilidad

Tipo de responsabilidad	Elemento
	Daño
Responsabilidad civil	Hecho generador
	Nexo causal

En cuanto al elemento daño, tanto para la teoría subjetiva como para la teoría objetiva, es necesario para su configuración que el mismo sea cierto, directo, que lesione un interés legítimamente protegido, así como que no haya sido indemnizado.¹⁹

Es importante indicar que la responsabilidad civil contractual tiene otra forma de ser estudiada, lo cual se adelanta bajo el formato de (i) obligaciones de medio y (ii) obligaciones de resultado. Se afirma desde ahora que como consecuencia de un incumplimiento contractual se pueden generar asuntos de competencia desleal y/o asuntos de prácticas comerciales restrictivas.

B. ESTRUCTURA DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Tiene aplicación ante el incumplimiento de un deber contenido en el ordenamiento jurídico o del interés público. Este tipo de responsabilidad no pretende reparar el daño. Se castiga con pena punitiva o multa en pro de la prevención especial. Por ser una manifestación del ordenamiento punitivo, se ha pregonado en su aplicación los principios del derecho penal, pero aminorados. De tal suerte, el comportamiento debería ser típico, antijurídico y culpable.

La aplicación de estos principios se ha justificado a través de la figura del *ius puniendi*, que es como se conoce a la potestad sancionatoria del Estado. El *ius puniendi* es único, sin embargo, tiene dos manifestaciones, el derecho penal y el administrativo sancionatorio.²⁰ Es este dogma el que justifica la extrapolación de los principios del primer régimen al segundo.

19 JAVIER TAMAYO. *De la responsabilidad civil*, Bogotá, Temis, 1999, p. 77.

20 ALEJANDRO NIETO. *Derecho administrativo sancionador*, 5.^a ed., Madrid, Tecno, 2002, pp. 31-32.

No se pretende de ninguna manera equiparar los dos sistemas o desdibujar su independencia, sino poner de presente que los principios y garantías del derecho penal tienen aplicación en el administrativo sancionatorio debido a que ambos son manifestaciones de la potestad sancionatoria del Estado.²¹ Algunos, incluso, sostienen que el delito y la infracción administrativa «son esencial, material y sustancialmente idénticas» ya que ambas responden al poder punitivo del Estado y a la necesidad de tutelar bienes jurídicos con mayor o menor relevancia social.²²

La tipicidad se presenta cuando la acción u omisión encaja en una descripción legal.

Existe antijuridicidad cuando el comportamiento contraviene el ordenamiento legal lesionando o poniendo en peligro, sin justa causa, un interés jurídicamente tutelado.

Se habla de culpabilidad cuando al sujeto se le puede hacer un juicio de reproche por su comportamiento material y psicológico que lesionó el mencionado bien jurídico.²³

Tabla 3

Responsabilidad subjetiva en el derecho administrativo sancionador

Tipo de responsabilidad	Comportamiento
Responsabilidad administrativa	Típico
	Antijurídico
	Culpable

A nivel nacional existe una corriente por parte del contencioso que pregoná la responsabilidad objetiva en materia de derecho administrativo sancionador, excluyendo la culpabilidad de esa estructura, situación que no comparten otras corrientes. Para esta corriente, la estructura de responsabilidad estaría conformada así:

21 MANUEL GÓMEZ TOMILLO & ÍNIGO SANZ RUBIALES. *Derecho administrativo sancionador. Parte General*, 4.^a ed., Navarra, Arazandi, 2017, pp. 68-73.

22 *Id.* p. 75.

23 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Curso de Derecho administrativo II*, 8.^a ed., Bogotá, Civitas, 2002, p. 347.

Tabla 4

Responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador

Tipo de responsabilidad	Comportamiento
Responsabilidad administrativa	Típico Antijurídico

Las causas excluyentes de antijuridicidad son: el ejercicio legítimo de un derecho, la legítima defensa y el consentimiento del comportamiento.

Considero que el concepto de daño como figura reparadora del derecho civil es en este caso administrativo remplazado por la antijuridicidad, donde se castiga la vulneración al interés tutelado por la administración. Me aventuro a señalar que la noción de daño también es aplicable en el caso de la responsabilidad dentro del derecho administrativo sancionador, no a un interés privado, pero sí a un interés colectivo o interés tutelado a través de la antijuridicidad, pero no cuantificada monetariamente. La descripción del tipo, es decir la tipicidad, permite cumplir con el debido proceso. Por último, el elemento culposo y doloso guarda armonía sin diferenciarse del régimen civil.

Tabla 5

Responsabilidad sancionatoria administrativa

Tipo de responsabilidad	Comportamiento
Responsabilidad sancionatoria administrativa	Típico: se entiende que existe una norma previa. Antijurídico: erosión al interés público. Dolo, intención o culpa: negligencia o imprevisión.

Siendo así la responsabilidad sancionatoria administrativa un tipo de responsabilidad particular donde prima la prevención especial.

También existe el tema de responsabilidad civil y penal, aplicable al tema de derecho de la competencia o de control de poder de mercado, del cual se hablará más adelante.

V. MEZCLA DE TEMAS

Un gráfico puede resumir y combinar lo dicho hasta el momento, específicamente el desarrollo de la economía y del mercado, evidenciando la generosidad del tema en su agrupación, donde finalmente se mezcla con la teoría general de responsabilidad sancionatoria administrativa que llega como invitada para ser parte del grupo.

MERCADO

Son cinco etapas a través de las cuales se desarrolla el mercado:

- Primera etapa: la persona escoge actividad económica.
- Segunda etapa: la empresa necesita identificarse mediante signos distintivos (marcas y nombres).
- Tercera etapa: se requiere emitir publicidad para que el mercado-meta sepa de la existencia de la empresa.
- Cuarta etapa: la empresa requiere decidir la forma como distribuirá el producto: de manera directa e indirecta, decidiendo la forma del canal (representante, agente, mayorista, minorista, detallista, etc.), así como su intensidad del mismo (selectivo, masivo o exclusivo).
- Quinta etapa: es el «momento de la verdad» para que la empresa logre: 1. que el consumidor pruebe, es decir, se atreva a la novedad; y, 2. que le guste, rompiendo la fidelidad con la marca anterior.

ECONOMÍA

Demanda

- De ella hacen parte los consumidores.
- Desean satisfacer necesidades.
- Reciben un dinero.
- Observan que la satisfacción de todas sus necesidades supera su capacidad económica (restricción presupuestal).
- Solo pueden satisfacer las primarias, renunciando a las secundarias.
- Eligen la preferida, desarrollando su libertad de escogencia.

ECONOMÍA

Oferta

- De ella hacen parte las empresas.
- Desean invertir dinero en una actividad económica, esperando un buen retorno (TIR).
- Escogen:
 1. Qué venden.
 2. Dónde lo venden.
 3. Cuándo lo venden.
 4. Cómo lo venden.
- Mediante estas facultades una empresa ejerce su libertad empresarial.

RESPONSABILIDAD

Existen acá tres clases de responsabilidades que le dan entorno al derecho de la competencia: la responsabilidad del derecho administrativo sancionador, la responsabilidad civil y la responsabilidad penal.

La responsabilidad subjetiva tendrá la siguiente configuración:

Dentro de la responsabilidad civil se tendrá como elementos:

- El daño;
- La culpa;
- El nexo causal.

Cuando se trate de responsabilidad del derecho administrativo sancionador, la estructura de responsabilidad será:

- Tipicidad;
- Antijuridicidad y
- Culpabilidad.

Más adelante se hablará, de manera general, del derecho penal aplicable al tema de derecho de control de poder de mercado (antimonopolio o de competencia).

Agrupando temas se tendría un esquema de responsabilidad sancionatoria administrativa, así:

Tabla 6

Responsabilidad sancionatoria administrativa, agrupando temas

Tipo de responsabilidad	Comportamiento
Responsabilidad sancionatoria administrativa	Típico: cartel o abuso.
	Antijurídico: erosión al mercado o a la economía.
	Dolo o culpa: intención o negligencia o imprevisión.

El derecho de los mercados es una nueva rama, contemporánea, que se presenta como una rama especializada en la cual se aglutinan los derechos y obligaciones que poseen las empresas para ejercer la libertad de entrada a una actividad comercial y los consumidores en desarrollo de su libertad de escogencia. En virtud de este derecho, los consumidores quedan satisfechos con lo adquirido y se reprime administrativa y jurisdiccionalmente a quienes implementen distorsiones que impidan el desarrollo de las mencionadas libertades.

La diversidad de relaciones que se presentan a lo largo de la cadena del mercado lleva a que el derecho de los mercados sea dividido en diferentes ramas:

Derecho de control de poder de mercado o de la competencia, rama que salvaguarda la intervención del Estado en la economía, en busca de proteger el interés público, así como la propiedad privada. Este tema a su vez se divide en: *prácticas comerciales restrictivas*, subtema que agrupa la prohibición de comportamientos de empresas que impiden el libre juego de oferta y demanda dentro de un mercado, castigando los acuerdos y actos restrictivos, así como el abuso de la posición dominante de los agentes económicos. Dentro de la misma materia se cuenta con labores preventivas como es la autorización sobre operaciones de integración empresarial, luchando contra la excesiva concentración de poder económico, dispersando el poder, siempre en un contexto de libertad, no de impedimento de esta. Esta rama se sitúa en el mercado-institución. Su finalidad es proteger la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor y la redistribución equitativa del dinero dentro de una economía (el orden público económico). El otro subtema es *competencia desleal*. Normatividad que involucra la defensa de los empresarios frente a ataques perpetrados por participantes de un mercado que afectan la concurrencia. Su base fundamental radica en el reproche a comportamientos con los cuales se afecta la competitividad, se amenaza o causa daño a una empresa. Su finalidad última es proteger el interés privado, es decir, la propiedad, situando el tema en el mercado negocio-individual.

Signos distintivos. Materia cuya finalidad es que las empresas sean individualizadas en el mercado mediante expresiones que distinguen a la persona, el establecimiento y sus productos de las demás empresas competidoras. El mercado solo puede escoger a aquel que se identifica y diferencia por medio de signos distintivos, siendo estos signos bienes integrados dentro del patrimonio de una empresa, sobre los cuales ejerce un monopolio que debe ser protegido de ataques adelantados por terceros.

Régimen publicitario. Sistema bajo el cual se pretende persuadir a través de mensajes a un grupo de personas conservando en ellas un grado de recordación o imagen que será tenido en cuenta al momento en que el consumidor haga su elección. Para adelantar esta gestión debe tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos: durabilidad, ambiente de difusión, concentración provocada, base o universo, grupo objetivo-target, cobertura, penetración y audiencia. Todos estos aspectos deben adelantarse bajo una libertad de expresión que no contrarie las normas de mercado.

Canales de distribución. Acápite que determina los negocios jurídicos que pueden ser contratados por las empresas para manejar su red de distribución con terceros ajenos a la empresa. Dentro de este punto se agrupan los contratos atípicos y típicos utilizados por los comerciantes para profundizar y dar respuestas rápidas a la demanda volviendo eficiente el alcance de sus productos. De acuerdo con la figura adoptada, una empresa podrá fijar comportamientos de su cadena de distribución, situación que no puede ser adelantada bajo otro contrato de distribución.

Protección al consumidor. Los problemas de asimetría de la información dentro de un mercado, en donde las empresas vendedoras poseen mayor información que los consumidores, han creado un sistema de protección implementado por el legislador encaminado a crear estándares mínimos de calidad en los productos puestos en el mercado, estos estándares deben ser observados por las empresas al momento de comercializar sus bienes, y se les exige en todos los casos la identidad y cumplimiento de las calidades ofrecidas frente a lo entregado, pudiéndose alegar responsabilidad por producto defectuoso, responsabilidad en el proceso de producción o responsabilidad por información engañosa o insuficiente. No debe olvidarse que en todo negocio jurídico existen cargas para las partes, como la carga de sagacidad que debe tener un consumidor al momento de contratar. A través de la protección al consumidor se salvaguarda la legítima expectativa del consumidor frente a un comerciante, que es un profesional en su actividad.

En este libro, como se anunció en la introducción, será abordado el tema de Derecho de Control de Poder de Mercado y en la segunda edición se hablará de Competencia Desleal.

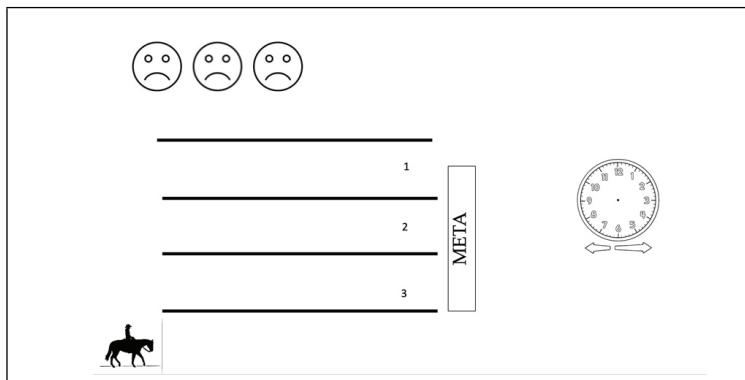
LIBRO SEGUNDO

DERECHO DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

I. CONCEPTO ECONÓMICO DE COMPETENCIA

Las normas de Control del Poder de Mercado buscan y protegen a la «competencia». La competencia es el enfrentamiento de las empresas por la clientela. El diccionario de la Real Academia de la Lengua define *competencia* como la «disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa». Se trata de luchar por ser escogido, de ganar. Para ello una empresa determina las necesidades que tiene un consumidor y trata con su actividad de satisfacer dicha necesidad a fin de buscar el beneplácito del mercado.

La competencia se explica de mejor forma mediante el siguiente gráfico. En el juego, denominado «la carrera de caballos» se grafica la competencia, se observa una pista de carrera equina, tres carriles, unos espectadores y un reloj.

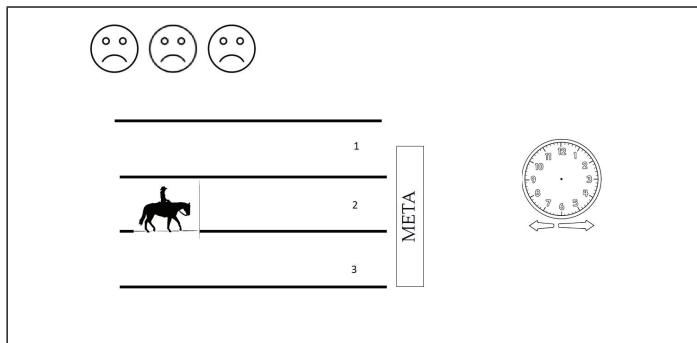


En el gráfico se refleja:

- Una carrera de caballos.
- Las caras son espectadores.
- Se encuentra un caballo por fuera de la pista.
- Un reloj.

El hipódromo representa un mercado, cuyo dueño es el Estado. Las caras representan a los espectadores. Existe un caballo por fuera de la pista. Por último, el reloj marca el tiempo de cada caballo.

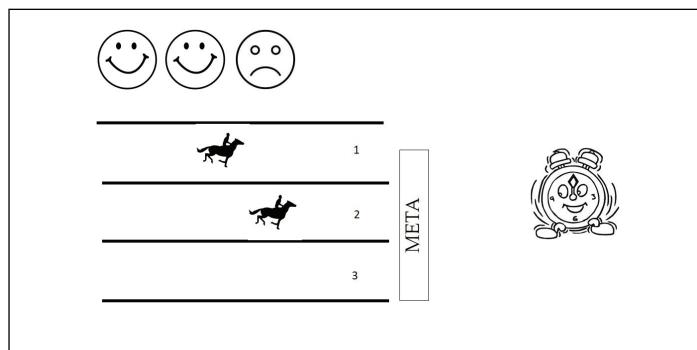
Primera escena del juego



- Un caballo en la pista.
- El reloj solo marca para el único en la pista.

En la primera escena del juego solo existe un competidor. Trote, corra, camine, él siempre será el ganador pues no cuenta con competencia. Con seguridad, el tiempo no va ser bueno, ya que no está siendo exigido por otro competidor. Los consumidores no tienen opción de escoger a otro diferente.

Segunda escena del juego

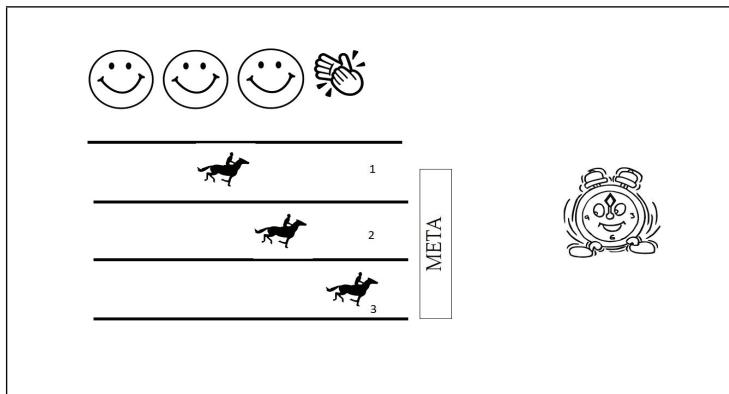


- Dos caballos en pista.
- El reloj mejora en resultado de la carrera.

En un segundo escenario aparecen dos carriles llenos. Los participantes compiten entre sí. El tiempo no es manejado por uno solo de los caballos.

Si alguno de ellos trotta, el otro muy seguramente ganará. En tal sentido, el tiempo mejora debido a la lucha de los dos por el premio. Existen espectadores satisfechos por la mejoría del espectáculo. Pero aún queda un carril vacío.

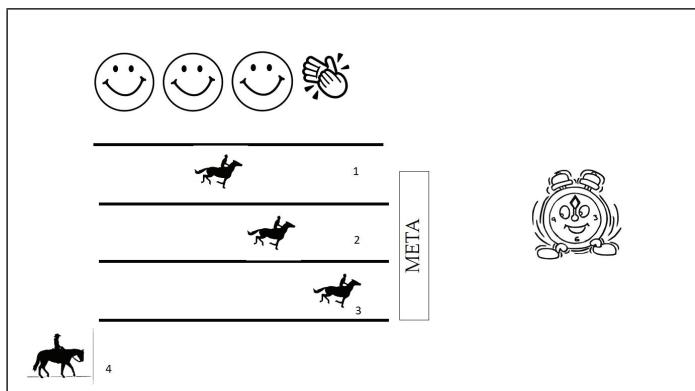
Tercera escena del juego



- Tres caballos.
- Los espectadores contentos.
- El reloj mejora

En un tercer escenario, aparecen los tres carriles llenos. Los participantes compiten entre sí. El tiempo mejora aún más. Son más los espectadores satisfechos, quienes cuentan ya con tres opciones. Los jinetes y caballos se esfuerzan por ganar.

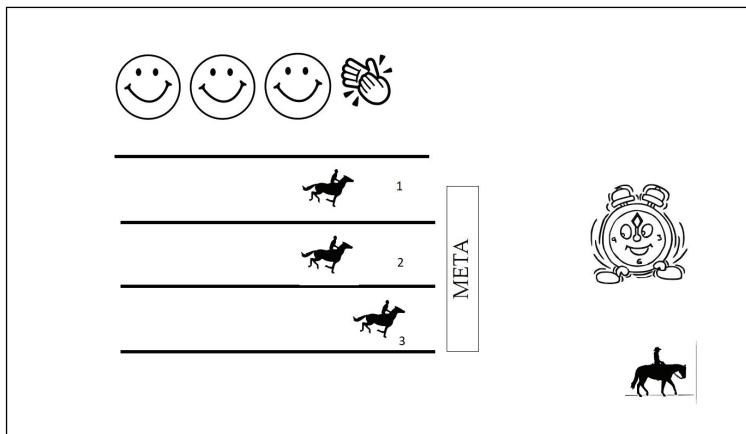
Cuarta escena del juego



- Tres caballos y jinetes.
- Uno afuera más veloz.
- El reloj igual.

En el cuarto escenario, no obstante que los carriles se encuentran llenos, existe un cuarto dúo (caballo y jinete) que quiere entrar a competir. La entrada del cuarto, sin la salida de uno de los otros, daña el espectáculo. El dueño del hipódromo tiene que pensar si sostiene a los tres antiguos o permite la entrada de uno nuevo. El tiempo se mantiene constante mientras el dueño del estadio decide. Es decir, no por mucho tiempo.

Quinta escena del juego



- Tres jinetes y caballos en pista.
- Sale el de peor tiempo y entra uno nuevo más veloz.
- El reloj mejora.

En la quinta escena del juego, el dueño del hipódromo permite la entrada del nuevo jinete y caballo, quienes demuestran que corren más rápido que los otros. La decisión se basa en que el tiempo puede mejorar. La salida de uno de ellos se debe a la entrada de alguien mejor. Por tanto, no es aventurado afirmar que la ineficiencia de uno de ellos es la causa de su salida (culpa de la víctima). Los espectadores ven que el tiempo puede mejorar y que las alternativas cada vez son más eficientes.

Cada una de las escenas se puede interpretar así: el Estado es el dueño del hipódromo; las empresas son los jinetes y los caballos; los consumidores son los espectadores; el precio es el tiempo.

Con este simple juego económico se explica la importancia de la competencia, donde la eficiencia es la herramienta utilizada para permanecer en el mercado y al mismo tiempo la que permite una mejor escogencia del consumidor.

II. CLASIFICACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

El Derecho de la competencia se divide en dos grandes ramas: competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas, mejor conocidas como antitrust o antimonopolio.²⁴ Sin embargo, esta es una clasificación mucho más moderna y completa que la que se encuentra en el extranjero donde se trata el tema antitrust de manera separada y aislada del tema de competencia desleal, lo cual, insisto, resulta incompleto.

Esta clasificación es característica propia de Ecuador y Colombia y no se encuentra en otros ordenamientos. Ningún libro de competencia en el mundo habla de deslealtad porque se considera que esta no hace parte del régimen del derecho de la competencia.

La razón de dicha discrepancia es que en el régimen de deslealtad no se exige relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo y, además, no es una regulación pensada para proteger a los competidores, sino a la empresa en su desarrollo. En esta característica se ahondará en su momento, pero por ahora es importante tener presente que los libros de derecho de la competencia nunca tratan los dos temas juntos, y que para que haya deslealtad no se requiere relación de competencia entre los sujetos.

24 Véase, MAURICIO VELANDIA. *El ocaso del monopolio, Tomo I, Capítulo XII. Diferencia entre antitrust y deslealtad*, Bogotá, Formato audiovisual, Disponible en <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

CAPÍTULO PRIMERO

ESTRUCTURA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

(ANTIJURÍDICO, TÍPICO Y CULPABLE) Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (DAÑO, CULPA O DOLO Y NEXO CAUSAL) DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA O DE CONTROL DE PODER DE MERCADO

I. BIEN TUTELADO

En primera medida debe identificarse el bienestar social como bien jurídico tutelado en materia de derecho de la competencia o de Control de Poder de Mercado, este puede extraerse del artículo 1 y 4 de la Ley de Control de Poder de Mercado y del texto de la Constitución Nacional, que en sus artículos 52; 66; 85, numerales 1 y 2; 278, numeral 2; 283; 284; 304, numeral 6; 4, numeral 1; 335 y 336, dispone que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero dentro de los límites del bien común.

Además del texto constitucional, se encuentran los artículos 1, 4, 9 y 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) «el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica» como propósitos del régimen de control de poder de mercado. Todos estos preceptos pueden agruparse bajo el concepto de bienestar social, que constituye el bien jurídico tutelado de las normas de control de poder de mercado (antitrust). Dentro del tema de control de poder de mercado se salvaguardan asuntos de interés general, 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 (artículo 1 y 4, concordante con el primer párrafo de los artículos 9 y 11; así como el artículo 12 de la misma ley).

A cualquier Estado le interesa que los consumidores cuenten con una importante capacidad adquisitiva de bienes y, además, que la mayoría de los mercados requeridos en su economía cuente con una importante participación de empresas. Estos dos factores permiten que la economía tenga una buena raíz para funcionar.

No obstante lo anterior, existen comportamientos de terceros que erosionan la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor y al mismo tiempo rompen la equidad en la distribución del dinero en los diferentes sectores, causándole daño al bien tutelado, siendo ello regulado por las normas de control de poder de mercado.

Con un simple ejemplo puede observarse el daño al bien tutelado. Veamos:

Ejemplo 1
Bien tutelado

A	B	C	D
USD10	USD14	USD9	USD13
USD20	USD20	USD20	USD20

A, B, C y D son fabricantes del producto Y. En un periodo determinado cada uno de ellos cobraba precios diferentes. Pasado un tiempo decidieron entre ellos adelantar un arreglo con la finalidad de aumentar el precio de su producto duplicándolo ($x + 1$).

Como se puede deducir, los consumidores, para satisfacer su necesidad, deben pagar casi el doble. Dicho pago implica que deben renunciar a adquirir otros bienes, pues su ingreso ya no les alcanza para todo lo que tenían presupuestado (daño a la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor). De la misma manera, el presupuesto que tenían planeado ya no puede ser ejecutado para otros sectores económicos, ya que tienen que renunciar a adquirir otros bienes de menor necesidad (daño a la redistribución equitativa del dinero en otros mercados).

Todo el daño al bien tutelado es consecuencia de la falta de competencia que se generó, producto del acuerdo o arreglo entre competidores.

Las normas de control de poder de mercado castigan comportamientos mediante los cuales, como consecuencia de falsear la competencia, las empresas aumentan su capital sin justa causa; tal comportamiento es reprochable.

Otra forma de verlo es retomando palabras de FREDERIC BASTIAC, según el cual, la única forma de adquirir la propiedad privada lícitamente es mediante el trabajo. Entonces, si la propiedad privada se adquiere por una forma diferente del trabajo, dicho medio es calificado como ilícito. Ahora, si ese medio es la falta de competencia, tal actuar es ilícito por restrictivo.

II. RESPONSABILIDAD

Como se indicó, se trata de un tema de derecho mediante el cual se protegen unos bienes tutelados de carácter económico, que finalmente termina con una calificación de responsabilidad.

En tal sentido, antes de describir los supuestos fácticos prohibitivos contenidos en la ley, es indispensable que se determine qué tipo de responsabilidad existe para reprimir el daño al bien tutelado.

En la medida en que las normas de control de poder de mercado salvaguardan un interés público, en principio se trata de una responsabilidad propia del derecho administrativo sancionador. Toma fuerza lo anterior, más aún, al encontrar que estas normas son aplicadas por una entidad de supervisión y control que pertenece a la rama ejecutiva encargada de imponer multas por violación a esa ley. En tal medida su juzgamiento en investigaciones debe tener unas reglas de responsabilidad propias del derecho romano germánico.

De la misma manera, puede ocurrir que dicho comportamiento cause también daño de rebote a la propiedad privada de un particular, y se trate dicho suceso bajo las formas propias de la responsabilidad civil, pero debe tenerse en cuenta las previsiones que al respecto trae la LORCPM, lo cual se estudiará más adelante. Para mayor claridad se tiene que, por una parte, se puede sancionar el comportamiento, lo cual estará a cargo del Estado; y por otra parte, se puede exigir una indemnización del daño integral cuando dicho comportamiento sea la causa del daño a alguien, bajo acción ordinaria, bajo el amparo y limitaciones que esta ley impone, pero se pude.

III. ESTRUCTURA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA POR UNA CONDUCTA VIOLATORIA DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO

En el derecho romano-germánico la responsabilidad administrativa sancionatoria obedece en su estructura a los principios penales, pero aplicados de manera menos estricta,²⁵ donde cobran vigor la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Para algunos jueces, la culpabilidad no es un elemento de la estructura de responsabilidad del derecho administrativo sancionatorio. A nuestro entender, la culpabilidad es un elemento imprescindible. Para el

25 Sentencia C-032 de 2017 de la Corte Constitucional de Colombia.

Consejo de Estado de Colombia también lo es, pues para dicha Corporación los supuestos restrictivos tienen un componente subjetivo.²⁶

Tabla 7
Responsabilidad administrativa sancionatoria en derecho romano-germánico

Tipo de responsabilidad	Elemento
	Típico: comportamiento prohibido.
Responsabilidad administrativa	Antijurídico: afectación al interés jurídico tutelado (lesión cierta).
	Culpable o doloso (objeto o efecto).

En tal medida, es necesario determinar la tipicidad exigida por las normas de control de poder de mercado. La tipicidad de estas normas se encuentra en la identidad que guarde el comportamiento estudiado con la norma prohibitiva. Entonces, es necesario observar la normatividad y sus exigencias. En cada país las normas serán diferentes, pero en nuestro entorno los países mantienen matrices iguales dentro de las normas correspondientes a prácticas comerciales restrictivas o normas de control de poder de mercado.

En Ecuador, para una tipicidad se requiere que el comportamiento estudiado se adquee de manera típica a las normas que contienen las prohibiciones de abuso (artículos 9 y 10 de la LORCPM) o cartel (artículo 11). La antijuridicidad envuelve el interés tutelado. Para nuestro caso, esto que el comportamiento dañe el interés tutelado, lo que significa que se afecte o ponga en riesgo el bienestar general y la eficiencia (artículos 1 y 4;

26 Señala en Consejo de Estado, en Sentencia del 28 de enero de 2010, que: «Lo dicho, además, descarta de plano la teoría del actor según la cual el tipo de responsabilidad en el que la demandada sustentó la imposición de la multa es objetiva, como quiera que se aprecia un claro componente subjetivo en el tenor literal del numeral 1.º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al señalar que son prácticas comerciales restrictivas, aquellas que tengan “como objeto o como efecto, la fijación directa o indirecta de precios”».

concordante con el párrafo uno de los artículos 9 y 11, sin dejar de lado el artículo 12).

Adelante se analizarán todos estos puntos; sin embargo, en este cuadro se puede observar lo dicho hasta ahora: que la autoridad debe probar estos elementos para que proceda la sanción administrativa contra un investigado.

Tabla 8

Responsabilidad administrativa por prácticas comerciales restrictivas

Tipo de responsabilidad	Elemento
Responsabilidad administrativa por prácticas comerciales restrictivas	<p>Típico:</p> <p>que el comportamiento esté descrito en la ley, que son las prohibiciones legales de los artículos 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.</p>
Antijurídico	<p>(lesión cierta al interés tutelado): que el comportamiento afecte el interés público, es decir, que sea significativo, que afecte la libertad de entrada y la libertad de escogencia (artículo 1 de la LORCPM, concordante con el párrafo 1 de los artículos 4, y párrafo 1 de los artículos 9 y 11 de la misma ley, así como el artículo 12 de ese ordenamiento).</p>
Doloso o culpable (Objeto o efecto).	

Entonces, un comportamiento puede ser típico pero no antijurídico, ni ilegal, bajo la luz del régimen originario de la LORCPM; como cuando dos tiendas de Quito donde existen muchas tiendas adelantan un acuerdo de precios, siendo elástica la demanda dentro de esa misma ciudad al existir

muchas tiendas. Acá el comportamiento está tipificado en la ley, pero no daña el interés tutelado, es decir, no es antijurídico, ya que los consumidores se pueden desplazar a otras opciones dentro del mismo mercado. En el sistema ecuatoriano no existe una regla que con la sola tipicidad proceda la aplicación de derecho sancionatorio administrativo.

La obligación principal de una empresa cuando ingresa al mercado es competir. En ese orden, el Estado emite normas de intervención económica con las cuales limita la autonomía de la voluntad de las empresas que no escojan competir, dañando el mercado (efecto) o actuando con riesgo imprudente (objeto). Desde tal perspectiva, el derecho de la competencia hace parte del derecho administrativo sancionatorio y el Estado es el vigilante a cargo de custodiar que el mercado esté libre de distorsiones que permitan la concentración de dinero en algunos, mediante un recurso diferente de la competencia. Al Estado le interesa proteger su economía, pues es la única forma en que los inversionistas se sientan seguros de que contarán con normas que protejan su inversión y el ambiente de contienda que les permita asegurar que ganarán los mejores, es decir los eficientes.

Las infracciones al régimen de competencia aparecen contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Allí aparece la antijuridicidad, particularmente en el artículo 1 de dicha ley y en el primer párrafo de los artículos 9 y 11 de dicha ley y reafirmada su existencia en el artículo 12 del mismo ordenamiento.

Estas normas contienen de manera más específica el *interés jurídico tutelado* y la consecuencia de su afectación o de su no afectación. Es decir, el bien común que el legislador pretende cuidar del daño ocasionado por conductas adelantadas dentro del mercado.

Ahora bien, para cuidar ese bien tutelado aparece inicialmente la tipicidad, conformada por supuestos normativos o hipótesis de comportamiento que el legislador consideró que podían dañar el bien jurídico tutelado, como son los acuerdos o carteles restrictivos y el abuso de la posición de dominio. Se exige, que el investigador, es decir, el Estado, para calificar un comportamiento como restrictivo, no se olvide de lo descrito en el artículo 1 de la LORCPM, y pruebe el daño al bien tutelado (antijuridicidad) y la ley cumpla su objetivo, pues de otro modo la ley estará actuando por fuera de su objetivo. Los artículos deben ser armónicos uno con otro, máxime el artículo que contiene el **objetivo** de la ley, que no es de adorno.

Vale la pena aclarar que el régimen antitrust nació en el derecho anglosajón, donde existe la regla de la razón y la regla *per se*. Cuando se aplica la regla de la razón, deben probarse los mismos elementos que en nuestro sistema: (i) una tipicidad en norma o un precedente jurisprudencial, (ii) una antijuridicidad, entendida como afectación al mercado y (iii) una culpabilidad. Pero cuando se aplica la regla *per se*, no es necesario probar la antijuridicidad, se considera que ciertos comportamientos son ilegales siempre y sin excusa y por eso se da por sentada la afectación al bien jurídico tutelado, así no afecten o pongan en riesgo el bien jurídico tutelado.

En el régimen romano-germánico, en cambio, no existe regla *per se*, aunque algunos estudiados en el derecho anglosajón han intentado implementarla. En nuestro régimen, el equivalente a una regla *per se* sería una **presunción de derecho**, de poco uso en nuestro derecho dado que en nuestro régimen toda norma admite prueba en contrario. Las presunciones de derecho son aquellas que no admiten prueba en contrario. Es decir, si un ordenamiento de tradición romano-germánica quisiera implementar una regla *per se*, tendría que consagrar la prohibición como una presunción de derecho para dotar la tipicidad por sí misma de antijuridicidad. De lo contrario, nunca puede dejar de probarse la antijuridicidad. Este punto no es de poca monta, dado que implementar la regla de la razón o la regla *per se*, sin norma que lo exprese, resulta ser una grave falta al debido proceso. Y de implementarse, debe quedar claro que es una presunción de derecho, y así expresarlo la misma norma, que no ocurre dentro del derecho de la competencia ecuatoriano.

La administración debería ser más pacífica con el asunto, y asumir estas investigaciones bajo la teoría general de la responsabilidad sancionatoria administrativa, configurando disciplinadamente sus elementos en las investigaciones que adelanta, cuidando el debido proceso, sin inventar nuevos derechos o teorías anglosajonas, que solo desorientan a los administrados, a los jueces y a los abogados de un derecho romano-germánico como el nuestro, más no dejarse llevar por teorías que quieren insertar unos pocos, que solo causan daño al quererse implementar a la fuerza en nuestras legislaciones de corte clara sobre los esquemas de responsabilidad que deben ser observados en un juicio donde se debate la responsabilidad de los investigados.

CAPÍTULO SEGUNDO

COMPORTAMIENTO QUE DAÑE EL BIENESTAR SOCIAL Y MERCADO RELEVANTE (ANTIJURIDICIDAD)

I. ANTIJURIDICIDAD: QUE NO SEA EFICIENTE EL COMPORTAMIENTO Y/O QUE NO DAÑE O PONGA CON RIESGO IMPRUDENTE EL INTERÉS GENERAL. AFECTACIÓN CIERTA AL INTERÉS TUTELADO

La antijuridicidad hace referencia a la lesión del bien jurídico que se tutela.²⁷

En el caso del derecho de la competencia y de control de poder del mercado ecuatoriano se ha fijado con claridad el derrotero bajo el cual el bien protegido por el ordenamiento es el llamado bienestar social, ya que aún si este no está explícitamente definido en la norma debe adelantarse una labor interpretativa para identificarlo, por cuanto es un elemento de necesaria observancia para determinar la aplicabilidad de la sanción prevista en el ordenamiento a través del derecho administrativo sancionador.²⁸ Sin embargo, esto no ocurre para el caso de Ecuador donde los artículos 1 y 4; 9 y 11, en su primer párrafo; y el artículo 12 de la LORCPM lo señalan claramente.

De esta forma, ahora se desarrollará el análisis de la normativa vigente a nivel reglamentario y así estudiar lo que en ellos se incorporan bajo el imperio de los Decretos Ejecutivos 1152 de 2012; y 1193 de 2000.

Hay que recordar que el artículo 1 de esta ley indica que esa ley es expedida «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».

²⁷ Véase, MAURICIO VELANDIA. *El ocaso del monopolio*, Tomo I, Capítulo XIII. Elemento imperativo significativo, Bogotá, Formato audiovisual, Disponible en <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

²⁸ MAURICIO VELANDIA. *El ocaso del monopolio*. Capítulo IV. Estructura del Derecho. Bogotá, Formato audiovisual, Disponible en <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

A. ARTÍCULO 1 DE LA LEY DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO: BIENESTAR GENERAL (I) EXCEDENTE DEL CONSUMIDOR Y (II) EXCEDENTE DEL PRODUCTOR, PÉNDULO DE LA LEY DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO Y DE CUALQUIER NORMA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO (ANTITRUST)

De esta disposición resulta evidente que el ordenamiento jurídico ecuatoriano busca un sistema económico y jurídico tendiente a la consecución de bienestar social. Para entender el alcance real de la disposición en comento, sea el momento para aclarar que, los temas de competencia y control de poder de mercado se desenvuelven en un contexto microeconómico, entendido como una de las dos grandes ramas de la economía y que los autores presentan como el «estudio de las elecciones económicas que hacen los individuos y las empresas, y cómo esas elecciones crean mercados», además de «qué tan bien satisfacen las necesidades humanas básicas los sucesos resultantes de ese mercado».²⁹

Así las cosas, necesario es recordar el funcionamiento del mercado ya que de ahí se desprende lo que la norma busca con precisión cuando se refiere a bienestar social (bienestar general). En el normal desarrollo de un mercado se presentan varias etapas;³⁰ inicialmente una empresa que busca ingresar a este debe contar con las facilidades necesarias para hacer un examen de factibilidad y determinar con suficiente información si ingresan o no al mercado. Con base en esto, al participar busca distinguirse de las demás mediante diferentes signos distintivos, sobre los cuales tendrá un monopolio de uso que debe garantizarse. Posteriormente, publicitará los productos o servicios que oferta, y que llegarán al consumidor a través de canales de distribución bien sean indirectos o mixtos, cortos o largos, exclusivos, selectivos o masivos. De esta manera se llegará a la fase de compraventa, donde el consumidor adquirirá dichos productos o servicios, en primer momento, basado en la información de la que dispone y, en segundo lugar, basado en la experiencia.

Si como se dijo, con las normas de control de poder de mercado se busca cuidar la microeconomía, deben cuidarse por tanto los elementos que concurren a las etapas en un mercado ya descritas, es decir, se propende por la protección de la libertad de entrada, los signos distintivos, transparencia en la publicidad, la distribución, la compraventa y los servicios postventa,

29 NICHOLSON. Microeconomía intermedia y sus aplicaciones, cit., p. 3.

30 MAURICIO VELANDIA. *El ocaso del monopolio, Tomo I, Capítulo VI. Mercado*, Bogotá, Formato audiovisual, disponible en <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

y en general el bienestar del consumidor, y su ingreso, su propiedad y la satisfacción de las necesidades.³¹

En concordancia con lo anterior, el bienestar general tiene dos vertientes, relacionadas con los dos agentes que participan en el mercado: (i) el bienestar del consumidor y (ii) el bienestar del productor, mediante los cuales se busca alcanzar un sistema económico equilibrado, y de acuerdo con el mandato constitucional, social, solidario y sostenible. Sobre este punto es importante prestar especial atención puesto que acá está la esencia del derecho de la competencia o de control de poder de mercado.

El bienestar, tanto del productor, como del consumidor se muestra claro al precisar que «cuando un individuo está enfrentado a una decisión entre una serie de posibles opciones, éste escogerá la que le produzca mayor utilidad», teniendo en cuenta además que tanto las opciones, como el presupuesto, siempre son limitados³² y entendiendo utilidad como «la satisfacción que se recibe al consumir un bien o servicio, o un conjunto de bienes y servicios; satisfacción, sentido de bienestar».³³

Esta idea de que los individuos siempre buscan maximizar su beneficio lleva a que en un mercado saludable haya competencia en precios y los productores estén siempre buscando formas de atraer a los consumidores con precios bajos y no habría incentivo real para imponer precios altos porque implicarían pérdida de clientela.³⁴

En la práctica, puede decirse que estas dos formas de bienestar que cada parte busca maximizar se traducen en el excedente del consumidor y el excedente del productor, respectivamente.

El excedente del consumidor se define como el «valor adicional que el individuo recibe al consumir un bien por encima de lo que ha pagado»,³⁵ en otras palabras, el excedente del consumidor es el dinero que a este le queda después de realizar una compra, y que puede destinar a otras compras que satisfacen su necesidad. Los individuos de una sociedad reciben unos ingresos y con ellos deben satisfacer una serie de necesidades; ya que para cubrirlas

31 *Id.* Capítulo VI. Mercado.

32 NICHOLSON. *Microeconomía intermedia y sus aplicaciones*, cit., pp. 64–66.

33 McEACHERN. *Microeconomía. Una introducción contemporánea*, cit., p. 68.

34 CHRISTOPHER L. SAGERS. *Antitrust. Examples and explanations*, Nueva York, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, pp. 22- 23.

35 NICHOLSON. *Microeconomía intermedia y sus aplicaciones*, cit., pp. 108–109.

solo cuenta con un monto limitado, el consumidor tiene una restricción presupuestal, razón por la cual debe priorizar sus necesidades y satisfacer las más importantes, sin embargo lo ideal es que este pueda adquirir la mayor cantidad de bienes y servicios con la menor cantidad de dinero posible dada dicha restricción presupuestal, es decir, que maximice los bienes o servicios que puede adquirir con el ingreso dado. Se busca entonces que el consumidor pueda hacer más con menos, y para ello, es deseable que después de una compra le sobre la mayor cantidad de dinero posible para así poder satisfacer otras necesidades; «un precio inferior incrementará el excedente del consumidor y un precio superior lo reducirá».³⁶ De esta forma, cuidar el excedente del consumidor significa cuidar su aptitud para satisfacer sus necesidades y la demanda en el mercado. Se daña el excedente del consumidor, por ejemplo, cuando las empresas se cartelizan para subir los precios.

El excedente del productor, por su parte, responde al derecho de las empresas a percibir utilidades, estas no pueden, por supuesto, ser garantizadas por el ordenamiento jurídico, pero lo que sí se protege es el derecho a generarlas. El excedente del productor se define como el «valor adicional que los productores de un bien obtienen sobre los costos de oportunidad en que incurren al producirlo».³⁷ Las utilidades del productor resultan de la resta entre los ingresos que este obtiene con la actividad y los costos de desarrollarla; si los costos del productor aumentan, o se le obstaculiza la obtención de ingresos, sus utilidades, y su excedente, disminuirán; por lo que al ordenamiento le es exigible cuidar que el excedente del productor no disminuya injustificadamente por acción de terceros, cuidar el excedente del productor es cuidar su derecho a percibir utilidades y la oferta en el mercado.

La adecuada consecución de estos excedentes depende en gran medida de que exista variedad y justicia en los precios, aunque es muy difícil determinar a ciencia cierta cuando un precio es justo, lo cierto es que la existencia de variedad de precios y de oferentes de un producto permiten una adecuada competencia en la que los consumidores tienen de donde escoger y los productores se ven motivados a reducir precios para ganar clientela.

Aparte de la variedad de precios es necesario que haya eficiencia, ya sea en el consumidor o en el productor; el consumidor será eficiente cuando está suficientemente informado porque así entre la variedad de productos y precios que encuentra podrá tomar una decisión con la que verdaderamente maximice sus ingresos y con ello aumente su excedente. Sin embargo, según

36 *Id.*, p. 109.

37 *Id.*, p. 272.

el producto del que se trate, la consecución de esta información puede ser más o menos trabajosa, cuanto menos, implicará una inversión en tiempo para obtenerla.³⁸

Por su parte, para que el productor sea eficiente es necesario que cuente con diferentes opciones, para reducir sus costos y, por otro lado, que esté en igualdad de condiciones con sus competidores para buscar formas de maximizar sus ingresos atrayendo consumidores.

Entonces, recapitulando, para que se cumpla el mandato legal, orientador de la norma de control de poder de mercado de bienestar social (art. 1) debe protegerse el excedente del consumidor, lo cual se logra garantizando variedad de precios y suministrándole suficiente información para que pueda tomar decisiones eficientes. Y debe protegerse también el excedente del productor, lo cual se logra garantizando variedad de precios, de oferentes de insumos y de distribuidores, entre otras.

Lo expuesto hasta ahora se presenta con claridad así:

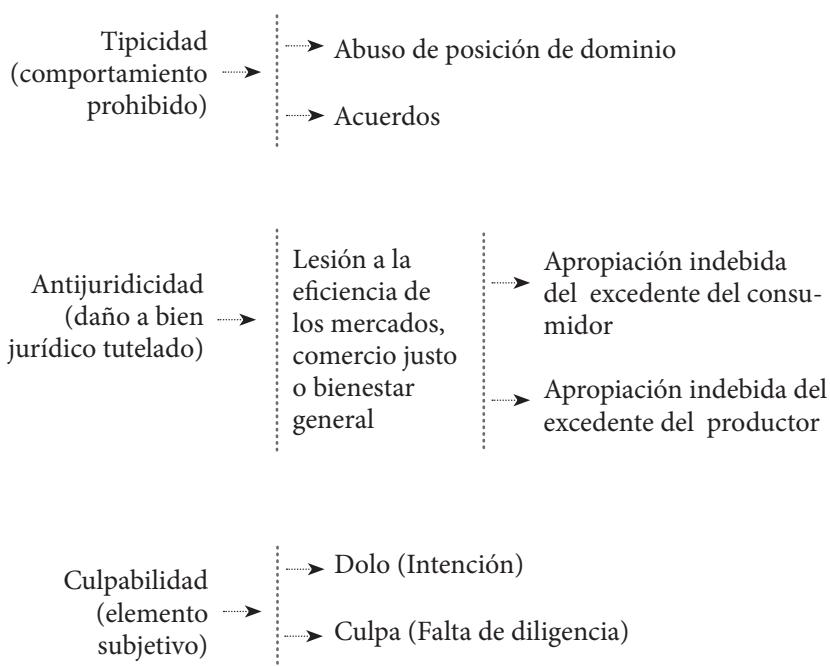
Esto se reafirma con el contenido del artículo 4 de la LORCPM, que indica:

«Art. 4.- Lineamientos para la regulación y principios para la aplicación.- En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley: 1. El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico. 2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular. 3. El reconocimiento de la heterogeneidad estructural de la economía ecuatoriana y de las diferentes formas de organización económica, incluyendo las organizaciones populares y solidarias. 4. El fomento de la desconcentración económica, a efecto de evitar prácticas monopólicas y oligopólicas privadas contrarias al interés general, buscando la eficiencia en los mercados. 5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado. 6. El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre concurrencia. 7. El impulso y fortalecimiento del comercio justo para

38 McEACHERN. *Microeconomía. Una introducción contemporánea*, cit., pp. 352-355.

reducir las distorsiones de la intermediación. 8. El desarrollo de mecanismos que garanticen que las personas, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos a través de la redistribución de los recursos como la tierra y el agua. 9. La distribución equitativa de los beneficios de desarrollo, incentivar la producción, la productividad, la competitividad, desarrollar el conocimiento científico y tecnológico; y, 10. La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes. Para la aplicación de la presente Ley se observarán los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso».

No cabe duda de que si lo anterior se tiene en cuenta para la regulación también se debe tener en cuenta para su aplicación, pues las dos labores son complementarias, concurrentes y se encuentran pegadas, y ante la duda, está para ello el artículo 1 de la LORCPM, que mata la posibilidad de discusión. En tal orden, de acuerdo como se ha venido planteando, la estructura de responsabilidad de un comportamiento que afecte esta ley va quedando así:



Bajo tal contexto legal, son tres (3) los parámetros que recogen la finalidad y objetivo de una investigación por comportamiento que vulneren la LORCPM: (i) el interés general; (ii) el comercio justo; (iii) la eficiencia.

Dado que se trata de un objetivo y finalidad buscada por la ley, debe en cada investigación probarse este elemento, pues de otro modo los supuestos fácticos y la ley no tendrían sentido de ser aplicados y si no se daña el bien tutelado (efecto) o se pone en riesgo imprudente (objeto) dado el impacto de la conducta y/o si el mercado no está afectado el comportamiento sería típico, pero no antijurídico.

Lo anterior bajo normas del derecho administrativo sancionatorio de corte romano germánico. Otra cosa ocurre cuando el sistema es anglosajón donde opera la regla *per se* y la regla de la razón, que no aplica en el sistema ecuatoriano aunque se hubieren expedido reglamentos que intentaron aterrizar normas anglosajonas sin respetar el sistema romano-germánico, lo cual terminó siendo desafortunado para el avance claro del tema en Ecuador. Veamos:

B. NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA REGLAMENTARIA RESPECTO A LOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS POR EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COMPORTAMIENTOS VERTICALES Y HORIZONTALES (REGLAMENTO EJECUTIVO 1152 DE 2012 Y 1193 DE 2020)

Como ya se adelantó, en el derecho anglosajón la estructuración del elemento antijuridicidad ha sido diferente, ya que allí la doctrina ha establecido dos reglas que conviven y en cada caso debe observarse si se aplica una o la otra, se trata de lo que se conoce como la «regla de la razón» y la «regla *per se*». Estos dos conceptos obedecen a la idea de que no todas las conductas sancionadas por el derecho de la competencia (antitrust) tienen el mismo calibre, ni revisten la misma gravedad, así que no pueden tratarse de la misma manera su demostración mediante evidencias.

Así, se considera en esos regímenes que hay conductas que son lesivas *per se*, independientemente de su impacto en el bien tutelado (comportamientos horizontales), es decir, que deben sancionarse siempre que se hayan presentado sin importar su calibre, mientras que en otras conductas debe evaluarse si fueron aptas para causar una afectación al bien tutelado (regla de la razón).

En otras palabras, la regla *per se* con tipicidad es suficiente para generar responsabilidad. En tanto que la regla de la razón requiere la elaboración de un estudio o análisis de desmedro o puesta en riesgo real del interés público tutelado.

La regla *per se* aplica en el derecho anglosajón por ejemplo en casos de carteles de precios entre fabricantes de un mismo producto. Estos se sancionan y se genera responsabilidad independientemente de si los investigados pueden probar que los precios fijados eran razonables o que el público no se vio afectado por contar con sustitutos o con elasticidad de la demanda u oferta. Según la jurisprudencia anglosajona la fijación de precios es ilegal *per se* dado lo gravosa y reprochable de la conducta. En corto, es como si la antijuridicidad se presumiera de derecho. Basta con comprobar la existencia del cartel horizontal (la conducta) para declarar la responsabilidad, sin que sea necesario evaluar si hubo antijuridicidad o no, ni siquiera importa si las partes tenían entre todos un poder de mercado significativo o no.³⁹

Aunque en el ordenamiento jurídico estadounidense se ha justificado la regla *per se* como una forma de política pública de prevención y de economía judicial, en la medida que los jueces no tienen que desgastarse en todo un estudio sobre la relevancia o no de la conducta a partir de todos los elementos fácticos que la rodearon, los economistas han criticado bastante su aplicación, sobre todo en la medida que no es necesario que los cartelizados tengan, en la sumatoria entre todos de un poder de mercado, una relevancia para que sean sancionados; pero, se critica que, realmente, si entre ellos no suman poder de mercado, lo que ocurre realmente es que los consumidores no se verían necesariamente obligados a pagar un precio más caro, pues existiría elasticidad de la demanda y los precios del mercado en general no subirían, por lo que no habría lesión alguna ni cambio en el comportamiento del resto de agentes del mercado, como se profundizará posteriormente.⁴⁰

La regla de la razón, por su parte, sí da gran margen de acción a los jueces anglosajones para que determinen «si hubo una interferencia o impacto significativo en la competencia», analizando los propósitos y efectos de la conducta y todos los factores competitivos implicados y en los casos amparados bajo esta regla sí sería aceptable una defensa que alegue que la conducta no lesionó a otros actores del mercado, sino que por ejemplo, contribuyó a la eficiencia o capacidad productiva en el mercado.⁴¹

Algunos autores critican sin embargo que no es para nada claro cuándo debe aplicarse una o la otra regla y que en realidad la diferencia termina siendo meramente procedural y probatoria acerca de qué cuestiones deben encontrar mayor evidencia. En todo caso, a lo que se refiere esta regla es a que debe probarse o no probarse si en realidad hubo una lesión al mercado,

39 E. THOMAS SULLIVAN & JEFFREY L. HARRISON. *Understanding antitrust and its economic implications*, San Francisco, Lexis Nexis Group, 2009, pp. 115 y 116.

40 *Ibid.*, pp. 102 y 103.

41 *Ibid.*, pp. 113-115.

por ejemplo, a partir del aumento de precios o reducción injustificada de la oferta con el fin de aumentar sus ganancias (incentivo económico buscado u obtenido).⁴² La regla de la razón es mucho más cercana a lo que encontramos en nuestro ordenamiento.

En la legislación originaria ecuatoriana de control del poder de mercado, no existe la regla *per se* para ningún caso de la forma como se entiende en Estados Unidos. Como se anticipó, para que pueda declararse la responsabilidad de una persona, esta debe haber lesionado un bien jurídico tutelado con su conducta y en ningún caso basta con que se trate de una conducta tipificada como en el derecho anglosajón de regla *per se* o regla de la razón.

Sin embargo, no pasó mucho tiempo de vida de la LORCPM para que se adelantara mediante decreto ejecutivo la introducción de algunas normas con las cuales se pretendió darle menores trabajos probatorios a la autoridad administrativa a cargo del tema en Ecuador y así se generó un sistema de responsabilidad bastante enredado en nuestro sentir, el cual pudo ser más desafortunado en su redacción, que acercan algunos supuestos de cartel de la ley ecuatoriana a la regla *per se* del sistema anglosajón, pero que dificultan la interpretación y afectan el debido proceso de un investigado.

En el tema de acuerdos o carteles, el artículo 4 del Reglamento Ejecutivo 1193 de 2020 señaló lo siguiente:

«Artículo 4.- Sustitúyase el artículo 8 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por el siguiente texto:

Artículo 8.- Acuerdos y prácticas restrictivas por objeto.- El acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, **que tenga por objeto** impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, estará prohibida de conformidad con el artículo 11 de la Ley, **independientemente de los efectos reales o potenciales que pueda tener el mercado**. Se entiende por restricciones de la competencia por objeto aquellas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia.

Podrán ser consideradas como acuerdos y prácticas restrictivas por objeto aquellas conductas de carácter horizontal que directa o indirectamente:

42 CHRISTOPHER L. SAGERS. *Antitrust. Examples and explanations*, Nueva York, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, pp. 107-109.

- a) Fijen precios;
- b) Limiten la producción, distribución y/o comercialización; o,
- c) Repartan mercados, sea geográficos, de productos y/o consumidores.

De igual forma podrán ser consideradas como acuerdos y prácticas restrictivas por objeto, a las conductas colusorias en procesos de contratación y subastas públicas. Sin perjuicio de las conductas antes señaladas, **la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá determinar qué otros acuerdos y prácticas son restrictivas por su objeto**, en virtud del contenido del acuerdo, sus objetivos y/o contexto legal y económico del cual forma parte». (Negritas fuera del texto original).

La redacción de este artículo pudo ser más afortunada y la verdad es bastante enredada. Son muchos los comentarios e interpretaciones que pueden presentarse respecto del mandato. Serán los órganos jurisdiccionales los encargados de darle interpretación final a estas normas al momento que decidan sobre demandas acerca de decisiones tomadas por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. Pero mientras eso ocurre entramos a comentarla:

- Resulta que bajo el primer **inciso se tiene que los comportamientos que se investiguen por objeto** (carteles que se celebren, pero no se desarrollan o ejecutan finalmente dentro del mercado), en caso de ser probada la tipificación del acuerdo bajo el artículo 11 de la Ley de Control del Poder de Mercado, **serán siempre sancionables independiente del riesgo o afectación al mercado**. Pero paso seguido indica que se entiende por comportamientos restrictivos aquellos que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia. Lo anterior es un contrasentido para el lector, pues en primera instancia dice que son restrictivos por objeto todos los acuerdos, independientemente del efecto real o potencial en el mercado, y después señala que solo son restrictivos los que tengan la naturaleza de dañar la competencia. En este punto debe ser conservadora la interpretación y en nuestro sentir la Superintendencia de Control de Poder de Mercado debe probar que el cartel es típico y antijurídico, probando el riesgo imprudente al bienestar social y que el comportamiento no es eficiente para la economía, siendo acorde con el objetivo de la ley narrado en el

artículo 1 de la LORCPM, concordante con el artículo 4 de esa misma ley, para evitar confusiones que solo afectan el debido proceso del investigado e impedir que la ley se aplique por fuera de su objetivo. La imprecisión es aún mayúscula si se observa el contenido del artículo 12 de esta ley, que contiene las exenciones a los carteles, donde es claro que el comportamiento no puede ser calificado como *per se*. Es importante indicar que es el mismo artículo que comentamos el que ordena el respeto por el artículo 11, el cual, en su primer párrafo describe de manera general que el acuerdo es ilegal cuando el «**objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general**». Ese mandato no se puede dejar de ver.

- Así mismo ese primer inciso no discrimina ni se diferencia entre acuerdos horizontales y verticales y solo expresa un lacónico «podrán», no queda entonces claro si se incluye todos los acuerdos, sean verticales u horizontales. Esta parte puede generar una doble interpretación cuando el cartel es por objeto, pues en el primer inciso no diferencia entre una y otra forma de cartel, pero en el segundo inciso solo incluye a los horizontales y no a los verticales. Pues si corresponde a todo el universo de carteles horizontales y verticales la alusión solo a lo horizontales sobra y en su lugar excluye a los verticales. Esto solo lo decidirá y despejará el juez que estudie las decisiones tomadas por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.
- En el texto del reglamento **no se incluye a los acuerdos o carteles que sean investigados por efecto** y en ese sentido, para las investigaciones de carteles por efecto se aplica en todo su rigor el artículo 11 de la LORCPM, **donde sí aplica y es necesaria la prueba de la antijuridicidad** a la luz del objeto de la ley narrado en el artículo 1, concordante con el primer párrafo del artículo 11 de la misma ley, sumado a la exención del artículo 12, que refuerza la necesidad de probar la antijuridicidad por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Verdaderamente es absurdo lo hasta acá tratado y lo que se pretendió implementar, dado que como se puede observar y concluir, tiene mejor posibilidad de defensa aquel investigado que hubiere ejecutado en el mercado el cartel (conducta por efecto) en comparación con la defensa que tiene un investigado que celebró el acuerdo, pero no lo ejecutó (conducta por objeto). En el primer caso, donde el investigado ejecutó el acuerdo en el mercado,

puede en su defensa probar que no dañó o puso en riesgo el bien tutelado o que está en los supuestos del artículo 12 de la ley en comento y ser absuelto por no ser su comportamiento antijurídico, en tanto que si la investigación resulta ser por un comportamiento por objeto (acuerdo celebrado pero no ejecutado) el investigado, con la sola tipificación, sería sancionado, sin tener oportunidad de alegar que su comportamiento no fue antijurídico y entonces, en ese caso, con la sola tipicidad es responsable y sancionado, dado que allí la sola tipificación es suficiente para culminar el juicio de responsabilidad como si fuera una presunción de derecho sin posibilidad de alegar algo por fuera de la tipicidad. Resulta ello absurdo, pues así es mejor, por variable de defensas al investigado que desarrolle y ejecute en el mercado el cartel, pues tendrá más defensas a su favor. **En ese sentido se crea un incentivo perverso para ejecutar el cartel.** En nuestro concepto la Superintendencia de Control del Poder de Mercado debe probar que se cumple el objeto de la ley contenido en el artículo 1, concordante con el primer párrafo del artículo 11 y además que el investigado no está en los supuestos del artículo 12, dado que estamos en presencia de un derecho punitivo, donde el ente investigado tiene que probar todos los elementos para que proceda la sanción.

- Ahora bien, paso seguido, en el artículo se indica que las clases de carteles o acuerdos horizontales que se consideran que son castigados **por objeto** son cuatro (4) clases de acuerdos o carteles: i) los de precios; ii) los que limiten producción, comercialización o distribución; iii) los de repartición de mercado y iv) la colusión en licitaciones. Esto no es claro y resulta muy ambiguo dentro de un derecho sancionador, y traerá muchos problemas, pues hace dudar y no se entiende si esa numeración excluye a las demás descripciones de carteles horizontales prohibidos por objeto descritos en el artículo 11 de la LORCPM o los incluye a todos. En verdad será de difícil aplicación lo comentado y muchos casos estarán en riesgo de defensa y sobre ellos la justicia contenciosa administrativa debe estar atenta, pero es el camino natural a los cuales está expuesta una norma.
- Por último, el artículo señala que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá determinar qué otros acuerdos pueden ser calificados, como por objeto en virtud de unas condiciones circunstanciales. No se entiende si lo hará por un nivel regulatorio futuro o en cada investigación caso a caso. Terrible eso si es caso a caso, pues se vulnera el derecho de defensa del investigado. Sin duda.

Se augura que muchas investigaciones estarán en riesgo por la múltiple variedad de interpretaciones que la norma otorga cuando el comportamiento sea investigado por objeto. Por efecto es claro que se requiere que se pruebe

la antijuridicidad por parte de la autoridad administrativa y una defensa para el investigado bajo un juicio de responsabilidad, donde puede defenderse a la luz que su comportamiento no daña el bienestar social y por ende no daña ni pone en riesgo el bien tutelado o que se encuentra dentro de los supuestos del artículo 12 de la ley referida.

Hasta aquí una parte de este nuevo decreto ejecutivo que reglamenta la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Estudiemos ahora el artículo 5 del Decreto Ejecutivo 1193 de 2020, donde se indica:

Artículo 5. Sustitúyase el artículo 9 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado por el siguiente texto:

Artículo 9. - Acuerdos y prácticas restrictivas excluidas de la regla de *minimis*.- los acuerdos y prácticas restrictivas prohibidas por su objeto no podrán ser considerados como de escasa significación, debido a su potencial de restringir la competencia, independientemente de su escala de operación.

Más adelante se profundizará en el concepto *de minimis*, pero, para el problema en mención partamos de que no se sabe con seguridad al fin cuáles son los carteles horizontales que serán sancionados por objeto. Si todos los del artículo 11 de la LORCPM o los que se indican dentro del segundo inciso del artículo 4 del Decreto Ejecutivo reglamentario de la ley. Adicionalmente, si se excluyen o se incluyen los carteles verticales, pues la redacción del artículo 4 del Reglamento es ambigua.

Lo que si es cierto es que bajo el imperio autónomo e independiente del artículo 9 transcrita, es que por su redacción se entendería que a todas las investigaciones de carteles por objeto que sean verticales u horizontales se le aplica la regla *de minimis* y son sancionadas con la sola tipicidad. Empero este artículo no puede ser interpretado de forma independiente y aislada del resto de los artículos; por ejemplo, del artículo 1 de la LORCPM, del primer inciso del artículo 11 y del artículo 12 de la ley de control de poder de mercado. La interpretación debe ser armónica, sistemática y racional.

Sería más fácil si la reglamentación hubiera diferenciado entre el concepto de la palabra «significación» y la frase «**independientemente de los efectos reales o potenciales que pueda tener el mercado**», contenidas en los dos artículos que comentamos de la nueva reglamentación. Para el autor de este libro, tanto la palabra como la frase tienen el mismo alcance, sentido y acepción.

Todo lo dicho es para una investigación por cartel cuando sea por objeto. Pero si se desarrolla una investigación por efecto, allí sí se mide si es significativo y tiene defensa. Con todo respeto, una norma totalmente por fuera de razón económica. Es decir, es mejor desarrollar y ejecutar el acuerdo (efecto), pues en esos casos existe más defensa para el investigado. En corto, se premia desarrollar el cartel pues se tiene más posibilidad de defensa para el investigado.

Pongamos un ejemplo. Si un operador económico, a quien se denominará A, adelanta un contrato con un competidor B, y en ese contrato aparece contenida una cláusula de limitación en la producción de bienes, y ellos, tanto A como B, por algún motivo no desarrollan el acuerdo, se tiene que según la norma, tanto A como B son responsables y serán sujetos de sanción, así tan solo tengan el 0.5 % del mercado (no significativo para daño al mercado o puesta en riesgo), dado que de acuerdo al Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado no se exige antijuridicidad y se juzga solo por tipicidad, siendo algo así como una verdadera presunción de derecho que no admite prueba en contrario sobre afectación al bien tutelado. Empero, si en nuestro caso, tanto A y B ejecutan el contrato en el mercado y concretan en el mercado el cartel, allí los investigados podrán alegar que el comportamiento no es significativo, y el investigado sería absuelto, por antijuridicidad. Absurdo.

Así, de forma muy sincera, desde el punto de vista de la defensa de un investigado es preferible que el investigado adelante el cartel, pues así tiene más defensa. Resulta irónico el asunto. Pero como indicamos atrás, les corresponde a los jueces de lo administrativo dar luz en estos casos a la interpretación que otorgue la Superintendencia en su actuar. Pensamos que la intención del reglamento fue descargar la carga probatoria para que la Superintendencia no tenga que probar la afectación o puesta en riesgo de los carteles cuando son investigados por objeto.

Por ahora, hay que recordar que, independientemente de lo que se quiera interpretar de los artículos comentados, sigue rigiendo la matriz de responsabilidad con la cual se ha venido trabajando para explicar el tema, propia e imperativa para un juicio válido dentro del régimen de derecho romano-germánico. Pero con cierta modificación, la cual es necesaria para un juzgamiento y no se puede evadir. Veamos nuestra posición respecto de carteles o acuerdos contenidos en el artículo 11 de la LORCPM:

Típico:	→	Cartel horizontal y/o vertical contenido en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado
Antijurídico:	→	Para todos los comportamientos verticales por objeto o por efecto se requiere la prueba de daño o puesta en riesgo al bien tutelado a la luz del artículo 1 de la LORCPM, concordante con el primer párrafo del artículo 11 de la misma Ley, así como con el artículo 12 del mismo ordenamiento. Sin desconocer lo dicho en el artículo 4.
Culpable:	→	Intención o falta de diligencia

Más adelante se abordarán estos puntos en reiteradas ocasiones, ya que son complejos de entender, y técnicos, dado que se combinan dos temas: (i) economía y (ii) juicios técnicos de responsabilidad sancionatoria administrativa. Sobre todo esto se hablará en detalle en cada momento que sea necesario, como ustedes podrán constatar a medida que avance la lectura.

Ahora, adelantemos el análisis en lo referente a la antijuridicidad de los casos cuando se presenta **abuso de poder de mercado o de la posición de dominio**, lo cual también presenta novedades bajo los decretos ejecutivos que reglamentan la LORCPM.

El artículo 2 del Decreto Ejecutivo 1193 de 2020 por medio del cual se reglamenta aspectos atinentes a la LORCPM, indica que el artículo 6 del Decreto Ejecutivo 1152 de 2017, quedará así:

«Artículo 6.- Abuso de poder de mercado.- **Las conductas de abuso de poder de mercado tipificadas en el artículo 9 de la Ley no serán susceptibles de exoneración alguna.** La acción de Estado, conforme lo previsto en el artículo 28 y siguientes de la Ley, se sustentará en el interés público y el bienestar general». (Negrita fuera del texto original)

Con la descripción del artículo es claro que el reglamento pretende excluir cualquier defensa del investigado cuando se trate de una investigación iniciada por la Superintendencia de Control de Mercado. Es muy importante acá un

punto. La posición de dominio, o el poder de mercado, exige necesariamente que dicha posición se presente dentro de un escenario donde no exista elasticidad de la demanda o elasticidad de la oferta y por ello cualquier abuso dentro de ese escenario ya resulta dotado para encontrar inicialmente como responsable a quien abusa tan solo con la tipicidad. En otras palabras, si un operador económico ostenta posición de dominio es porque existe un grado de concentración y dependencia del mercado hacia él y así, un comportamiento que encuadre dentro de las prohibiciones contenidas en el artículo 9 de la LORCPM es suficiente para hallarlo responsable, sin juicio de antijuridicidad, dado que la antijuridicidad inicialmente se encuentra en la calificación de posición de dominio (artículo 8 de la LORCPM) más no en el encuadre típico de abuso (artículo 9).

Sin embargo, desde ahora se advierte que ello no es absoluto, pues una cosa es la prueba de posición de dominio y otra muy diferente definir si el comportamiento calificado como abusivo es eficiente para la economía y para el sector económico en cuestión (artículo 1 de la LORCPM, concordante con el primer párrafo del artículo 9 de la misma ley), es decir, probar que el comportamiento típico por abuso para el caso juzgado es eficiente para la economía rompiendo la antijuridicidad inicial. Un ejemplo sería permitir que un fabricante con posición de dominio le asigne un territorio a un distribuidor de forma exclusiva. En principio ello es restrictivo en su tipicidad, empero, si es una zona aislada donde no llega el producto, la exclusividad se convierte en atractiva y permite que un agente se arriesgue a distribuir en ese sector, siendo eficiente el comportamiento, dado que se está llegando con el producto a zonas abandonadas. Faltaría ver que no repita su margen de monopolista, pero en principio el comportamiento incentiva el bienestar social del lugar. Por eso, no es que romper la antijuridicidad sea una exoneración, lo que ocurre es que por falta del elemento antijuridicidad no se alcanza a completar el juicio de responsabilidad exigido a la luz de la LORCPM (artículo 1, concordante con el primer párrafo de los artículos 9 y 11), dado que no se trata de presunciones de derecho, y por tanto admiten prueba en contrario, lo cual no puede ser confundido con la figura de la exoneración. Lógicamente, si todos los elementos de la estructura de responsabilidad se cumplen de acuerdo con la ley y no son desvirtuados en razón al debido proceso y el derecho de defensa, no cabe exoneración.

Miremos de nuevo el artículo 1 de la ley para dejar el tema claro; sin embargo, más adelante se profundizará en esto:

«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 económica social, solidario y sostenible». (Negrita fuera del texto original)

La matriz de un juicio de responsabilidad administrativa para el caso de abuso del poder de mercado quedaría así:

Típico	→	Supuestos de abuso contenidos en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado
Antijurídico	→	Se rompe antijuridicidad si se prueba EFICIENCIA y la no afectación al bienestar social con el comportamiento (artículo 1 de la LORCPM, concordante con el primer párrafo del artículo 9 de la misma ley, así como el artículo 4 de ese ordenamiento)
Culpable	→	Intención o falta de diligencia

En conclusión, se sugiere a los funcionarios de la Superintendencia de Control de Mercado, probar en sus investigaciones que una conducta daña el bienestar social y que no es eficiente, sea porque investiga un cartel por objeto o por efecto o un presunto abuso de la posición de dominio. Así mismo, se sugiere a los investigados defenderse alegando que el comportamiento no es típico, no es antijurídico y que no es culpable. En todo caso será la justicia de lo contencioso administrativo la que defina la situación, bajo normas propias del derecho romano-germánico y no del derecho anglosajón.

C. NATURALEZA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DEFINE EL INTERÉS GENERAL DE LA CONDUCTA

Dado que una investigación administrativa de prácticas comerciales restrictivas está sujeta a las reglas de derecho administrativo sancionatorio se tiene que dentro de dicha reglamentación la administración se pronuncia bajo actos administrativos.

Los actos administrativos pueden ser de fondo o de trámite y reglados o discrecionales.

En nuestro concepto, el acto de apertura de investigación es un acto de trámite donde se decide temporalmente el elemento de antijuridicidad (bienestar social) bajo prueba sumaria no sujeta a contradicción, pues se da al momento de la apertura de investigación. Si el acto administrativo cierra una denuncia presentada por un particular, evidentemente el acto no es de trámite sino de fondo.

Ahora bien, por el contrario si la Superintendencia de Control del Poder de Mercado abrió una investigación, una vez se adelante la contradicción de la prueba que conllevó a la apertura de investigación, es decir, ya con plena prueba y no con prueba sumaria, debe decidirse sobre este punto en la resolución final, y dicha decisión, por ser de fondo, está sujeta a contradicción. Hay que recalcar que la calificación de daño al bien tutelado es reglada, pues se requiere una afectación o puesta en riesgo real del bien tutelado, es decir, del bienestar social cumpliendo con la finalidad y objetivo imperativo que trae la ley dentro del artículo 1 de la LORCPM, dado que es un artículo que no se puede obviar en la aplicación de la ley por el ente investigador. De otra forma perdería sentido la aplicación de la ley y lo dispuesto por el legislador, más aún si se observa el contenido del artículo 4 de la LORCP.⁴³

II. ANTIJURIDICIDAD DENTRO DEL MERCADO RELEVANTE

Las tres finalidades a las que se hizo referencia como parte integrante del bien jurídico tutelado por violaciones a la LORCPM, es decir: (i) el interés general; (ii) el comercio justo; (iii) la eficiencia, deben ser observadas indistintamente en cada segmento de mercado, es decir, tienen aplicación en cada actividad escogida por las empresas. Con lo anterior se deja constancia de que el régimen de control del poder de mercado tiene aplicación en todos los segmentos económicos, inclusive en los regulados.

Cada actividad económica está separada en lo que se define como mercado relevante, que es el escenario económico donde se presentaría el daño con el comportamiento restrictivo empresarial.

Se denomina «mercado relevante» al segmento económico donde presuntamente una empresa está impidiendo el libre desarrollo de la oferta o la

43 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 53-11-IN/21 y acumulados, 10 de noviembre de 2021

demandas, es decir, donde se está presentando la falla de mercado causándoles daño a los principios comentados.⁴⁴

En el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado se define así:

«A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, 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 dicho mercado. 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».

Para definir qué es un mercado relevante, es necesario primero partir del alcance de la expresión mercado, para así entender la segmentación que se pretende del mismo.⁴⁵

Mercado es el lugar geográfico donde se encuentran la oferta y la demanda de un producto determinado que se pretende intercambiar a cambio de un

44 COLOMA. *Defensa de la competencia*, cit., pp. 57 a 72.

45 CREUS CARRERAS y LACALLE MANGAS. *Comunicación sobre la definición del mercado relevante a los efectos del derecho comunitario de competencia*, cit. pp. 105 a 107.

precio.⁴⁶ Del lado de la demanda se encuentra el consumidor, y del lado de la oferta, el empresario.

Son muchas las variables que se encuentran dentro de la definición de mercado: lugar, oferta, demanda, producto y precio. Todos estos ingredientes logran definir un mercado y diferenciarlo de otro. Por ello, un mercado, de acuerdo con el lugar donde se desarrolle, es diferente de otro ubicado en otro lugar, en cuanto a precio, participantes (consumidores y empresas) y demás.

Teniendo en cuenta la definición de mercado y sus elementos, es necesario delimitar previamente el segmento que se va a proteger (mercado relevante).

No es posible determinar si un comportamiento afecta a la competencia si antes no se ha definido el producto que venden las empresas; los competidores que enfrenta; los consumidores que requieren el servicio, así como el territorio, ya que el daño por el comportamiento anticompetitivo se sufre directamente dentro de un segmento específico de la economía que se denomina *mercado relevante*.

Así, el Derecho de Control del Poder de Mercado tiene aplicación en todos los segmentos de mercado existentes en una economía y en cada uno de ellos se exige el libre desarrollo de los principios o aspectos económicos indicados en puntos anteriores.

El mercado relevante es la segmentación de la economía en pequeños mercados autónomos e independientes, donde se exige siempre la realización y observancia de las finalidades de la competencia. Por tanto, el mercado relevante es el escenario económico donde se falsea la competencia.

Para establecer el mercado relevante se debe determinar primero el territorio donde participa y los bienes o servicios que ofrecen las empresas. Es decir, el mercado relevante se conforma por el mercado-producto y el mercado-territorio. La sumatoria de estos dos permite segmentar un mercado de otro con miras a observar y estudiar el desarrollo de la competencia.

46 «El mercado relevante es el ámbito geográfico en el cual se ofrecen o demandan los productos o servicios en un espacio temporal determinado. En términos generales, 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. En forma más simple, el mercado relevante es el espacio geográfico en el que se ofrecen o demandan productos o servicios similares. Como consecuencia el mercado relevante tiene una doble dimensión: de productos o servicios y geográfica o territorial»: GINEBRAU SERRABOU. *Derecho de la competencia*, cit., pp. 101 a 112.

Por el lado del *mercado-territorio* se observa la segmentación de acuerdo con la zona de influencia de la empresa, que es la zona donde vende sus productos, y la extensión hasta donde el consumidor puede trasladarse y comprar ese bien.⁴⁷ No es lo mismo una empresa vendedora de cerveza ubicada en Chile que otra empresa ubicada en Ecuador, ya que el mercado relevante por territorio de las dos es absolutamente diferente, no obstante que manejan el mismo producto. Lo mismo ocurre dentro de un país, pues en determinados mercados las empresas participan en unos territorios y en otros no, y ello significa que no todas compiten entre sí. Para la existencia del mercado territorio debe tenerse en cuenta específicamente la zona donde las empresas participan y compiten de manera efectiva. Las demás no hacen parte del mercado-territorio.

Para entender mejor el concepto de mercado-territorio también se utilizan definiciones económicas, como lo es elasticidad de la oferta, figura que analiza la posibilidad y facilidad que tienen algunas empresas de entrar rápidamente a otro lugar de competencia diferente de donde están establecidas, y esto se presenta, por ejemplo, con empresas de otro lugar donde el precio es alto, y la empresa estudiada puede llegar fácilmente, pues todavía reporta un margen de utilidad respecto de las que se encuentran en otro lugar definido. Es decir, son productores que tienen experiencia en la elaboración del producto final, pero que en principio no tienen presencia, aunque son elegidas o pueden llegar a serlo.⁴⁸

47 «El mercado geográfico de referencia se define como la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquellas», Comunicación de la Comisión Europea (comunicación 97/C372/03 relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia): JOSÉ MARÍA BENEYTO PÉREZ. *El control de concentraciones en España: un nuevo marco legislativo para las empresas*, España, Instituto de Estudios Europeos, Centro de Política de la Competencia, 2001, pp. 32 a 37.

48 «La elasticidad de la oferta indica el grado de reacción que muestran los productores a un cambio en el precio. Su respuesta depende de qué tan fácil o difícil sea modificar la producción como consecuencia de un cambio en el precio. Si el costo de ofrecer cada unidad adicional se incrementa abruptamente a medida que la producción aumenta, entonces un precio más alto propiciará poco incremento en la cantidad de oferta, de modo que la oferta tenderá a ser inelástica. Pero si el costo adicional se incrementa lentamente conforme la producción aumenta, el sueño de fijar un precio más alto generará un incremento mayor en la producción. En tal caso la oferta tenderá a ser más elástica».

«La extensión del periodo de ajuste es un determinante importante de la elasticidad de la oferta. [...] la elasticidad de la oferta es mayor cuanto más extenso es el período de ajuste», MCEACHERN. *Microeconomía. Una introducción contemporánea*, cit., pp. 100 a 103.

Entonces, no solamente hacen parte del mercado-territorio las zonas específicas donde participan, sino todos los territorios donde es fácil entrar a competir. En desarrollo de lo anterior, no solo hacen parte del mercado-territorio aquellas empresas que compiten de manera efectiva en un lugar, sino todas aquellas a las que ante un posible aumento de precios les resulte fácil participar en ese territorio específico donde antes no participaban.

Las autoridades de competencia, al momento de segmentar el mercado relevante bajo la óptica territorial, tienen los siguientes criterios:

- Precios.
- Estructura de la oferta.
- Estructura geográfica de las compras de los clientes.
- Características de los productos.
- Preferencias del consumidor.
- Obstáculos arancelarios.
- Flujos comerciales verdaderos.

En resumen, el mercado territorio se puede representar así:

Mercado territorio	=	Territorio donde participa la empresa con presencia efectiva	+	Territorios diferentes al de presencia efectiva donde todavía es rentable la venta del producto
--------------------	---	--	---	---

En lo que se refiere al *mercado-producto* se puede señalar que este concepto agrupa los productos que satisfacen la necesidad requerida por el consumidor, es decir, los bienes o servicios que compiten entre sí.⁴⁹ En este sentido, cada necesidad que el consumidor pretenda satisfacer representa en sí misma un mercado-producto. Bajo tal perspectiva, el mercado producto es una actividad empresarial diferenciada de otras.

⁴⁹ «El mercado de referencia de producto es aquel que comprende la totalidad de productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos», Comunicación de la Comisión Europea (comunicación 97/C372/03 relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia): BENEYTO PÉREZ. *El control de concentraciones en España*, cit., pp. 32 a 37.

Para segmentar el mercado producto primero se debe observar el *bien principal*, que es aquel que satisface la necesidad del consumidor. Este producto compite con todos aquellos de la misma clase. Es decir, el fabricante lucha por el mercado frente a todas las empresas que fabrican o producen diferentes marcas de productos de la misma gama. Por tanto, hasta acá se tiene que el mercado producto estará conformado por la actividad específica de una empresa.

Pero el mercado-producto no solamente está conformado por el *bien principal*, sino que también hacen parte de él aquellos bienes que se acercan a satisfacer la necesidad que proporciona al consumidor el producto principal. Es decir, hay productos que se denominan *sustitutos* porque pueden resultar admisibles para el consumidor ante una escasez del bien principal en todas sus marcas y que pueden remplazarlo en el mercado por un potencial comprador.

Para que se presente la sustitución se requiere que el bien sustituto tenga cercanía en cuanto a precio, así como en cuanto a la satisfacción que le brindará al consumidor.⁵⁰

Son productos *sustitutos perfectos* los bienes que pueden remplazar fácilmente al bien principal, los cuales compiten entre sí ya que también pueden ser escogidos por los consumidores. Entonces, el mercado producto estará conformado por los bienes principales y por los sustitutos perfectos.

50 «La sustituibilidad de la demanda implica la determinación de la serie de productos que el consumidor considera sustitutos. Para llegar a esta determinación puede realizarse un ejercicio mental, que presuponga una variación pequeña y de precios relativos y que analice la posible reacción de los consumidores frente a esta variación. El ejercicio de definición del mercado se centra en los precios con fines operativos y prácticos, y más concretamente en la sustitución de la demanda provocada por pequeñas variaciones permanentes en los precios relativos».

«Desde un punto de vista conceptual, este enfoque implica que, partiendo del tipo de producto que las empresas afectadas venden y de la zona en que lo venden, otros productos y zonas se incluirán o excluirán de la definición del mercado según que la competencia de estos productos y zonas afecte suficientemente a la estrategia de fijación de precios de las partes a corto plazo o la restrinja [...]».

«La sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta al definir el mercado relevante en los casos en que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata. Esto requiere que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, es decir, en un período que no suponga un ajuste significativo de los activos materiales e inmateriales para producir el producto, sin incurrir en costos o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos [...]: GINEBRA SERRABAU. *Derecho de la competencia*, cit., pp. 101 a 112.

Los sustitutos pueden ser a su vez de dos clases: perfectos e imperfectos.⁵¹ Los sustitutos perfectos, como se indicó, son aquellos que ante un alza de precios de los bienes principales son fácilmente escogidos en su reemplazo porque la satisfacción de su necesidad es muy cercana a la que otorgan aquellos. Los *sustitutos imperfectos* son aquellos bienes que no obstante acercarse a satisfacer una necesidad, no son escogidos por los consumidores en razón de su precio o de otros factores, y por dicha situación no hacen parte del mercado relevante, pues no compiten con el producto principal.

Económicamente, puede determinarse la sustitución de los bienes mediante ejercicios de elasticidad de la demanda,⁵² según la cual a través de proyecciones se aumenta hipotéticamente el precio del producto principal a fin de observar cuál sería el comportamiento racional de los consumidores definiendo los productos que serían escogidos en reemplazo de los principales. Posteriormente, se adelantará el mismo ejercicio, pero esta vez aumentando el precio del bien principal y del sustituto perfecto, observando hacia dónde se dirige el pensamiento racional de compra de un cliente habitual. Puede

51 «La sustituibilidad por el lado de la demanda de un producto puede dividirse en perfecta e imperfecta. En la primera encontramos aquella que representa una satisfacción de necesidad muy cercana a la otorgada por el producto principal. La segunda, no obstante de ser un sustituto se aleja de las necesidades del consumidor, como por ejemplo en lo que tiene que ver con la variable precio. Si se toma como ejemplo el mercado de los aceites, tanto la margarina como el aceite de oliva son sustitutos del aceite de maíz, sin embargo el aceite de oliva mantiene un precio que lo convierte en sustituto imperfecto. Cosa diferente ocurre con la margarina, la cual por producto y precio representa un sustituto perfecto del aceite de maíz. Entonces debe concluirse que la sustituibilidad para determinar un mercado relevante no puede ser observada desde la naturaleza del bien para ser sustituto, sino por el verdadero desplazamiento de la demanda por un aumento de precios del bien principal»: MAURICIO VELANDIA. *Fusiones y concentraciones empresariales dentro de la ley antimonopolio*, Letras Jurídicas, vol. 6, n.º 2, septiembre de 2001, pp. 161 a 163.

52 «Según la ley de la demanda decreciente, la cantidad demandada tiende a variar inversamente al precio. Pero a menudo queremos saber cuánto variará en respuesta a una variación del precio».

«La elasticidad precio de la demanda (denominada a veces elasticidad precio) mide cuánto varía la cantidad demandada de un bien cuando varía su precio. El concepto elasticidad es análogo a sensibilidad. La elasticidad precio de la demanda, es la sensibilidad de la cantidad demandada de un bien a las variaciones de su precio, manteniéndose todo lo demás constante [...]».

«Las demandas de bienes se diferencian por sus elasticidades. La demanda de bienes necesarios, como los alimentos, apenas suelen responder a las variaciones de los precios, mientras que los bienes de lujo, como los viajes en avión, generalmente son sumamente sensibles a los precios. Los bienes se dividen en diferentes categorías dependiendo de la sensibilidad de su demanda a las variaciones de los precios. Un bien es elástico cuando su cantidad demandada responde significativamente a las variaciones del precio y es inelástico cuando su cantidad demandada apenas responde a las variaciones del precio»: Mc EACHERN. *Microeconomía. Una introducción contemporánea*, cit., pp. 100 a 103.

repetirse el ejercicio hasta encontrar que un consumidor renuncia a satisfacer la necesidad por considerar que el precio no se ajusta a la misma.⁵³

Para definir el mercado producto las autoridades de competencia utilizan los siguientes criterios:

- Propiedades y uso del producto.
- Precio.
- Preferencia de los consumidores.
- Diferentes categorías de clientes.
- Barreras y costes que limitan o impiden la sustitución efectiva.

En lo que se refiere al mercado producto, este se puede graficar de la siguiente manera:

Mercado producto	=	Bienes Principales	+	Bienes sustitutos perfectos	-	Bienes sustitutos imperfectos
------------------	---	--------------------	---	-----------------------------	---	-------------------------------

Por último, el mercado relevante puede resumirse en el siguiente gráfico:

Mercado Relevante	=	Mercado territorio	+	Mercado producto
-------------------	---	--------------------	---	------------------

Para finalizar esta parte es oportuno traer algunas definiciones de la Comisión Europea al respecto.

El mercado de producto referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o

53 En Europa, para definir esta parte del mercado relevante utilizan el test SSNIP (Small but Significant non Transitory Increase in Price) quien utiliza el ejemplo de bebidas refrescantes para dar un ejemplo de su aplicación. Parten del supuesto de que todos los productores del sabor A deciden aumentar 5 a 10 % los precios de su producto. Si un aumento de esta naturaleza es rentable para los productores, ello significará que el sabor A es el mercado del producto relevante. Caso contrario, es decir, si los consumidores deciden comprarle a B, el mercado del producto será más amplio. Tendría que repetirse nuevamente el ejercicio suponiendo que A y B aumentan el precio de 5 a 10 %, observando si los consumidores se trasladarían a C, y así sucesivamente.

sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos. En algunos casos, un mercado de producto referencia puede estar compuesto por una serie de productos o servicios individuales que, en gran medida, presentan características físicas o técnicas de gran similitud y son intercambiables.

El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro y demanda de productos y servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas.

Bajo tal orden de ideas debe segmentarse el mercado relevante y encontrar la antijuridicidad del comportamiento, es decir, la afectación y su significancia.

Determinación del Mercado Relevante (Art. 5 LORCPM)		
Elemento	Contenido	Puntos que observar
Mercado del producto o servicio	Sustitutos	Bien o servicio principal
		Preferencias de consumidores
		Características, usos y precios de sustitutos
		Costos de sustitución
		Posibilidades tecnológicas y tiempo requerido para sustitución
Mercado geográfico	Zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante	Factores
		Costos de transporte
		Modalidades de venta
		Barreras de comercio existentes
Características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores	Los competidores deben ser equiparables	Superficie de venta
		Conjunto de bienes ofertados
		Tipo de intermediación
		Diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto

III. CAUSAS EXCLUYENTES DE LA ANTIJURIDICIDAD

Excluye que un acto sea antijurídico, entre otras, la legítima defensa y el uso legítimo de un derecho.

Un ejemplo permite dar aplicación a lo dicho respecto de la antijuridicidad, veamos: en materia de acuerdos restrictivos se castigan los comportamientos paralelos de empresas, es decir, cuando las empresas comienzan a actuar de manera idéntica dentro del mercado sin ninguna explicación, lo cual resulta estar dentro de la tipicidad ubicada en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; pero puede ocurrir que la conducta, no obstante ser típica bajo la luz de prohibición de acuerdos, no sea antijurídica, por encontrarse una causal que excluye la misma, como se presenta cuando por estado de necesidad existe un seguimiento al líder (paralelismo) como una respuesta natural del mercado, resulta ser válido si no se excede en ello. Entonces, aunque el comportamiento sea un paralelismo (acuerdo), el mismo, en ciertos escenarios, no se ajusta a lo antijurídico, pues ese paralelismo resulta ser, en algunos casos, una respuesta natural de mercado (uso legítimo de un derecho o legítima defensa), teniendo causal excluyente de antijuridicidad, a pesar de tratarse de paralelismo. Entonces, en este caso, el seguimiento de unas empresas a otra tendría justificación, en su falta de antijuridicidad, no obstante ser típico.

Puede ser alegado para neutralizar la antijuridicidad, lo siguiente:

- Mejoras en la producción.
- Progreso técnico.
- Progreso económico.
- Participación equitativa de los consumidores en el beneficio resultante.
- Carácter indispensable de las restricciones.
- No eliminación de la competencia.
- Autorización previa al acuerdo.

Estas situaciones suelen ser agrupadas bajo el concepto de eficiencia, que es un excluyente de la antijuridicidad especial para prácticas restrictivas de la competencia o conductas contrarias a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. La eficiencia en un mercado implica la maximización de los beneficios y excedentes de consumidores y productores. La eficiencia no es más que una conducta adoptada por las empresas, encaminada a reducir los costos finales de un producto para favorecer con ello a los consumidores,

quienes en relación directa podrán, por el ahorro obtenido de la empresa eficiente reflejado en el precio final del producto, adquirir más bienes, con lo que se fortalece su capacidad adquisitiva dentro del mercado.

Así, por ejemplo, un acuerdo entre competidores (tipicidad) no sería sancionable si se hace con el fin de llevar un producto a zonas de difícil acceso, y si dicho acuerdo es la única forma de lograrlo. Piénsese, por ejemplo, en un acuerdo entre distribuidores para unir capacidades y distribuir productos de primera necesidad en zonas apartadas ubicadas en Ecuador. Claramente en ese caso habría ganancias en eficiencia y el cartel no sería sancionable.

La eficiencia es causal excluyente tanto para carteles como para el abuso de la posición dominante.

Existe otra causal especial para carteles pero que no aplica para abuso de posición dominante, se trata de la elasticidad del mercado. Un mercado es elástico cuando hay variedad de oferentes, y por ende, los consumidores tienen varias opciones para elegir. De esta manera, si uno o dos oferentes elevan los precios, los consumidores podrán simplemente comprarle a alguien más y no se verán obligados a pagar más caro. Por el contrario, si la demanda es inelástica, ya sea porque no hay más oferentes o porque los que hay no tienen la capacidad ociosa suficiente para atender la demanda, los consumidores tendrán necesariamente que pagar el precio más alto que resultó del acuerdo entre los competidores. En el primer caso, es decir en un mercado elástico, no hay afectación al excedente del consumidor, por lo que tampoco hay antijuridicidad. La elasticidad del mercado excluye la antijuridicidad de un cartel.

Esta última causal no aplica para abuso de la posición dominante, ya que como se verá en su momento, la existencia de posición dominante implica de por sí que el mercado es inelástico.

Entonces, para el tema de prácticas restrictivas hay dos causales especiales excluyentes de antijuridicidad. La primera es la eficiencia, que aplica tanto para carteles como para abuso de la posición dominante. La segunda es la elasticidad del mercado, que aplica solo para carteles.

Para culminar esta parte se transcriben las palabras del senador SHERMAN, cuando se estaba aprobando la ley que lleva su nombre: «La unión del espíritu emprendedor y el capital no se conforma con la creación de sociedades y corporaciones que compiten entre sí. Por ello, se ha inventado una nueva forma de asociación denominada *trust*, cuyo objeto es evitar la competencia mediante la coordinación de las sociedades y las personas que actúan en un

determinado sector ofreciendo el poder a un pequeño número de personas y, a menudo a una sola [...] El único objeto de esas empresas es hacer la competencia imposible».

Así, si un comportamiento, aunque tipificado, no lesionó ni puso en peligro un bien jurídico que por su relevancia social está protegido por el Estado, resultaría lesivo de derechos fundamentales castigarlo alegando la protección de un interés mayor o superior, por lo que el concepto de antijuridicidad deviene además como una garantía de proporcionalidad para los individuos gracias a la cual solo se castigarán comportamientos verdaderamente relevantes y no cualquiera que escasamente se adecue a una norma sin haber causado daño alguno.

La elasticidad de la demanda es un concepto utilizado en economía para determinar como el cambio de una variable en un mercado afecta la demanda, esa variable puede ser precio, calidad o ingresos, entre otras.⁵⁴ Es importante saber «el grado en que la gente responde a los cambios económicos como cambios en los precios o en las percepciones del consumidor. La elasticidad es un elemento que se utiliza para medir tal capacidad de respuesta».⁵⁵

En otras palabras, con la elasticidad de la demanda se mide si esta disminuye o no ante un cambio en algún elemento de la oferta, y cuál será el comportamiento de los consumidores ante ello, particularmente en el «precio».

La demanda será elástica cuando los consumidores tienen opciones de elegir otros oferentes y ante un cambio o aumento de precio pueden moverse entre varias opciones. La demanda no será elástica si no tienen alternativa alguna y quedan a merced de los cambios efectuados.

Este concepto puede entenderse de forma sencilla incluso desde su denominación gramatical, por pura lógica. La demanda es elástica cuando no es rígida, es decir, cuando los consumidores no están atados a un solo oferente por alguna circunstancia, ya sea porque no hay otras opciones o porque las otras opciones no tendrían la capacidad ociosa de atender toda la demanda. En estos casos y otros, si el oferente al que los consumidores se ven obligados a acudir desaparece, los consumidores no tendrán forma de satisfacer sus necesidades, de manera que están a merced de lo que este decida.

54 WALTER NICHOLSON. *Microeconomía intermedia y sus aplicaciones*, cit., pp. 119 y 120.

55 WILLIAM A. Mc EACHERN. *Microeconomía. Una introducción contemporánea*, cit., pp. 88 y 89.

En cambio, si hay variedad de opciones para el consumidor y hay verdadera competencia entre ellas, si un oferente desaparece, los consumidores habituales de este simplemente pueden cambiar de oferente y seguir satisfaciendo sus necesidades, por lo que si un oferente adelanta conductas anticompetitivas o, por ejemplo, sube exageradamente los precios, los consumidores simplemente dejarán de comprarle a él y acudirán a otro, por lo que ni ellos ni su excedente se verán afectados en realidad, el consumidor no se verá obligado a pagar caro porque tiene otras opciones disponibles para comprar barato.

De esta manera se habla de mercados elásticos o mercados inelásticos.

En cuanto a la relación entre la elasticidad de la demanda y la fijación de precios, vale la pena resaltar que mientras más elástica sea la demanda, menos probable es que los agentes económicos fijen exitosamente precios altos; «habrá menos razones para preocuparse por una posible colusión si la elasticidad de la demanda es alta».⁵⁶

Hay que enfatizar que también existe la elasticidad de la oferta, referida también a cómo se comportarán los oferentes ante un cambio porcentual en cierta variable.⁵⁷ Entendiéndose a partir de qué tan fácil es para un agente económico entrar a un mercado según el margen de utilidad proyectado y el acceso a las materias primas requeridas. Si es fácil entrar a un mercado la oferta será elástica. Por el contrario, si se encuentran barreras de entrada, de cualquier tipo, y es muy complicado entrar no se estará en presencia de un mercado elástico desde la oferta.

La conclusión de lo anterior sería que cuando la demanda es elástica, un comportamiento anticompetitivo puede ser no antijurídico, ya que el consumidor no está obligado a quedar a merced de la conducta anticompetitiva, sino que puede recurrir a otras opciones, por lo que su excedente y el del productor no se verán afectados. Es decir, el bienestar social estará a salvo. Por otro lado, habría que concluir que cuando existe un poder de mercado individual o en la sumatoria de los cartelizados que están subiendo excesivamente los precios y la demanda no es elástica, el consumidor no tendrá otra opción que quedar a merced de ellos, no habrá libertad de escogencia y por lo tanto no habrá eficiencia. O sea, si en un mercado no hay presión competitiva, no hay elasticidad de la demanda y las conductas anticompetitivas serán antijurídicas. De manera que básicamente, y para resumir este acápite en muy pocas palabras, generalmente las conductas serán antijurídicas cuando se trate de un mercado no elástico de la demanda

56 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., p. 186.

57 WALTER NICHOLSON. *Microeconomía intermedia y sus aplicaciones*, cit., pp. 248 y 249.

u oferta por fuera del cartel. Es decir, un cartel del 3 % de participación de mercado hace que sea elástico pues el 97 % no están cartelizados, dado que desde la óptica objetiva el excedente del consumidor está a salvo dado que puede comprarle a ese 97 %. Cosa diferente ocurre si el 97 % son las empresas cartelizadas dado que gran parte de la totalidad de la demanda está obligada en comprarle a los cartelizados, poniendo en peligro el excedente del consumidor.

Un punto importante acá es definir desde ahora que en los casos de abuso de poder de mercado la inelasticidad de la demanda es connatural al poder de mercado, y ese hecho hace que la calificación de poder de mercado representa ya la antijuridicidad quedando solo probar el abuso, mediante la tipificación de la conducta abusiva. En estos casos la antijuridicidad se rompe solo alegando «eficiencia» del comportamiento abusivo, lo cual es posible en virtud del bienestar social, pese al comportamiento abusivo, se insiste.

Por último, cabe señalar que estar dentro de los supuestos del artículo 12 de la LORCPM, rompe la antijuridicidad por mandato de la misma ley, en la medida que allí aparecen las exenciones para que un arreglo, acuerdo o cartel sea calificado como violatorio, no por tipicidad, sino por antijuridicidad.

IV. CASOS DONDE SE DEBE DEFINIR EL MERCADO RELEVANTE

La definición de mercado relevante es necesaria para todos los asuntos donde se debata este tema. Sin ella no existe interés que tutelar. El artículo 5 de la LORCPM es claro en el punto.

Así se encuentra su importancia en:

- Los asuntos relativos a acuerdos o carteles de la competencia, para definir si la conducta es significativa, es decir si dañó el interés tutelado. Si el mercado es elástico no existe antijuridicidad.
- Los casos de abuso de posición de dominio, a fin de encontrar si dentro de ese segmento, el señalado como responsable sobrepasó sus límites comerciales, abusando. La inelasticidad del mercado está probada con la mera posición de dominio. La antijuridicidad se puede romper solo probando la eficiencia del comportamiento típico.
- En el entorno de la concentración empresarial, a fin de definir dónde tiene incidencia la unión, y cómo quedarán las estructuras del mercado en la oferta y en la demanda.
- En el tema de las ayudas estatales, las cuales se discuten ante la justicia contenciosa por nulidad o constitucionalidad.

V. RESPONSABILIDAD PENAL POR UNA PRÁCTICA ANTITRUST

La tendencia mundial es que los comportamientos que dañan la competencia o que se consideran violatorios de las normas de control de poder de mercado sean también juzgadas bajo la óptica penal. Cada vez es más usual en todas las jurisdicciones.

Delitos como la estafa, la usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales, la violación de reserva industrial o comercial ya son muy usuales, sin dejar de hablar de la colusión en licitaciones o delitos por manejos de precios.

Llegará el momento en que esto ocurra en el Ecuador. Es un proceso que viene desde EUA y Europa hacia acá. Un abogado penalista encontrará el camino para darle curso a algunas conductas que pueden encuadrar en tipos penales como ha ocurrido en otros países.

Lo anterior se ve reforzado con el contenido del artículo 72 de la LORCPM, que dice: «Cuando la Superintendencia de Control del Poder de Mercado encuentre indicios de responsabilidad penal, notificará y enviará una copia del expediente a la fiscalía general del Estado, para que se inicien las investigaciones y acciones correspondientes, sin perjuicio de las sanciones administrativas que puedan imponerse en virtud de esta Ley».

VI. RESPONSABILIDAD CIVIL POR UNA PRÁCTICA ANTITRUST O ANTIMONOPOLIO

Es conocido por todos que frente a la existencia de un daño nace de forma inmediata la obligación de resarcirlo por parte de la persona que lo causa.

En materia de derecho de la competencia o de control de poder de mercados, pueden resultar perjudicados consumidores o competidores. Ellos tienen acción civil por estos comportamientos. El artículo 71 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado indica que: «Las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por esta Ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común. La acción de indemnización de daños y perjuicios será tramitada en vía verbal sumaria, ante el juez de lo civil y de conformidad con las reglas generales y prescribirá en cinco años contados desde la ejecutoria de la resolución que impuso la respectiva sanción».

Así mismo, el artículo 79 del Decreto Ejecutivo 1152 de 2012 señala que: «El juez que dictamine sobre las acciones civiles previstas en el artículo

71 de la Ley, fundamentará su fallo en los hechos y calificación jurídica ya establecidos en la resolución que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado emita respecto a los asuntos que hubiere conocido».

En su gran mayoría los comportamientos fuentes de responsabilidad en materia antitrust o de control de poder de mercado nacen de una relación extracontractual. En lo personal, pienso que el demandante de un daño civil puede pretender la declaración de daño no proveniente de la violación de una norma de la LORCPM, sino que intente buscar una responsabilidad por daño extracontractual por un actuar de mala fe que le causa daño, que es castigado más por las normas privadas.

Bajo la óptica contractual será más fácil la entrada a la acción civil sin esperar la Resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dado que el actuar contra el principio de buena fe es castigado dentro del contrato sin esperar la existencia de una norma como la LORCPM.

El daño causado a una empresa es más atractivo que la propia multa que impone el Estado.

En todo caso, tema importante es lo que tiene que ver con la acción civil que tiene como causa los daños sufridos por una conducta de las descritas como carteles o abuso. Allí se encuentra el contenido del artículo 71 de la LORCPM, que señala:

«Art. 71.- Responsabilidad civil.- Las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por esta Ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común. La acción de indemnización de daños y perjuicios será tramitada en vía verbal sumaria, ante el juez de lo civil y de conformidad con las reglas generales y prescribirá en cinco años contados desde la ejecutoria de la resolución que impuso la respectiva sanción».

Como puede evidenciarse, el artículo transcritto contiene la posibilidad de ejercerse acción civil por conductas como carteles y abuso. Asimismo, se señala que se tramitará dicho proceso por las vías del proceso verbal. Por último, se describe el periodo de prescripción de la acción civil. Empero muy importante indicar que por ningún motivo debe entenderse que se esté creando una barrera procesal o una especie de prejudicialidad donde el afectado deba esperar una decisión de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Todo lo contrario, se le permite a un afectado iniciar su acción civil concomitante con la acción sancionatoria administrativa o solo el inicio de la acción civil. Para estos efectos de la acción civil el particular

podrá iniciar su acción en cualquier momento y pretender que el juez civil le juzgue y falle los daños que ha sufrido. La interrupción de la prescripción se presentará bajo las vías normales y en un plazo máximo de cinco años desde la ejecutoria de la resolución que impuso la sanción, si es que el caso fue conocido por la Superintendencia. Esto quiere decir que en caso de que no se inicie investigación por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el particular afectado no quede sin acción civil que le permita perseguir sus perjuicios derivados del daño. Lo mismo ocurrirá cuando exista una terminación de investigación por compromisos de cese, dado que no se le puede hacer imposible al afectado perseguir el valor de los perjuicios sufridos de manos del creador del daño. Una interpretación diferente a la planteada no está escrita y sería una negación de justicia por parte de un juez civil, interpretándose la norma de forma errónea.

Así las cosas, se trata de un asunto donde se establece un máximo término de prescripción que por ningún motivo debe ser entendido como una prejudicialidad, sino como un periodo de prescripción que puede ser derivado de un acto administrativo en firme, pero que deja en libertad a una persona para perseguir los perjuicios derivados de una conducta que le causa daño al amparo de las normas civiles, quien contará con los términos de prescripción mixto de leyes civiles y/o la del artículo 71 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado si es que cuenta con fallo en firme de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dándole sistematización a las normas, e impidiendo riesgo de denegación de justicia.

Hoy en el mundo se manejan las acciones civiles o de clase, que juzgan estas conductas independientemente de las acciones de derecho administrativo sancionatorio, sea bajo el sistema romano-germánico o del sistema inglés.

CAPÍTULO TERCERO TIPICIDAD

Habiendo visto ya cómo se desarrolla y el tratamiento que debe dársele al bien jurídico tutelado en sede de antijuridicidad, tratándose de juicios de responsabilidad por comportamientos que violen la Ley de Competencia o de Control del Poder de Mercado, se procederá ahora a evaluar el otro elemento propio de la responsabilidad sancionatoria administrativa para cada una de las conductas tipificadas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que constituyen prácticas comerciales restrictivas de la competencia, es decir, carteles, abuso de la posición dominante en el mercado, abuso de la posición dominante contractual, integraciones económicas y ayudas estatales.

En esta primera parte se dará una definición general de cada uno de estos cinco tipos para luego sí entrar a ver en detalle las modalidades que puede revestir cada uno, sin perder de vista, por supuesto, que deben observarse bajo la óptica de la responsabilidad, y que no basta con la adecuación de la conducta a los supuestos de hecho de la norma, porque la tipicidad no es suficiente en ningún juicio de responsabilidad sancionatoria administrativa, sino que debe comprobarse siempre, además, la antijuridicidad y la culpabilidad.

I. CARTELES O ACUERDOS

Los carteles, también denominados colusiones, se definen como comportamientos bilaterales o plurilaterales a partir de los cuales se llega a un arreglo entre empresas, tácito o expreso, para excluir o explotar a otros agentes del mercado. Son comportamientos a través de los cuales se defrauda o afecta el excedente del consumidor o el excedente del productor en la medida que los oferentes dejan de competir para extraer dinero de la demanda o pretenden eliminar a un competidor dentro de la oferta. «La colusión puede definirse como una situación en la cual una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo»,⁵⁸ o como «acuerdos entre competidores que restringen la oferta, aumentan el precio, o de alguna otra forma excluyen la competencia».⁵⁹

Los carteles son sancionados en la medida que excluyen la competencia efectiva en un mercado, lo cual está reconocido como un derecho en el artículo 336 de la Constitución Nacional y a todas luces contraría los fines de esta, «las prácticas colusorias permiten a las empresas ejercer poder de mercado que de otro modo no tendrían, limitando artificialmente la competencia y aumentando los precios, lo que reduce el bienestar».⁶⁰

Esta figura está contemplada en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que abarca «todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela y, en general, todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general».

58 *Ibid.*, p. 79.

59 E. THOMAS SULLIVAN & JEFFREY L. HARRISON. *Understanding antitrust and its economic implications*, cit., p. 103.

60 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., p. 177.

La colusión no solo se ha definido desde el derecho, sino también desde la economía, «en economía, la colusión es una situación en la que los precios de las empresas son más altos que algún índice de referencia competitiva», con esta definición no se hace referencia entonces a un acuerdo entre las partes sino a un resultado de precios cercanos al monopolio, sin que importe cómo llegaron a él las empresas,⁶¹ sin embargo, desde el punto de vista jurídico, la definición siempre se elabora partiendo de la base de un acuerdo tácito o expreso.

Hablamos de un acuerdo tácito cuando no hubo comunicación directa entre los oferentes, sino que las empresas guardan identidad en un comportamiento y en una abstinencia de conducta que no tiene explicación alguna. Son casos en los que los agentes no acordaron nada explícitamente, pero se comportan de forma que defraudan la competencia. Mientras que cuando el acuerdo es expreso, es más fácil de identificar ya que inequívocamente los competidores se pusieron de acuerdo para adelantar la conducta anticompetitiva.

Algunos autores abogan porque no se sancionen los acuerdos tácitos bajo el argumento de que, si bien estos se prueban con estudios econométricos para evaluar si hubo precios colusorios, estas técnicas no siempre pueden dar respuestas absolutas, por lo que permitirían sancionar carteles donde no los hay y debería exigirse prueba de comunicación y acuerdo expreso,⁶² en todo caso, entre nosotros se permite también que se sancionen los acuerdos tácitos.

Siempre que exista un cartel, existe también la posibilidad de que alguno de los participantes decida desviarse de él para obtener mayor beneficio, por lo que para que funcione es necesario que los integrantes tengan la posibilidad de saber si alguno se desvió del acuerdo y que tengan alguna forma de sancionar esa desviación. La presencia de estos dos elementos hará posible un cartel incluso tácito, es decir, sin necesidad de que las partes se hayan puesto en contacto.⁶³

La coordinación es entonces muchas veces el elemento establecido como definitorio, ya que aún si el cartel es tácito y nunca hubo comunicación directa entre las partes, si estas han llegado a un punto de coordinación en el que, por ejemplo, ninguna se baja de cierto precio, estaremos frente a un cartel tácito. Lo importante es que entre las partes haya coordinación y conocimiento de que las desviaciones a ese punto de coordinación serán

61 *Ibid.*, pp. 178 y 179.

62 *Ibid.*, pp. 231-237.

63 *Ibid.*, pp. 179 y 180.

conocidas y sancionadas por las otras partes, por ejemplo, con una guerra de precios que sería menos beneficioso para todos.⁶⁴

La doctrina ha identificado una serie de elementos que facilitan la cartelización, algunos dicen que son tres: capacidad para incrementar los precios, bajas penalidades esperadas y bajos costos de organizar el cartel. La factibilidad del primer elemento está dada a su vez por una demanda que tienda a ser inelástica, la existencia de productos sustitutos y de barreras de entrada al mercado. El segundo dependerá exclusivamente de la aplicación que se dé a la ley de competencia local; y el tercero, estaría dado por «la existencia de un número reducido de empresas que conciernen, una alta concentración de la industria, un producto altamente homogéneo y la presencia de una cámara o asociación empresarial que pueda coordinar las actividades del cartel», entre otros,⁶⁵ valga aclarar que si son pocas las empresas que conciernen, será más difícil desviarse y faltar al acuerdo.⁶⁶

II. ABUSO DEL PODER DE MERCADO

Se trata de un escenario en el que, dado el tamaño de un agente económico, este no tiene competencia efectiva en el mercado que le impida desarrollar sus finalidades económicas y puede ocurrir que, aprovechando su posición, excluya o explote a otros agentes del mercado. Su poder es tan grande que puede excluir o explotar afectando el excedente del consumidor o el excedente del productor sin que ningún otro agente se lo pueda impedir.

Para que haya abuso de la posición dominante, debe haber primero, lógicamente, posición dominante, lo que se determina a partir del poder de mercado que tenga una empresa. El poder de mercado «se refiere a la capacidad que tiene una empresa para aumentar los precios por encima de un cierto nivel competitivo, o precio de referencia, de manera rentable, (...) el poder de mercado por lo general se define como la diferencia entre los precios que cobra una empresa y sus costos marginales de producción»⁶⁷ o como «la capacidad que la misma tiene de influir sobre los precios vigentes en un mercado».⁶⁸

Se ha interpretado como «una situación en la que una empresa posee un alto grado de poder de mercado que le permite cobrar precios “bastante

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 181 y 182.

⁶⁵ GERMÁN COLOMA. *Defensa de la competencia*, cit., pp. 80-82.

⁶⁶ CHRISTOPHER L. SAGERS. *Antitrust. Examples and explanations*, cit., pp. 285 y 286.

⁶⁷ MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., p. 70.

⁶⁸ GERMÁN COLOMA. *Defensa de la competencia*, cit., p. 32.

cercanos” a los que cobraría un monopolista»,⁶⁹ y se ha dicho que la posición dominante está determinada por el poder de mercado y el liderazgo que tenga esa empresa,⁷⁰ las empresas sin poder de mercado se comportarán simplemente como «tomadoras de precios».⁷¹

La Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado, en su artículo 7 define el poder de mercado como «la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado» y la posición de dominio como la de aquellos operadores 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» y reconoce expresamente la posibilidad de que sea individual o conjunta. Y en el artículo 9 se menciona que hay abuso «cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general».

En este punto se hace necesario volver a traer a colación el concepto de antijuridicidad al que hace referencia el artículo 9 al exigir lesión a los bienes jurídicos tutelados y dentro de este elemento resulta indispensable observar también la elasticidad de la demanda, que para este caso permite determinar el poder de mercado de una empresa. Entonces, a menor elasticidad mayor poder de mercado debido a que si este último se define como la capacidad de influir satisfactoriamente en los precios y así mientras más sensible sea la demanda a los cambios en el precio, menor será el margen de acción de la empresa para modificarlos sin perder utilidad.⁷²

Entonces, es importante aclarar que para la posición de dominio se parte por definición legal de un mercado no elástico, por tanto, la única forma de romper la antijuridicidad del abuso es probando la eficiencia del comportamiento abusivo (Artículo 1 de la LORCPM, así como el primer párrafo del artículo 9 de la misma ley).

De la misma manera, adelantar desde ahora que se abre camino muy rápido en Europa la figura de la posición de dominio conjunta. Figura bajo la cual se ataca el poder de los oligopolios. En esos casos puede verse el poder de mercado de cada uno de ellos, sin que sea individual, pero que en conjunto alcanzan una gran porción de mercado. La característica especial es que se encuentran intercomunicados entre ellos y sacan provecho de dicha posi-

69 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., p. 70.

70 GERMÁN COLOMA. *Defensa de la competencia*, cit., pp. 64-68.

71 *Ibid.*, p. 32.

72 *Ibid.*, p. 33.

ción, abusando. En esos casos es posible estudiar el comportamiento de uno de ellos y su abuso, aprovechando que el mercado lo necesita. Dejando de ser el poder de mercado una posición individual y pasar a ser grupal, pero el comportamiento abusivo sigue siendo individual.

Para medir el poder de mercado se han utilizado conceptos económicos como el Índice de Lerner que mide el margen de beneficio de la empresa, sin embargo, dado el gran número de variables de un mercado resulta bastante complicado aplicarlo directamente por lo que deben analizarse también factores como las cuotas de mercado, la facilidad y probabilidad de entrada y el poder de los compradores, entre otros.

La tipificación de las conductas de abuso de posición dominante individual o conjunto responde al fin de evitar la concentración, entre otras de los factores de producción, consagrada en el numeral 1 del artículo 334 de la Constitución Nacional. Cuando hay un gran número de empresas habrá mayor competencia, lo que beneficia al consumidor en la medida que tendrá mayor cantidad de opciones y probablemente menores precios, con lo que aumentaría su excedente. Sin embargo, para el productor, un gran número de empresas puede representar un aumento en los costos y una reducción en su excedente, por lo que no sería correcto afirmar que promover un gran número de empresas representa necesariamente un aumento en el bienestar general.⁷³

Ya que el aumento en el número de empresas no necesariamente representa un aumento en el bienestar social, la posición de dominio no es por sí sola negativa ni sancionable, si una empresa alcanzó la posición de dominio a través de una competencia transparente y desarrolla sus actividades sin falsear la competencia, no será sancionada. Lo que se sanciona es abusar de ello y aprovechar que no hay presión competitiva para adelantar conductas que lesionarán a otros agentes del mercado. Este abuso puede revestir muchas formas diferentes que devienen exclusorias o explotativas, que se estudiará en detalle en el capítulo correspondiente.⁷⁴

Algunos definen el abuso de posición dominante como aquel en el que se presenta «explotación de los compradores o vendedores (abuso explotativo), o interferencia con la libertad de los competidores (abuso exclusorio)».⁷⁵

Vale la pena mencionar de una vez que los estándares para determinar cuándo hubo abuso y cuándo no, son difíciles de aplicar y tienen muchos matices, dada la gran cantidad de elementos que confluyen al mercado y a la

73 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., pp. 82 y 83.

74 *Ibid.*, pp. 153-161.

75 GERMÁN COLOMA. *Defensa de la competencia*, cit., p. 243.

realización de una conducta de este tipo. Así como resulta difícil determinar cuándo un precio es justo, también es difícil determinar cuándo es excesivo, de manera que la actividad judicial en esta materia no puede ser ajena a los parámetros y estándares de las disciplinas económicas, si se pretende una decisión acertada.

Ahora bien, en cuanto a los sujetos activos de este tipo, inicialmente se dijo que por naturaleza se trata de un comportamiento unilateral únicamente, de hecho, en Estados Unidos aún se sigue esta tesis;⁷⁶ sin embargo, como ya se dijo, tanto en Europa como en Ecuador se ha concluido que también puede ser conjunta en casos generalmente de duopolios, oligopolios o a partir de fusiones empresariales,⁷⁷ donde la elasticidad es imperfecta. Puede ser que existan dos agentes que juntos tienen posición dominante ya que son indispensables para atender la demanda, uno solo de ellos no podría hacerlo solo, así que son los dos juntos los que tienen posición dominante. De acuerdo con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea el concepto fundamental para hablar de posición de dominio conjunta es el de «interdependencia entre las empresas».⁷⁸ Es usual en nuestras tierras la posición de dominio conjunta.

Ahora bien, si los dos agentes se ponen de acuerdo para llevar a cabo el comportamiento lesivo, estamos en presencia de un cartel, pero si no, solo hablaríamos de posición dominante conjunta. En el derecho anglosajón se ha tendido a considerar que siempre que haya dos o más agentes es cartel, que podría ser tácito, porque la posición dominante no puede ser conjunta.⁷⁹

En todo caso, esta discusión solo será relevante para saber en cuál de los dos tipos encuadra la conducta, pero en cualquiera de los dos habrá sanción, siempre y cuando se pruebe la antijuridicidad, por supuesto.

III. ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO CONTRACTUAL O DEPENDENCIA ECONÓMICA

Se hace necesario diferenciar la figura del abuso de la posición dominante en el mercado con la de abuso de la posición de dominio contractual o de dependencia económica.

76 E. THOMAS SULLIVAN & JEFFREY L. HARRISON. *Understanding antitrust and its economic implications*, cit., pp. 298-300.

77 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., pp. 326 y 327.

78 JAIME FOLGUERA CRESPO y BORJA MARTÍNEZ CORRAL. «La posición de dominio colectiva: Estado actual de una larga evolución». Artículo dentro del trabajo *El abuso de la posición de dominio*, dirigido por Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan, Madrid, Fundación Rafael del Pino, 2006, p. 76.

79 *Ibid.*, p. 77.

Aunque en ambos supuestos estamos frente a una parte fuerte que abusa de sus prerrogativas, en este caso no es un agente fuerte en relación con el mercado sino en relación con su posición contractual dentro de un negocio jurídico. Se ha indicado que en el desarrollo de la actividad comercial los agentes celebran contratos para desarrollar sus actividades económicas y dichos contratos, además de ser obligatorios para las partes, traen aparejadas cargas impuestas por el ordenamiento jurídico, tales como la buena fe de la que tanto hablamos y que debe regir la interpretación del contrato.

El supuesto de la posición dominante contractual nace del poder contractual que se tiene en un negocio jurídico. En virtud de dicha posición fuerte una empresa se puede aprovechar y causar daño en el mercado a un sujeto.

Se trata de ilícitos de dependencia económica o lo que se conoce como «esclavitud contractual». Generalmente, suele presentarse en casos de contratos de adhesión en los que la contraparte no tiene opción alguna de negociar el contenido del contrato.

Se trata de supuestos de explotación de una situación de dependencia, tratados principalmente en la jurisprudencia francesa, alemana⁸⁰ y española,⁸¹ que pueden encajar como complemento, o incluso subespecie, de la figura de abuso de la posición dominante o configurar actos desleales.⁸²

Estamos hablando entonces de actos entre comerciantes que en principio solo afectarían al particular y no al mercado, sin embargo, puede que estos contratos abusivos se presenten en tal cantidad o tengan tal magnitud que no solo afecten a una empresa o a un individuo sino que lleguen a lesionar el mercado por traducirse en una afectación al excedente del productor al ser exclusorios o explotativos. Como se indicó en el derecho anglosajón, los contratos de exclusividad son observados bajo la óptica de la regla de la razón.⁸³ Entre nosotros existe la antijuridicidad.

Puede ser entonces, que cláusulas existentes y válidas en contratos entre comerciantes sean interpretadas por la parte fuerte del negocio sin atender a la buena fe ni a la finalidad del contrato, y lleguen a afectar a la parte débil y si se interpretan de mala fe terminan afectando a una parte del contrato.⁸⁴

80 MARTA ZABAleta DÍAZ. *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*. Madrid, marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2002, p. 13.

81 La legislación española de Competencia Desleal contiene dicho supuesto como comportamiento prohibido.

82 *Ibid.*, p. 28.

83 CHRISTOPHER L. SAGERS. *Antitrust. Examples and explanations*, cit., pp. 152 y 153

84 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., pp. 403 y 404.

Es un problema de interpretación de mala fe que no sigue la intención inicial de las partes faltando a los deberes de protección, salvamento y asociación contractual.

Entonces, la antijuridicidad aparece como un elemento sumamente importante en este punto, ya que debe observarse si el contrato ilícitamente interpretado es suficiente para afectar el mercado y la economía. Ahora bien, si solamente se queda en un ámbito privado y no trasciende al interés general el problema quedarán como una controversia entre particulares donde solo el directamente afectado podrá cobrar perjuicios en la jurisdicción civil.

Cabe indicar que el abuso de la posición de dominio dentro de un contrato y el abuso de posición de dominio en el mercado no son excluyentes, es decir, un agente puede tener posición dominante en el mercado y ser la parte fuerte en una relación contractual, y abusar de ambas, de una, o de ninguna de las posiciones; incluso es posible también que un agente abuse de la posición de dominio en el mercado a través de abusos contractuales. Lo importante es tener presente que son dos figuras independientes y con distinta naturaleza, y que no son excluyentes.

IV. INTEGRACIONES ECONÓMICAS

A diferencia de los tipos sancionatorios definidos hasta ahora, cuando se habla de integraciones económicas no se hace referencia a supuestos que repriman comportamientos sino a una manifestación del régimen de autorizaciones administrativas, es decir, casos en que «una actividad privada es consentida por la administración previa valoración de esta a la luz del interés público que la norma aplicable en cada caso pretende tutelar». Entonces, sin la autorización previa, la actividad no podría desplegarse válidamente o no surtiría efectos jurídicos.⁸⁵

La integración económica es una consecuencia económica que se presenta como consecuencia de un negocio jurídico que se pretende adelantar entre comerciantes que se encuentran en un mismo mercado horizontal o vertical. De esta manera, si producto de la operación jurídica se tiene que si uno de los participantes del contrato aumenta su participación de mercado debe, previo a la realización del negocio, poner a estudio del Estado la operación a fin de que se verifique si la operación es de tal magnitud que debe ser prohibida, condicionada o autorizada dado en la medida que genere o no barreras de entrada a los competidores o la eliminación de elasticidades de la demanda o de la oferta que existen antes del negocio que se planea adelantar.

85 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*. Tomo II, cit., p. 133.

Al exigirle al particular una autorización previa se está limitando su libertad de acción de un ciudadano. En este caso el régimen se traduce en un límite a los derechos a trasladar la propiedad privada, consagrados en los numerales 15 y 26 del artículo 66 de la Constitución Nacional, respectivamente, ya que se limita la libertad del particular para comprar o vender al estar sujeto a la decisión de la administración, ya que están de por medio los intereses públicos superiores para evitar posiciones de dominio que no son alcanzadas por la eficiencia económica.

La razón de ser entonces de la exigencia de la autorización es la salvaguarda del bienestar social, de manera que aparece como protagonista una vez más el concepto de bien jurídico tutelado, que será lo que la administración debe observar y en lo que debe basar su decisión de conceder o no la autorización. Se busca que los agentes económicos no lleguen a tener el 100 % de control del mercado simplemente pagando dinero por ello en lugar de la eficiencia o a través de la competencia por los clientes. Lo que busca el Estado es cuidar el excedente del consumidor y el del productor manteniendo la elasticidad, de manera que las integraciones serán objetadas o condicionadas si se encuentra que implicarían una pérdida de elasticidad o si la conveniencia obliga a ello.

Es legítimo que los comerciantes busquen «expandir sus negocios, reducir costos o aumentar su poder de mercado» mediante operaciones de integración, sin embargo, puede que estas «representen una amenaza para la competencia dependiendo del tipo de integración y el tamaño y poder de las empresas involucradas. La estructura entera de una industria puede cambiar debido a una integración». ⁸⁶

Las integraciones empresariales, también conocidas como concentraciones económicas, han sido definidas como, «operaciones que implican que dos unidades económicas que funcionaban de manera independiente entre sí pasan a convertirse en una única entidad o en parte del mismo grupo empresario», ⁸⁷ básicamente son modificaciones derivadas de un negocio jurídico, horizontales o verticales en la estructura del mercado ya que antes de la integración hay más empresas que después de ella, debido a una fusión o adquisición de empresas, ya sean de partes diferentes de la cadena de valor, caso en que sería vertical; o de la misma, caso en que sería horizontal.

La definición que da el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentra en el artículo 14 de la LORCPM como el «cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos» que la misma ley enumera.

86 E. THOMAS SULLIVAN & JEFFREY L. HARRISON. *Understanding antitrust and its economic implications*, cit., p. 303.

87 GERMÁN COLOMA. *Defensa de la competencia*, cit., p. 293.

Como se ha indicado, una de las opciones que tiene la autoridad competente, entre ellas la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de conformidad con el artículo 15 y 38 numeral 18 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es condicionar la autorización a la adopción de ciertas medidas preventivas, estas han sido denominadas por la doctrina como remedios estructurales, cuando se exigen modificaciones en la estructura de la empresa, por ejemplo, mediante venta de activos; o remedios conductuales cuando se le exige a la empresa comportarse de cierta manera, o abstenerse de ciertas conductas.⁸⁸

En todo caso, lo importante es que la Superintendencia enfoque su decisión a la salvaguarda de la elasticidad de la demanda.

Sobre el tema de integraciones económicas se mencionará en esta edición la parte sustancial y sus causales de objeción y remedios. Dejaremos se decante un poco más el tema en la parte procesal y de ello se hablará en la próxima edición.

V. AYUDAS ESTATALES

La consagración de estos supuestos implica el reconocimiento de que el Estado también puede ser restrictivo de la competencia vía regulación para favorecer a algunos y desfavorecer a otros. Hemos dicho que el Estado está legitimado para intervenir en la economía, entre otras expidiendo regulaciones. A la emisión de estas regulaciones siempre concurren intereses de muchos tipos, pero aquellos que se fundan en la ley deben ser constitucionales. Decir que lo anterior se cumple a cabalidad sería más que utópico ya que en nuestra sociedad se han configurado «Estados Empresa» que no siempre atienden a intereses públicos sino a privados y en términos monetarios, generalmente nacidos del clientelismo electoral. De esta forma, puede que una regulación resulte anticompetitiva, por ejemplo, por favorecer a un grupo de productores en particular vía regulación. Las formas más frecuentes de ayudas estatales son en materia de exenciones fiscales, arancelarias o mediante subsidios.

Siempre que una regulación afecte la eficiencia y la economía podría demandarse la nulidad de una regulación y habría lugar a acción por daños contra el Estado también.

Lo que se busca, entonces, al tipificar supuestos de ayudas estatales es que un agente económico no adquiera mejor posición competitiva o mayores beneficios de los demás como consecuencia de normas expedidas por el

88 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., pp. 320-325.

Estado. Entonces el margen de acción que se está limitando aquí no es el de los particulares sino el del Estado administrador y legislador que debe observar los parámetros y objetivos de la igualdad de competencia que ofrece un Estado al momento de emitir una regulación, cualquiera que sea su rango, so pena de que esta pueda ser objetada y retirada del ordenamiento por anticompetitiva injustificadamente (clientelismo regulatorio).

Estas regulaciones pueden ser anticompetitivas de forma activa o pasiva. Activa, como en supuestos de subsidios o inyección de capital a empresas; o pasiva, como en materia de exenciones o descuentos. Lo importante para su configuración antijurídica es que con ella se falsee la competencia afectando el interés del productor o del consumidor para que la Superintendencia pueda proponer su supresión y la implementación de los remedios necesarios.

En Estados Unidos, dada la estructura del ordenamiento, lo que se ha permitido es «inaplicar» leyes estatales para dar prevalencia a las federales cuando la normativa de algún Estado favorezca injustificadamente a ciertos grupos o genere formas de «inmunidad» a las leyes federales de competencia, permitiendo violaciones a la misma sin atender a motivos de interés público; siempre que un Estado vaya a emitir regulaciones independientes de la ley federal de competencia debe estructurar una política pública al respecto y supervisarla, no simplemente autorizar algo que la ley federal prohibió.⁸⁹

Esta posibilidad de que el Estado sea anticompetitivo se justifica además en la medida que el Estado es un agente del mercado también, incluso con prerrogativas mucho mayores que los demás, por lo que debe haber un control para que sus actividades no afecten el mercado y el bienestar de productores o consumidores por atender inconstitucionalmente a intereses particulares diferentes. Algunos parten incluso del argumento de que estos supuestos se justifican ya que a la luz de las normas de competencia el Estado debe ser considerado como una «persona», uno más de los sujetos destinatarios de la ley que en consecuencia debe orientar su actuar siempre a los fines de esta.⁹⁰

En materia europea el tema de ayuda estatal está establecido para denunciar a los países miembros que crean una legislación interna para favorecer a sus empresas y falsear la competencia de empresas cuyo origen es otro país de la Unión Europea. Así la Comisión Europea puede ordenarle a ese país modificar la ayuda estatal restrictiva y el país miembro debe obedecer dicho fallo.

89 E. THOMAS SULLIVAN & JEFFREY L. HARRISON. *Understanding antitrust and its economic implications*, cit., pp. 89-98.

90 CHRISTOPHER L. SAGERS. *Antitrust. Examples and explanations*, cit., pp. 367 y 368.

Algunos profesores de derecho de la competencia de Ecuador ya han criticado esta figura y han pedido su derogatoria. Que errados están. Todo por copiar modelos extranjeros y tener pánico o miedo a la creación de derecho propia nacional. Son robots del derecho extranjero, pues es lo que les permite aplicar lo estudiado afuera con algo de autoridad. Se afirma lo anterior dado que la ayuda estatal vía regulación no es una figura propia del derecho de la competencia o del derecho de control del poder de mercados. Se trata de una figura propia del derecho contencioso administrativo donde desde hace mucho se le otorga la facultad a un ciudadano para demandar la nulidad de un acto administrativo que contravenga una norma superior o demandar la inconstitucionalidad de una ley por afectar norma constitucional. O sea, no se trata de una creación nueva de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Entonces, los críticos creen que la figura debe desaparecer dado que internamente en un país no aplica y solo es válida cuando se está en presencia de un comercio regional entre países. Pues no es nuestro criterio. Resulta sano que esté presente dentro de un régimen de control del poder de mercados.

Las ayudas estatales están contempladas en los artículos 28 y 29 de la LORCPM, donde se mencionan los supuestos en los que procede otorgarlas legítimamente, adicionalmente le corresponde a la Superintendencia, de conformidad con el artículo 31, examinar y supervisar que las ayudas concedidas sean concordantes con los objetivos de la LORCPM y no se falsee la competencia con ellas. Qué mejor que eso, y no vemos el problema.

El procedimiento para impugnar los actos administrativos se encuentra a partir del artículo 217 del Código Orgánico Administrativo, de manera que sería procedente interponer en el recurso pertinente con fundamento en los artículos 283, 284 y 304 y siguientes de la Constitución Nacional y 28 a 34 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, alegando por supuesto la lesión a los bienes jurídicos tutelados por estos artículos, es decir, la antijuridicidad. Adicionalmente, se encuentra la posibilidad de instaurar la acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional o de que los jueces mismos suspendan la aplicación de una norma por hallarla contraria a la Constitución, contempladas en los artículos 428 y 436 #1, 2, 4 y 10.

VI. ACTOS DESLEALES RESTRICTIVOS

Veamos algo de los actos desleales restrictivos, sobre los cuales se tratará en una próxima edición a detalle.

El derecho de la competencia tradicionalmente se divide en dos ámbitos, uno que responde a intereses públicos, denominado prácticas comerciales

restrictivas, y otro que responde a intereses privados denominado actos de competencia desleal. Ambas categorías incluyen varios supuestos especial y generalmente tipificados, no excluyentes entre sí, es decir, un mismo comportamiento puede traducirse en una práctica restrictiva y en un acto de competencia desleal. La tendencia mundial actual es que los dos temas comiencen a complementarse, siendo claro que uno es de corte administrativo sancionatorio y el otro es de corte privado, empero la infracción de uno puede llevar a la infracción del otro, estando claramente identificados los bienes tutelados que salvaguardan uno y otro.

Los comportamientos de competencia desleal, en principio difieren de lo que se ha estudiado hasta el momento, ya que son supuestos que no buscan cuidar al mercado sino a la empresa, es decir, el bien jurídico tutelado con ellos no se refiere al normal desarrollo de la economía y los mercados, sino que tiende a la protección de intereses particulares e individuales de los comerciantes a partir de la protección del derecho de los particulares de concurrir con corrección y lealtad evitando el daño a la competitividad y la propiedad privada.

Las prácticas desleales están consagradas en los artículos 25 a 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y allí se definen como «todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria», y se incluyen diez formas de configuración de actos de competencia desleal.

Se pueden presentar casos de competencia desleal bien sea porque un agente está participando de forma inapropiada en el mercado, traduciéndose ello en un enriquecimiento sin justa causa, o porque el agente está impidiendo la adecuada concurrencia de otro, como un daño empresarial. Muchas veces los dos supuestos se confunden, pero puede que un agente participe erróneamente en el mercado aprovechando un derecho, por ejemplo, de propiedad intelectual, de otro, pero sin causarle ningún daño en la medida que lo ejerce, en un territorio distinto y sin demeritarlo.

A pesar de que lo que cuidan estos tipos es el interés de los particulares, puede que uno de estos comportamientos alcance tal magnitud que no solo afecte a unos particulares o a una empresa sino que se vea afectado todo el mercado, puede ocurrir con cualquiera de los supuestos de competencia desleal que llegue a la magnitud suficiente. En este caso se hace entonces, una vez más, indispensable, quizá incluso más que en los demás casos, estudiar la afectación al bien jurídico tutelado, ya que será este el criterio para

determinar si el acto de competencia desleal resulta restrictivo también, por ello su inclusión en la norma de control del poder de mercado.

Si se encuentra que únicamente se afectó el derecho de concurrencia al mercado de algún o algunos individuos y no de todo el mercado no se tratará como práctica restrictiva o de una investigación en cabeza de la Superintendencia y solo ese individuo afectado estará legitimado para demandar en lo civil, por daño. Si por el contrario, se encuentra que no solo se vieron afectados algunos competidores, sino que el acto fue de tal magnitud que afectó el mercado y el bienestar general, se tendrá además como desleal y como acto violatorio del régimen de control del poder de mercado y en esa medida podrá ser juzgado en sede administrativa sancionatoria. La deslealtad puede ser atacada civilmente como un supuesto de responsabilidad civil extracontractual bajo la fórmula de que quien causa daño con culpa es responsable, sin necesidad de llegar a la norma de control del poder de mercado, que solo enmarca en un cuerpo lo que ya es castigado por la norma general de responsabilidad civil, dejando a salvo la actividad punitiva del Estado.

Esta posibilidad de que actos desleales devengan restrictivos según el bien jurídico tutelado afectado está expresamente consagrada en el artículo 26 de la ya citada Ley, que menciona que conforme a ella se sancionarán «los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios», y se le da la competencia para conocer de ellos a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en el artículo 37.

Una de las problemáticas que pueden identificarse en este punto es que a veces una práctica desleal puede en principio representar un beneficio para los consumidores, por ejemplo, los precios predátorios llevarían a la quiebra a otros comerciantes, pero el consumidor se vería beneficiado pagando un precio más bajo,⁹¹ es por esto por lo que debe tenerse en cuenta el bienestar general que deviene de la suma del excedente del consumidor y el del productor.

Una vez más, puede que cualquiera de las formas de competencia desleal devenga en restricción, puede tratarse de acciones que recaigan en los precios o en elementos diferentes, y presentarse de forma vertical u

91 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., pp. 480 y 481.

horizontal. Ejemplos de estas conductas son precios predatórios, ventas atadas, explotación de la reputación ajena, publicidad engañosa. Al respecto uno de los temas que más se suele mencionar es el del abuso de los derechos de propiedad intelectual, ya que representan un elemento fundamental del desarrollo y la innovación, y a partir de bloqueos por patentes demasiado generales, derechos subutilizados, licencias, consorcios de patentes u otros contratos entre particulares que ostentan los derechos, podría llegar a verse afectada toda una industria.⁹²

Sobre este punto también ha existido cierto debate entre la academia y profesionales en el Ecuador al expresar que el tema de competencia desleal debe ser excluido de las normas de control del poder de mercado. A mi criterio, la norma ecuatoriana es la de mayor actualidad en Latinoamérica. Obedece al mundo contemporáneo. En el mundo de hoy todas las legislaciones modernas incluyen los actos desleales como fuentes de comportamientos antitrust o violatorios del régimen de control del poder de mercado. Repetimos, un comportamiento desleal puede tener la trascendencia de afectar el mercado y no solo a intereses individuales. En esos casos, por ser antijurídico (artículo 1 de la LORCPM) y dañar el interés general, el acto desleal debe ser sancionado por las normas de control del poder de mercado. En Colombia, por ejemplo, la ley de competencia desleal remite expresamente a la Ley de Normas Antitrust en sus artículos 1 y 6 (Ley 256 de 1996). Ocurre lo mismo en la ley española.

Dejamos este tema de competencia desleal para ser tratado en la segunda edición de este libro,⁹³ del cual hay mucho qué hablar en la medida que su régimen de responsabilidad es de derecho privado (daño, culpa, o dolo y nexo causal) y no sancionatorio administrativo (típico, antijurídico y culpable). Así mismo, lo indicado en la regulación de la CAN respecto de competencia desleal en materia de signos distintivos.

92 MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE. *Antitrust*. Gilbert Law Summaries, Stanford University & University of California, Chicago, Thomson West, 2010, pp. 156-162.

93 MAURICIO VELANDIA. *El ocaso del monopolio*, Tomo II., Bogotá, Formato audiovisual, disponible en <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

CAPÍTULO CUARTO

ACUERDOS, ARREGLOS Y CARTELES

Para que un cartel restrictivo de la competencia se constituya como típico se requiere la prueba del acuerdo y la demostración de que dicho comportamiento es restrictivo de la competencia.

La agrupación de voluntades bajo la estructura de cartel se puede demostrar bajo cinco (5) figuras o vehículos conductores del arreglo. Los comportamientos restrictivos por cartel son veintidós (22).

I. VEHÍCULOS CONDUCTORES PARA QUE SEA CONSIDERADA UNA CONDUCTA COMO CARTEL

Según a lo indicado en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado «están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general».

En primer lugar, se hace necesario indicar que cuando la ley menciona que estos comportamientos serán sancionados hace referencia a un régimen de derecho punitivo que como ya se desarrolló ampliamente, hace referencia a una manifestación del *ius puniendi* estatal que legitima a la administración para sancionar.

Ahora bien, lo siguiente que se menciona dentro de la norma son los diferentes vehículos conductores del cartel, es decir, formas a través de las cuales se puede concretar o evidenciar un «acuerdo». Así, una cosa es la conducta anticompetitiva y otra el medio o vehículo que transporta ese acuerdo. En ese sentido unas son las formas en que las empresas pueden llegar al arreglo que constituye cartelización y otra muy distinta es el elemento anticompetitivo que guarda ese acuerdo.

La ley menciona 5 vehículos: (i) acuerdo, (ii) decisión colectiva, (ii) recomendación colectiva, (iv) práctica concertada y (v) práctica conscientemente paralela. Las cinco (5) clases son las formas en que se

agrupan las voluntades para falsear la competencia. Se insiste que una cosa es el vehículo conductor del cartel y otro es el elemento restrictivo que es lo que verdaderamente se castiga por afectar o poner en riesgo el bien tutelado. Los dos deben probarse.

Veamos cada uno de los vehículos bajo los cuales se puede configurar un cartel:

El concepto de **acuerdo** es definido por la Real Academia de la Lengua Española como «convenio entre dos o más partes», de modo que la figura implica un arreglo o concertación entre dos o más sujetos, una coincidencia de voluntades que usualmente es vertida en un contrato entre dos partes.

Por **decisión colectiva** tenemos que, en primera instancia, «decisión» se entiende como «determinación, resolución que se toma o se da en una cosa dudosa». De la definición gramatical se extrae que dicha determinación parte de un colectivo o número plural de personas como la que ocurre, por ejemplo, dentro de un ente gremial para todos los integrantes, tomando una decisión gremial. Este vehículo consistiría en una forma de disposición emanada de dos o más voluntades.

Al hablar de **recomendación colectiva** se estaría bajo el supuesto de sugerencias con cierto grado de influencia en la voluntad de otro, es decir grupos que por temor reverencial o por conveniencia siguen la conducta que otros sugieren, perdiendo independencia empresarial. Pero que no son obligatorias para el grupo.

Por su parte, las **prácticas concertadas**, traen aparejado el concepto de reiteración de la conducta, es decir, puede ocurrir que un acuerdo individualmente considerado no represente un detimento significativo al interés general, pero que al presentarse multiplicidad de veces en un periodo de tiempo prolongado de forma conjunta sí constituya una afectación a la competencia. En esa medida el vehículo y lo que se sanciona no serían los acuerdos individuales sino la práctica reiterada y concertada que representan y el aumento de riesgo en la reiteración de la conducta.

Finalmente, se mencionan las **prácticas conscientemente paralelas**, que son un concepto mucho más difícil de probar y estructurar, se trata de las llamadas **colusiones tácitas**. En este tipo de arreglo no existe comunicación directa o un acuerdo expreso entre las partes, sino que de un resultado de mercado se deduce que los agentes se comportan igualando ciertos elementos y ninguno se desvía de esa situación de coordinación, no siendo explicado dicho resultado de otra manera, solo encontrándose explicación de ese comportamiento bajo un arreglo entre los participantes de mercado. Es decir, no existe explicación diferente al mismo acuerdo sin lugar a dudas.

Lo anterior resulta de muy difícil prueba ya que no queda constancia documental del comportamiento, sino que hay que estudiar la actividad de los agentes en el mercado.

En una situación de competencia es usual que haya, por ejemplo, precios muy similares, en la medida que, si algunos productores lo bajan, los demás también deben hacerlo para no perder clientes, no necesariamente estos casos implican que exista una colusión tácita donde uno está imitando la conducta del otro que conscientemente lo permite. En estas circunstancias, la conducta del agente «puede responder tanto a una adaptación racional e individual de las condiciones, como a un acuerdo», lo que se conoce como una respuesta natural del mercado y hay que resaltar que esta afirmación debe leerse teniendo en cuenta que en un primer momento en el derecho anglosajón se consideró que el paralelismo de conductas estaba incluido dentro del concepto de acuerdo, aunque después esta tesis sufrió alteraciones; «salvo casos relativamente evidentes, buena parte de las conductas de los oligopolistas admiten tanto una explicación en términos de existencia de acuerdo —ya sea expreso o tácito—, como de coordinación resultante de acciones independientes».⁹⁴

La jurisprudencia norteamericana ha establecido que para que se declare la existencia de una colusión tácita, deben probarse factores adicionales (*plus factors*) a los que se exigen para probar un acuerdo, un ejemplo de ellos es la comprobación de que «la conducta sea contraria al propio interés», es decir, que la conducta adelantada por el agente no le reporte beneficios por sí sola, sino que sea necesario que los otros la sigan también, un ejemplo de ello sería un aumento en el precio, ya que en principio haría que el productor pierda clientes, pero si sus competidores también lo elevan, la clientela no se desviará. Se considera que este es un factor relevante ya que «no refleja el interés puramente individual de un oligopolista, sino el intento de maximizar el interés conjunto de todos ellos en el mercado».⁹⁵

En Europa, por su parte, se ha hablado de **prácticas concertadas** como formas que no implican «un convenio propiamente dicho». También han puesto de presente que «un paralelismo en el comportamiento no puede identificarse por sí solo con una práctica concertada», aunque puede ser indicio de ello; «(la) colusión tácita por sí sola, sin indicadores adicionales más allá del comportamiento que se pueda apreciar en el mercado, no es suficiente para aplicar (la) norma», o, en otras palabras, «una conducta paralela solo puede ser considerada como prueba de la existencia de una concertación si dicha concertación constituye su única explicación plausible». Entonces, en

94 CARMEN ESTEVAN DE QUESADA. *Las prácticas facilitadoras. Control de la colusión en los mercados oligopolísticos*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 96-103.

95 *Ibid.*, pp. 102 y 103.

ambos continentes se exige la prueba de elementos que excluyan la posibilidad de que el paralelismo de conductas obedezca a razones legítimas y diferentes a la colusión tácita.⁹⁶

Sin embargo, como se ha indicado, la prueba de estos elementos no es sencilla, por lo que la sanción *ex-post* no es fácil de aplicar. Se hacen necesarios entonces otros tipos de controles para evitar las colusiones tácitas *a-priori*. Aparecen como formas de control preventivo el control de concentraciones empresariales y las llamadas prácticas facilitadoras.

El control de concentraciones empresariales se explica en gran medida por el riesgo de aparición de prácticas restrictivas posteriores a la concentración, uno de estos riesgos sería la configuración de colusiones tácitas, de manera que el control de concentraciones empresariales constituye una forma de prevención de colusiones tácitas.⁹⁷

Por su parte, el concepto de **prácticas facilitadoras** nació en la jurisprudencia estadounidense en los años 70 y llegó posteriormente a Europa; «una práctica facilitadora es una conducta que incrementa la probabilidad de otro comportamiento anticompetitivo, y por tanto lo facilita», se trata de conductas tendientes a «reducir la incertidumbre sobre el comportamiento de los competidores», de manera que posteriormente la coordinación sea más sencilla.⁹⁸

Entonces, si por ejemplo los competidores intercambian mensualmente información sobre sus precios futuros, en realidad no se han puesto de acuerdo para su fijación, ni existe acuerdo expreso para ello, pero el intercambio de información sí hará muy sencillo que actúen en concordancia. Todas las prácticas facilitadoras tienen en común que son aptas para favorecer colusiones tácitas al alterar ciertas condiciones del mercado, tienen tendencia anticompetitiva, y tratan un riesgo potencial creado. La razón de ser de la tipificación de estas conductas es la misma que la de control de concentraciones económicas, prevenir que el mercado llegue a situaciones de colusión tácita. Para determinar si una práctica es facilitadora o no debe observarse su efecto en el caso y en el mercado concreto.⁹⁹

Las prácticas facilitadoras pueden ser concertadas o unilaterales. Puede ocurrir, por ejemplo, que la colusión haya sido tácita, pero que la práctica facilitadora sí se haya concertado expresamente, lo que facilitaría la prueba de lo primero., es decir, la práctica facilitadora y la conducta anticompetitiva son

96 *Ibid.*, pp. 103-106.

97 *Ibid.*, pp. 72-74.

98 *Ibid.*, pp. 137-141.

99 *Ibid.*, pp. 142.145.

dos cuestiones independientes; con la salvedad de que en el derecho anglo-sajón muchas de ellas se confunden con los *plus factors* ya mencionados.¹⁰⁰

Por su parte, las **prácticas facilitadoras unilaterales** implican, naturalmente que no existió acuerdo alguno entre competidores, uno de los ejemplos más comunes son los anuncios públicos de precios o contratos celebrados con no competidores, el primero responde a un concepto estricto de unilateralidad y el segundo a un concepto amplio que implica únicamente que no hay acuerdos horizontales (sí podrían ser verticales pero que faciliten la colusión horizontal).¹⁰¹

Se han enunciado como formas de prácticas facilitadoras el intercambio de información, la señalización de precios, la determinación de precios desde un punto base, las políticas de precios verticales y los acuerdos de estandarización. Se desarrollará su contenido cuando sea pertinente.

Dejando de lado los vehículos conductores del cartel mencionados por la ley, encontramos que se exige que la conducta la realicen dos o más operadores económicos. Entonces no puede haber carteles de una sola persona, es un contrasentido. Si no hay dos o más agentes sencillamente no hay cartel. Esto es lo que en materia penal se denominaría un tipo plurisubjetivo.

«El tipo penal plurisubjetivo es aquel tipo penal que requiere para su configuración un número plural de sujetos activos. Es el caso del tipo penal de rebelión, concierto para delinquir, entre otros. En esta clase de tipos penales es donde se encuentra el denominado concurso eventual de personas». ¹⁰²

Vale la pena aclarar que los miembros de un mismo grupo empresarial no se entienden como distintos sujetos, es decir, que entre ellos no podría hablarse de cartel. Lo anterior se explica a la luz del inciso 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, según el cual, cuando la matriz determina el comportamiento de una empresa bajo su control, esta responderá por él. De lo anterior podría extraerse que un grupo empresarial no respondería dos veces por una práctica anticompetitiva, sino que se sancionaría a la matriz. La razón de ser de la integración empresarial es justamente la cooperación entre empresas, naturalmente para que un grupo empresarial funcione debe coordinar acciones, por lo que resultaría ilógico considerar que si dos empresas de un mismo grupo se ponen de acuerdo habría un cartel.

100 *Ibid.*, 145-148.

101 *Ibid.*, pp. 148-151.

102 HAROLD VEGA ARRIBA. «El análisis gramatical del tipo penal». Revista Justicia, n.º 29 de la Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, junio de 2016, p. 57.

A parte de la exigencia de pluralidad de sujetos activos, el artículo menciona que los actos pueden ser «de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios», es decir, los cinco vehículos ya explicados no son excluyentes y lógicamente el comportamiento debe adelantarse en un contexto de mercado.

II. COMPORTAMIENTOS POR OBJETO O POR EFECTO

Al interior de cada supuesto restrictivo por cartelización se hace referencia a comportamientos cuyo «objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general».

Lo primero es que ese primer inciso vuelve y refresca la finalidad de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, contenida en su artículo 1. Nos referimos a los conceptos de eficiencia y bienestar general, que como se ha insistido son la antijuridicidad de las normas de competencia. Se insiste nuevamente en que el artículo 1 es el faro de esta reglamentación y no puede ser obviado dentro del sistema armónico que integra dicha ley y que debe ser aplicado dentro de una investigación que abra la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Dicho lo anterior, pasaré a centrarme en los conceptos de «objeto o efecto» que contiene el primer párrafo del artículo 11 de la LORCPM.

Cuando se habla de una conducta que tiene por objeto lesionar, nos estamos refiriendo a casos en los que el comportamiento en realidad no se llevó a cabo, pero los actores sí lo decidieron, pero no ejecutaron. Estamos en un supuesto muy parecido de lo que en derecho penal se denominaría tentativa. La tentativa es definida por el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 39 de la siguiente manera, «Tentativa es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito».

La figura de «objeto» tiene variantes de la tentativa, por ello no guarda plena identidad. Para que se configure la tentativa se exige la presencia de dolo, principio de ejecución (es decir que no haya permanecido únicamente en la mente del autor, sino que este haya empezado a materializar su idea), esto no ocurre en la figura de objeto donde por culpa, falta de diligencia o previsión, también se es responsable. En la tentativa la idoneidad y univocidad de la conducta se requiere (que la conducta fuese apta para obtener el fin que se pretendía y que estuviese inequívocamente dirigida a ello), lo cual es necesario

probar en las conductas de objeto, pues ilógico sería castigar por objeto lo que no sería antijurídico por «efecto», pues se llegaría al absurdo de castigar lo que no se adelantó en el mercado y no castigar lo que sí se adelantó en el mercado. En otras palabras, la antijuridicidad de la conducta en su relevancia económica de afectación al bien tutelado debe ser estudiada también cuando el comportamiento se investiga por «objeto». Por último, en la tentativa se requiere que el hecho no se haya consumado por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, en tanto que en la figura del «objeto» no importa si el acuerdo o cartel no se llevó a cabo por la conducta ajena a sus partícipes; se castiga por sí solo el arreglo de adelantar el cartel en el mercado, pero que sea antijurídico.¹⁰³

Se insiste que sería a todas luces ilógico sancionar un acuerdo celebrado pero no ejecutado que de haberse ejecutado no hubiere sido lesivo del bien tutelado, es decir, la antijuridicidad no puede ser desconocida cuando se analice un comportamiento restrictivo por «objeto» y tendrá que estudiarse y será una defensa válida probar que de haberse llevado a cabo el comportamiento, el impacto de la conducta, el mercado fuera tal que no se afectara el bienestar social o que hubiere sido eficiente para la economía o que encuadra en los supuestos de exenciones que relata el artículo 12 de la LORCPM.

Así las cosas, si dos empresas con una participación mínima en el mercado adelantan actos preparatorios para cartelizarse, no tiene sentido que se les sancione solo por haber tenido la intención de ello; aún si lo hubiesen hecho, pues el mercado no se hubiera visto afectado con su cartel dado que existe una amplia elasticidad de la demanda y no es antijurídico por no dañar o poner en peligro el bienestar social (artículo 1 de la LORCPM, concordante con el primer párrafo del artículo 11 de la misma ley, así como con el artículo 12 de esa norma). Es decir, es un cartel inocuo.

Entonces, aun cuando estamos frente a la valoración del objeto de un comportamiento, debe observarse si de haberse realizado el comportamiento, este hubiese afectado o podido afectar el bien jurídico tutelado.

Sin embargo, tal como lo indicamos atrás, al explicar la antijuridicidad, el Decreto Ejecutivo 1193 de 2020, en nuestro sentir, crea una confusión muy grande en el tema, que solo se verá al momento de litigar, y resultará evidente la duda que genera la redacción de normas. Se recomienda a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ser conservadora en la interpretación y probar en sus investigaciones tres elementos: (i) que la conducta es típica y se adecua a los supuestos normativos del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; (ii)

103 MIGUEL CÓRDOBA ANGULO. *La tentativa. Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 312-314.

que la conducta es antijurídica por vulnerar el objetivo que se busca con la LORCPM, descrito en el artículo; y (ii) que resulta ser culpable (falta de previsión) o doloso (intención). De la misma manera se recomienda a los abogados defenderse bajo el mismo ropaje. Los jueces que revisen dichas decisiones serán los encargados de dar claridad al respecto usando el derecho romano-germánico y no el derecho anglosajón.

Cuando hablamos de conductas sancionadas por su «efecto», nos referimos a que no importa la intencionalidad del autor pues acá el comportamiento sí ocurrió. En este caso, la antijuridicidad se observa a partir de lo que la conducta desencadenó y si tuvo un efecto real o potencialmente lesivo (eficiencia de los mercados, el comercio justo, el bienestar general y el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible).

Sobre el régimen de responsabilidad de las conductas por objeto y por efecto es importante volver a refrescar nuestra opinión al respecto, con ocasión de la desafortunada redacción del artículo 8 del Decreto Ejecutivo 1193 de 2020. (Refiérase a la página 42 sobre el tema de acuerdos o carteles, art. 4 del Reglamento Ejecutivo 1193 de 2020, sustitución de art. 8 Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado).

Siguiendo con el ejemplo expuesto en páginas anteriores, si los operadores económicos A y B no desarrollan o ejecutan el acuerdo, entonces, para este caso, si se logra probar que ese cartel no amenaza la eficiencia del mercado o que ese cartel está dentro de las exenciones del artículo 12 de la LORCPM, debe decirse necesariamente que el cartel no cumple con el esquema propio de la responsabilidad sancionatoria administrativa, por no ser antijurídico. Absurdo sería dar mayores herramientas de defensa al que celebra el acuerdo y lo ejecuta en el mercado (por efecto) frente a aquel que celebra el acuerdo y no lo ejecuta (por objeto).

Ahora bien, un comportamiento puede ser eficiente y no dañar el mercado y por tal razón no está sujeto a multa o sanción dado que no se cumple la finalidad a la luz del artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, pero en nada impide que una persona que se sienta afectada por ese comportamiento pueda buscar el daño sufrido en la justicia privada, por vulneración a normas de derecho privado, es decir, por el daño a otro bien tutelado, diferente al tutelado por las normas de control del poder de mercado, las cuales no se incumplieron.

Veamos nuestra posición respecto de carteles o acuerdos contenidos en el artículo 11 de la LORCPM:

Típico →	Cartel horizontal y/o vertical contenido en el artículo 11 de la LORCPM.
Antijurídico →	<p>Para todos los comportamientos horizontales y verticales por efecto se requiere la prueba de afectación al bien tutelado a la luz del artículo 1 de la LORCPM (eficiencia, no afectación al interés general y/o elasticidades), concordante con el primer párrafo del artículo 11 de la misma ley (eficiencia e interés general), así como con los artículos 12 y 13 (se aplica la regla de <i>minimis</i>) del mismo ordenamiento.</p> <p>Para todos los comportamientos horizontales y verticales por objeto no se aplica la regla de <i>minimis</i>, empero el investigado puede desvirtuar la antijuridicidad con prueba de comportamiento eficiente a la luz del artículo 1 de la LORCPM y/o con el primer párrafo del artículo 11 de la misma ley, así como con lo narrado en el artículo 12 del mismo ordenamiento.</p>
Culpable →	Intención o falta de diligencia

III. CLASIFICACIÓN ECUATORIANA DE CARTELES Y ACUERDOS

Al interior de la ley ecuatoriana existe una gran cantidad de tipificaciones de carteles frente a comportamientos restrictivos. Como se adelantó anteriormente, los carteles pueden ser de carácter vertical o de carácter horizontal.

Son carteles horizontales aquellos que se presentan entre empresas que se encuentran en la misma escala de la cadena de valor del mercado. Por ejemplo entre fabricante con fabricante.

Los carteles verticales se presentan entre empresas que se encuentran en el mismo mercado pero en diferente escala de la cadena de valor, esto es por ejemplo, entre fabricante y suministrador de materia prima de un mercado específico.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado elaboró una guía donde explica de forma detallada aspectos académicos acerca de la configuración y de lo detestables que son los carteles para una economía. Estamos de acuerdo, con la mayor parte de su contenido que, en general, pregoná de forma tímida la primacía del derecho continental sobre el derecho anglosajón sobre este tema.

Por otra parte, la guía se desgasta mucho en la explicación de normas extranjeras que pueden llegar a confundir a un lector sobre la aplicación de la regla de razón y la regla *per se* dentro del sistema ecuatoriano. En lo demás, debe valorarse dicho esfuerzo, pues permite iniciar una capacitación del público dentro del tema, pero por ningún motivo debe ser entendida como una regulación que deben seguir los jueces al momento de juzgar conductas o que los investigados puedan contradecir. Es un documento interpretativo de la entidad (doctrina de la administración) y no de carácter regulatorio.

Veamos cada uno de los carteles que aparecen legalmente prohibidos y una opinión acerca de su configuración, sin dejar de lado lo dicho en un capítulo anterior acerca de la definición de cartel:

A. CARTELES O ACUERDOS DE PRECIOS

Se castiga: «Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción...».

Comienzo por afirmar que actualmente es poco común encontrar un cartel de precios iguales. Está en desuso ese cartel dado que es de muy fácil detección. En su lugar se suelen hacer acuerdos de precios diferentes, desiguales o escalonados para evadir su detección por parte de las autoridades, por ejemplo, cuando es concertando que cada oferente aumente en cierto porcentaje su precio actual. Ello no llevará a una equiparación nominal en los precios, pero sí a un aumento que no se hubiese presentado en condiciones normales de mercado y que afecta a los consumidores, quienes deben pagar un mayor valor.

Para determinar la existencia de un cartel de precios desiguales no basta con hacer un análisis de la conducta de los competidores en un solo momento determinado, sino que el análisis debe prolongarse en el tiempo y tener en cuenta las tendencias de precios y en general todos los comportamientos evidenciados en el mercado.

Debe recordarse que en el ordenamiento jurídico norteamericano, los carteles de precios son uno de los supuestos que se juzgan bajo la regla *per se*, según lo determinado en casos como *United States v. Topco Associates, Inc.*, dada la «amenaza real o potencial para el corazón de la economía que representan».¹⁰⁴

Sin embargo, no siempre fue así, ya que en un primer momento se había dicho que debía probarse que el cambio de precios había sido efectivo y que

104 MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE. *Antitrust*. Gilbert Law Summaries, cit., p. 64.

había abarcado a una parte suficientemente grande de la oferta en el mercado relevante,¹⁰⁵ lo que se evidenció en casos como *Standard Oil Co. v. United States*. Es decir, si observaba la elasticidad de la demanda para acuerdos horizontales de precios.

Debe hacerse, además, la salvedad de que las Cortes estadounidenses también han determinado en ocasiones que no toda acción concertada que afecte el precio puede calificarse como fijación de precios, por lo que en estos casos no habría lugar a aplicar la regla *per se*, sin embargo, llegar a tal distinción no es sencillo; lo cierto es que en ese orden de ideas, no se puede afirmar que todo acuerdo que recaiga en los precios deriva de una fijación de precios a la que se aplique la regla *per se*.¹⁰⁶

Adicionalmente, parte de la doctrina considera que, por ejemplo, para acuerdos de precio máximo no debería aplicarse la regla *per se* porque de hecho en un principio habría un beneficio para los consumidores en la medida que no pagarían un precio excesivo, de manera que no siempre son anticompetitivos, a diferencia, según algunos de los acuerdos de precios mínimos, que fácilmente pueden fijarse muy altos.¹⁰⁷ Pero es claro que esto se presenta para acuerdos verticales entre fabricante y distribuidor.

Los carteles de precios pueden tener dos tipos de fines, exclusorios o explotativos. Los exclusorios son aquellos con los que se pretende expulsar a otros competidores y afectan directamente el excedente del productor en la medida que se lesiona su derecho de libre concurrencia al mercado.

Veamos un ejemplo:

Ejemplo 2
Cartel exclusorio

Tiempo	Precio	Empresas competidoras		
		A	B	C
T1	De venta	50	60	55
T2	De venta	10	15	0

En este ejemplo se muestran tres competidores habituales (A, B y C), en un mercado relevante de cualquier producto. En un primer tiempo (T1) todos venden sus productos a precios diferentes. El empresario A vende a 50 dólares, el B a 60 y el C a 55 dólares. En un segundo momento (T2) A y B acuerdan bajar el precio para sacar a C del mercado. De esta forma el cartel

105 E. THOMAS SULLIVAN & JEFFREY L. HARRISON. *Understanding antitrust and its economic implications*, cit., pp. 106 y 107.

106 *Ibid.*, pp. 121-129.

107 *Ibid.*, pp. 142-144.

afectó el excedente del productor en el mercado relevante y el derecho de libertad de permanencia dentro de un mercado.

Vale la pena aclarar que estos precios bajos no requieren ser predátorios. Además, en el fondo benefician al consumidor, ya que lógicamente le conviene más pagar menos por los productos pues aumentan su excedente del consumidor. Acá también se protege el horizonte futuro pues el cartel de exclusión después deja expuesto al mercado a un cartel consecuente que es el cartel explotativo, donde las empresas que quedan en el mercado se apropiaran del excedente del consumidor subiendo los precios. Debe recordarse, además, que el bien jurídico tutelado no es el bienestar del consumidor, sino el bienestar general, que abarca tanto el del consumidor como el del productor por lo que aunque haya un beneficio transitorio para los consumidores, esto incluye al bienestar social.

Hay que recordar que este cartel para su configuración a nivel de responsabilidad romano-germánica requiere de la antijuridicidad. Así, si la demanda del mercado propuesto es elástica y la sumatoria de participación de mercado de A y B solo representa el 1 % del mercado relevante y no cuentan con capacidad ociosa para encargarse de la demanda requerida, aunque los consumidores estarán motivados a elegirlos por su bajo precio, estos seguramente no podrán atender toda la demanda que estaba atendiendo el otro 99 % de los competidores, por lo que C podría permanecer con sus precios, percibiendo utilidades, de manera que no lo excluirían efectivamente y no se vería afectado el excedente del productor. Es claro que es raro encontrar una justificación para un acuerdo de precio horizontal, empero, en caso de no ser antijurídico se tiene que la responsabilidad sancionatoria no procede, por no existir daño al bien tutelado. Dura conclusión, pero ese es nuestro sistema. Si no existe daño o afectación o riesgo al bien tutelado no existe antijuridicidad.

El otro tipo de abuso en precios por cartelización es el precio explotativo, mediante el cual los cartelizados pretenden aprovecharse de otros agentes del mercado, los que están dentro de la demanda, afectando así el excedente del consumidor y su derecho a la libertad de escogencia. Expliquémoslo con un ejemplo, que se presenta con precios altos que extraen el excedente del consumidor.

Ejemplo 3 *Cartel explotativo*

Tiempo	Precio	Empresas competidoras		
		A	B	C
T1	De venta	50	60	55
T2	De venta	325	390	260

En este ejemplo encontramos a A, B y C, productores de un bien. En un primer momento (T1) competían efectivamente. A vendía a 50 dólares, B a 60 y C a 55. Sin embargo, en un tiempo dos (T2) llevan a cabo un acuerdo para subir sus precios. Si el consumidor entra al mercado verá seriamente disminuido su excedente del consumidor, por lo que se afecta su libertad de escogencia y en adición, debe privarse de otros bienes o servicios que hubieren comprado con ese 30 % de aumento.

Lo anterior, una vez más, solo será cierto si la demanda no es elástica y A, B y C tienen una cuota de mercado suficiente para que los consumidores verdaderamente no tengan otra opción.

En este caso el excedente lesionado es el del consumidor, pero en cambio el del productor se verá aumentado, en principio, ya que el margen de utilidad que se puede percibir compitiendo con precios, es mucho mayor. Sin embargo, tal como explicamos en el caso de los carteles exclusorios, el bien jurídico tutelado se refiere a la suma de los dos excedentes, no puede observarse uno solo de ellos aisladamente.

Lo dicho se traduciría en la siguiente matriz de responsabilidad:

Típico:	→	Cartel de precios
Antijurídico:	→	Los cartelizados conllevan a que la demanda sea inelástica por fuera de ellos
Culpable:	→	Con culpa (falta de previsión) o con dolo (Intención)

B. INTERCAMBIAR INFORMACIÓN

El segundo supuesto que aparece es el del intercambio de información con el objeto o efecto de concertar «precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción».

El intercambio de información por sí solo entre competidores tiene un gran riesgo.

En el mundo real suele tener nacimiento en asociaciones o agremiaciones, sin embargo, puede presentarse, por ejemplo, entre dos empresas que se reúnen con este fin y facilitar el acuerdo.

El desarrollo de una economía de mercado, la información de los competidores y de cómo desarrollan su actividad es de vital importancia

para ellos y suele ser protegida con secretos industriales u otras formas que permitan mantenerla a salvo y sancionar a cualquiera que, por ejemplo, la divulgue indebidamente.

En este supuesto ocurre lo contrario, dado que lo que se castiga es el compartir la información por su propietario y que se la divulgue a competidores. Es un abuso a la propiedad privada de la información. Se encuentra una tensión entre la propiedad privada y lo deseable en un mercado, como lo es el competir. Es usual que un empresario cuente con alguna información que divulga, pero otra es de él, y es con esa que compite en el mercado con otro empresario. Si todos los empresarios cuentan sus estrategias comerciales a sus competidores no habrá competencia ni factores sorpresa que impacten positivamente al consumidor, por lo que es anormal que la información reservada sea compartida con otros competidores y de por sí resulta un poco sospechoso.¹⁰⁸

Se ha mencionado que la doctrina considera que la posibilidad de que los competidores conozcan las acciones de los otros facilita la colusión;¹⁰⁹ ello se logra, por supuesto, cuando hay cierta comunicación y más aún cuando conscientemente intercambien información; incluso la jurisprudencia norteamericana ha considerado el intercambio de información como uno de los *plus factors* de los que ya se ha hablado,¹¹⁰ se ha tratado este supuesto en casos como *American Column & Lumber Co. v. United States*, *Maple Flooring Manufacturers Association v. United States* y *United States v. Container Corp*; y en Europa en casos como *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*. Se ha indicado, además, que estas exposiciones mutuas permiten que, si alguno de los competidores se desvíe del acuerdo, los otros lo puedan identificar (y reprimir) fácilmente, pero el intercambio de información ya sea de forma pública o privada,¹¹¹ también juega un papel fundamental en la etapa previa a la configuración del cartel.

«De la práctica de las autoridades de defensa de la competencia se puede deducir una clara distinción entre los intercambios de información que forman parte de un acuerdo anticompetitivo más amplio, y aquellos que, no estando ligados a un acuerdo previo, pueden, por sus características, ser en sí mismos contrarios al derecho de la competencia en la medida en que reducen, o incluso eliminan, el grado de incertidumbre que debe existir en el mercado».¹¹²

¹⁰⁸ CHRISTOPHER L. SAGERS. *Antitrust. Examples and explanations*, cit., pp. 125-128.

¹⁰⁹ MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., pp. 191-194.

¹¹⁰ CHRISTOPHER L. SAGERS. *Antitrust. Examples and explanations*, cit., p. 125.

¹¹¹ MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., pp. 196-199.

¹¹² CANI FERNÁNDEZ, «Intercambios de información». Artículo dentro del trabajo

Por definición, el intercambio de información no constituye por sí solo un acuerdo o cartel, a diferencia del supuesto anterior, en este caso los agentes no acuerdan nada en particular, sino que comparten información que en un mercado sano no se compartiría. Es por esto por lo que tradicionalmente la doctrina ha considerado que esta, más que una forma de cartel es una **práctica facilitadora del mismo**.

Una práctica facilitadora se define como «una conducta que incrementa la probabilidad de otro comportamiento anticompetitivo, y por lo tanto lo facilita. Lo más habitual es que estas prácticas intenten facilitar la coordinación de precios, como se aprecia claramente en numerosos casos de intercambios de información entre competidores». El resultado es la consecución de un resultado colusorio tácito. Se trata entonces de comportamientos cuyo peligro no es actual sino potencial debido a las condiciones de mercado que generan, no necesariamente desencadenarán una práctica anticompetitiva, incluso puede que lleven a lo contrario.¹¹³

Como ya se indicó, y somos reiterativos, existen varios tipos de prácticas facilitadoras, entre ellas se mencionan la señalización de precios, la determinación de precios desde un punto base, políticas de precios verticales, los acuerdos de estandarización y el intercambio de información. Este último supuesto responde a la idea de que para que haya colusión tácita debe haber transparencia informativa, que no solo facilita la colusión, sino que también permite un control a las desviaciones de esta entre sus integrantes. Sin embargo, el intercambio de información, como otras prácticas facilitadoras, no siempre es anticompetitivo, puede ser lo contrario en la medida que, como mencionamos previamente, en un mercado sano es deseable que los agentes tengan información perfecta, una mayor transparencia podría aumentar la competitividad.¹¹⁴

El análisis del intercambio de información debe hacerse independientemente del de una eventual colusión, esto ha sido particularmente claro en la Unión Europea, donde se han considerado infracciones independientes al Derecho de la competencia, allí se ha hablado de intercambios «cuya función económica principal es el intercambio de información propiamente dicho», intercambios «accesorios a otro tipo de cooperación horizontal» o «intercambios que pueden ser considerados carteles». Esta clasificación

Los acuerdos horizontales entre empresas, dirigido por Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan, Madrid, Fundación Rafael del Pino, 2009, p. 192.

113 CARMEN ESTEVAN DE QUESADA. *Las prácticas facilitadoras. Control de la colusión en los mercados oligopolísticos*, cit., pp. 140-145.

114 *Ibid.*, pp. 155-161.

evidencia que los intercambios de información deben analizarse individualmente para establecer si constituyen infracción o no.¹¹⁵

Vale la pena mencionar que los efectos y la finalidad del intercambio de información y de la señalización de precios son esencialmente los mismos. La diferencia que tradicionalmente se ha dado radica en que la señalización es unilateral, mientras que el intercambio implica concurrencia de más de un competidor. Podría decirse también que el intercambio es un concepto más amplio que podría incluso derivar de un acuerdo expreso y no necesariamente se refiere a los precios, mientras que la señalización compromete a un solo agente y sí es específicamente para precios. Bajo este orden de ideas, una señalización de precios es una de las formas que puede revestir el intercambio de información.¹¹⁶

Según el desarrollo que se ha venido dando, sobre todo en la Unión Europea, para analizar un intercambio de información, deben tenerse en cuenta, por un lado, las características de la información, y por el otro, las características del mercado relevante. Se suele considerar que la información más apta para ser lesiva es la relativa a precios, cantidades, costos, demanda y similares. Lo importante es la utilidad estratégica de la misma en el caso concreto, el nivel de detalle y que tan actualizada esté la información. Por su parte, en cuanto a las características del mercado debe tenerse en cuenta el grado de concentración, la transparencia y la naturaleza homogénea del producto, entre otras. En la Unión Europea se ha dicho a grandes rasgos que «la colusión se facilita si el mercado es suficientemente transparente, concentrado, sencillo, estable y simétrico».¹¹⁷

Ahora bien, si este supuesto se refiere a una práctica facilitadora y no propiamente a un cartel, puede que se genere la lesión al bienestar general y que consumidores o productores, junto con sus excedentes, efectivamente se vean afectados por un cartel, pero que no todos los agentes del mercado que hayan contribuido a ello hayan participado del acuerdo, expliquemoslo mejor con un ejemplo:

En un Tiempo 1 (T1) A, B y C compiten y ninguno conoce los precios y estrategias de los otros.

115 *Ibid.*, pp. 155-161.

116 *Ibid.*, pp. 161-165.

117 *Ibid.*, pp. 192-203.

Ejemplo 4*Tiempo 1, competencia sin información*

Tiempo	Empresas competidoras en mercado relevante			
	A	B	C	D
T1	200	250	220	270

Para un T2 se intercambian información de precios y capacidades ociosas de cada uno y viene lo siguiente:

Ejemplo 5*Tiempo 2, con intercambio de información*

Tiempo	Empresas competidoras en mercado relevante			
	A	B	C	D
T2	300	290	310	290

En este caso, todos intercambiaron la información de sus precios y la capacidad de respuesta de todos en sus inventarios. No acordaron expresamente nada, pero con la información que tenían los llevó a poder medir los aumentos que pueden tener y se facilitó el cartel.

Es importante no dejar de observar de nuevo en este caso si existe antijuridicidad. No tiene sentido sancionar un intercambio de información con la que se pretendía facilitar un cartel si el cartel hubiese agrupado al 1 % de los competidores o si la información no era idónea para una cartelización. Para eso está claramente narrada en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la finalidad en la aplicación de estas normas, que no puede ser desconocida por la autoridad que investiga.

Para ilustrar lo anterior con un ejemplo, pensemos en un productor cuya intención de facilitar un cartel está probada mediante pruebas documentales como correos electrónicos en donde manifestaba a sus competidores que enviaría información de interés ya que estaría complacido de llegar a un acuerdo. En este caso está probado que el intercambio de información se hizo con el objeto de facilitar un cartel, sin embargo, pensemos que la información que este agente envió a sus competidores fue una planilla con el cronograma de aseo de sus instalaciones, es decir nada idóneo para llegar a un cartel. Sería a todas luces absurdo sancionar a este productor simplemente porque se probó que intercambió información con el objeto de facilitar un cartel. A

estas desproporciones llegaría estructurar la responsabilidad solo a partir de la tipicidad, de ahí que aún en casos de sanciones por objeto deba comprobarse la existencia de antijuridicidad, aunque eventual. Un comportamiento como el del ejemplo no hubiese lesionado ni hubiese podido lesionar los bienes jurídicos tutelados, por lo que no es posible sancionarlo.

Lo anterior se resume en la siguiente matriz:¹¹⁸

Típico:	→	Intercambio de información para fijar precios
Antijurídico:	→	Los cartelizados conllevan a que la demanda sea inelástica por fuera de ellos
Culpable:	→	Con culpa (falta de previsión) o con dolo (Intención)

C. MANIPULACIÓN DE LA OFERTA

Cartel se presenta por «Repartir, restringir, limitar, paralizar, establecer obligaciones o controlar concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios».

Se trata de una conducta que maneja las variables de la oferta de un producto y las altera defraudando la competencia. En este ítem encontramos la enunciación de varias formas a través de las cuales se puede manipular la oferta mediante un cartel. No solo se encuentran varios comportamientos sino también varios elementos del mercado sobre los cuales puede recaer la conducta.

Reducir los bienes del mercado es el comportamiento que se castiga.

Si la producción, distribución o comercialización disminuyen, la oferta final de los bienes y productos también se disminuye. Y si la oferta disminuye, mientras que la demanda permanece constante, el precio subirá como consecuencia del desabastecimiento, de manera que el consumidor no solo tendrá menos opciones para elegir, sino que también empezaría a pagar un precio más caro, lo que se traduce en una disminución de su excedente.¹¹⁹

118 MAURICIO VELANDIA. *El ocaso del monopolio*, Tomo I, Capítulo XVI. Matriz de responsabilidad sancionatoria, civil y penal de un cartel, disponible en <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

119 *Ibid.*, Capítulo XV. Cartel de colusión en licitaciones, discriminatorio, de reducción de oferta y ventas atadas.

Aquí se mencionan tres escalas de la cadena de valor sobre los que puede recaer la conducta: producción, distribución y comercialización.

En cuanto a la diferencia entre comercializador y distribuidor podrían tomarse dos posturas: considerar que son equiparables los dos conceptos o que un distribuidor no es lo mismo que un comercializador ya que el primero es un intermediario y el segundo es un detallista (estanco) que le vende al consumidor final.

Al mencionar la distribución el artículo abre la puerta para que se configure una restricción vertical, concepto que se mencionará en detalle más adelante, por ahora basta decir que implica una alteración en diferentes niveles de la cadena de valor de un mercado y no solo en un nivel, como ocurre con las restricciones horizontales que hemos visto.

Es importante referir que, así como los agentes económicos tienen un derecho de libertad de entrada al mercado, también tienen derecho a retirarse cuando lo deseen. Lógicamente no se le puede exigir a un productor fabricar perpetuamente bajo el argumento de evitar una disminución en la oferta. Por tanto, lo que se sanciona es la afectación acordada o arreglada que esta disminución injustificadamente genera. Hay que tener en cuenta que dentro de lo consagrado en este artículo no solo entrarian los casos de acuerdos para dejar de ofertar porciones que se venían ofertando, sino que también cabe la posibilidad de que el acuerdo sea para no empezar a ofertar un bien para el que se tiene capacidad de producción. En este último caso no se estaría reduciendo la oferta, pero sí restringiéndola.

Es necesario señalar puntualmente que repartir no es lo mismo que limitar. Cuando se habla de repartición es porque se asignan partidas productivas a cada uno de los actores que compiten, pero sin que ello implique una disminución de cantidades, es decir, si la oferta habitual del mercado son 100 cantidades, los 4 oferentes se ponen de acuerdo para que cada uno produzca ni más ni menos de 25, la oferta no disminuirá, pero sí hubo un reparto. Mientras que cuando hablamos de limitación es porque hubo una reducción de cantidades ofertadas como consecuencia del acuerdo, con el fin de que el desabastecimiento lleve a un aumento en el precio, es decir, si habitualmente los 4 oferentes producían 25 unidades, se ponen de acuerdo para empezar a ofrecer solo 20, con lo que sí disminuirá la oferta y aumentará el precio.

En cuanto a la repartición, en este caso de la oferta, por ejemplo, porque un grupo de productores de determinado producto (consumidores de insumos) acuerdan quién le comprará a qué productor de materias

primas los insumos necesarios.¹²⁰ Lógicamente este reparto de producción da posibilidad de manejar el precio. En el derecho anglosajón se considera que toda repartición de mercados debe sancionarse bajo la regla *per se*.¹²¹ En Europa se ha establecido que «la limitación a la producción suele presentarse como resultado en lugar de como práctica principal, formando parte de conductas de carácter complejo. Normalmente, si la conducta observada es una limitación directa de la producción, difícilmente podrá salvar un análisis económico razonable que justifique, desde la perspectiva de eficiencia, la restricción acordada».¹²²

Ahora bien, si estamos en el supuesto de establecimiento de obligaciones o de limitación a la distribución, ello puede traducirse o derivar de un abuso de la posición dominante contractual, combinado con un cartel. Si los productores imponen obligaciones injustificadas a algunos de sus distribuidores se verá afectado su excedente ya que no podrán percibir ganancias distribuyendo ese producto y el del consumidor también porque nuevamente tendrá menos opciones para elegir. Ocurrirá lo mismo, por ejemplo, ante la negativa a vender materias primas a un agente que busca entrar al mercado. Ello representará también una barrera de entrada y una afectación al excedente del productor.

En el derecho francés se ha hablado y se ha regulado la situación de dependencia económica en la que se encuentra el distribuidor con respecto del productor a partir, por ejemplo, de prácticas discriminatorias que podrían derivar de imposición de obligaciones contractuales¹²³ e incluso del productor con respecto del distribuidor en casos de centrales de compra y pequeños fabricantes.¹²⁴ Es necesario indicar que en el derecho de la competencia americano la premisa de la cual cuelga todo en *antitrust* es la eficiencia económica, en tanto que en Europa se pregonan más la equidad, por ello es por lo que se protege a la pequeña industria dentro de ese concepto de equidad.

120 MAURICIO VELANDIA. *El ocaso del monopolio*, cit., Tomo I, Capítulo XIV. Cartel de precios y de repartición de mercado, disponible en <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

121 MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE. *Antitrust*. Gilbert Law Summaries, cit., pp. 67-69.

122 JUAN JIMÉNEZ-LAIGLEZIA y JOSÉ MARÍA JIMÉNEZ-LAIGLEZIA. «Tipología de restricciones horizontales: Limitación a la producción, reparto de mercados, asignaciones de clientes y prácticas de naturaleza discriminatoria». Artículo dentro del trabajo *Los acuerdos horizontales entre empresas*, dirigido por Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó, cit., p. 173.

123 MARTA ZABAleta DÍAZ. *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, cit., pp. 98-111.

124 *Ibid.*, pp. 112-115.

De la diferenciación que acabamos de presentar, se extrae que en este acápite encontramos conductas que pueden revestir la forma de carteles explotativos o exclusorios, que ya explicamos; serán explotativos en la medida que se busque reducir o controlar la oferta en aras de manipular el precio para que aumente. Veamos un ejemplo:

Ejemplo 6
Manipulación de la oferta

Empresas competidoras en mercado relevante

Tiempo	Cantidades ofertadas			Total unidades
	A	B	C	
T1	200 unidades	350 unidades	100 unidades	650 unidades
T2	160 unidades	280 unidades	80 unidades	520 unidades

En este caso están los competidores A, B y C en el mercado relevante. En un tiempo 1 (T1) compiten efectivamente y producen a su capacidad máxima para cubrir la demanda, de manera que A ofrece 200 unidades mensuales, B 350 y C 100, para un total de 650 unidades. Sin embargo, posteriormente (T2) los competidores se ponen de acuerdo y mediante un cartel deciden reducir en un 20 % su producción. Como resultado de ella A ofrece solo 160 unidades mensuales, B 280 y C 80, para un total de 520.

Si la demanda permanece constante quiere decir que las cantidades ofrecidas ya no serán suficientes para cubrir la demanda, lo cual ya es un problema directo en el mercado, empero, muy seguramente el precio también subirá, digamos que en un 20 % también, ascendiendo. De manera que la reducción en la oferta implicó que los consumidores deben pagar un mayor precio respecto de lo que pagaban antes, por lo que su excedente se verá lesionado ya que los productores se apropiaron injustificadamente de él a través del cartel.

Típico:	Manipulación de oferta
Antijurídico:	Los cartelizados conllevan a que la manipulación en la oferta convierta en inelástico el mercado
Culpable:	Con culpa (falta de previsión) o con dolo (Intención)

D. REPARTICIÓN DEL MERCADO

Es cartel restrictivo de la competencia «El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas».

En este ítem encontramos la prohibición del reparto de tres mercados. Bajo dicha norma está prohibido repartir los clientes, los proveedores y el territorio. En el derecho anglosajón sobresalen casos como *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States* y *United States v. Sealy*.

Los supuestos de repartición traen aparejado en el fondo un acuerdo de no competencia. Los agentes limitan su campo de acción cediéndoselo a otro a cambio de una asignación en la parte que les corresponde y con ella trae aparejado en la mayoría de los casos un poder para fijar precios.¹²⁵ En este caso los productores pueden acordar no competir por clientes, asignarse proveedores o definir los territorios donde participarán, combinar varios de estos factores y/o al final acompañarlo con fijación de precios, todo un coctel restrictivo, lo cual no es tan inusual en el mercado.¹²⁶

En Europa, por su parte, en casos como *European Night Services y otros v. Comisión Europea* se ha dicho que se trata de «prácticas calificadas de evidentes, queriendo decir con ello que su tipificación no precisa de gran discusión y, en particular, que no es preciso para ello el examen de sus efectos a la vista de su objeto».¹²⁷

Veamos ejemplos de cada uno de los tres supuestos que menciona el artículo:

125 MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE. *Antitrust*. Gilbert Law Summaries, cit., pp. 67-69.

126 E. THOMAS SULLIVAN & JEFFREY L. HARRISON. *Understanding antitrust and its economic implications*, cit., pp. 152 y 153.

127 JUAN JIMÉNEZ-LAIGLESIA y JOSÉ MARÍA JIMÉNEZ-LAIGLESIA. *Tipología de restricciones horizontales: Limitación a la producción, reparto de mercados, asignaciones de clientes y prácticas de naturaleza discriminatoria*. cit., p. 166.

Cuando se habla de reparto de clientes estamos frente a una forma de reparto de la demanda, en esa medida este cartel afecta el excedente del consumidor y su libertad de escogencia ya que el consumidor tendrá que comprarle solo al productor al que él fue asignado, perdiendo su poder de negociación. El reparto puede abarcar tanto a los clientes reales y habituales como a los potenciales o eventuales. Veamos el ejemplo correspondiente:

Ejemplo 7
Reparto de clientes (demanda)

Empresas competidoras en mercado relevante

Tiempo	Reparto de clientes (demanda)			
	A, B y C son vendedores	A	B	C
T1	10 Clientes: Pablo, María, Isabel, Eduardo, Clara, Alejandro, Sofía, Fernanda, Irene y Juliana	Vende a todos	Vende a todos	Vende a todos
T2	Pablo, María e Isabel solo le pueden comprar a A	Eduardo, Clara y Alejandro solo le pueden comprar a B	Sofía, Fernanda, Irene y Juliana solo le pueden comprar a C	

En un tiempo 1 (T1), tanto como A, B y C venden a los clientes que se lo piden. Posteriormente, los tres empresarios deciden entre ellos que solo atenderán a los que efectivamente les fueron asignados y los clientes estarán expuestos a un monopolio en la práctica, dado que solo les vende uno de ellos.

Si la demanda es inelástica el consumidor pierde toda libertad de escogencia y ve reducido su excedente ya que al no haber competencia real el precio aumentará. En cambio, si la demanda es elástica y A, B y C solo representan una pequeña parte del mercado, los clientes pueden simplemente buscar otros oferentes que seguramente les venderán a mejores precios. Si

la demanda es elástica y tres productores deciden no venderles a algunos clientes y/o subir el precio, terminarán viéndose afectados por la pérdida de clientes y, en consecuencia, de utilidad. Es decir, comportamiento típico, pero no antijurídico.

Veamos ahora el reparto de mercado de proveedores. Acá estamos frente a otra forma de reparto, esta vez el reparto de la oferta, es decir se asigna a quién se le compra, afectando el excedente del productor y la libertad de permanencia del empresario. Y ese empresario pierde su capacidad de negociar con todos los compradores, y sus compradores serán menos. Este cartel se da cuando los productores tienen cierto control de mercado sobre los proveedores de insumo, generando monopolios de compra de insumos entre los subgrupos que crean, producto del reparto.

Ejemplo 8

Reparto de proveedores (oferta)

Empresas competidoras en mercado relevante

Tiempo	Reparto de proveedores (oferta)			
	A, B y C son compradores	A	B	C
T1	10 vendedores			
T2		Le compra a Pablo, María e Isabel	Le compra a Eduardo, Clara y Alejandro	Le compra a Sofía, Fernanda, Irene y Juliana

Se tiene nuevamente a los productores A, B y C, que naturalmente necesitan insumos y materias primas para desarrollar su actividad. Los proveedores antes podían vender a todos los interesados, sin embargo, en este caso los compradores son los que deciden entre ellos a quién le comprarán, con la obligación de comprarle a otro vendedor diferente al que le fue asignado en virtud del cartel. Los proveedores no tendrán otra opción más que vender al precio impuesto por los compradores porque es el único comprador. De lo contrario no tendrá insumos para su producción.

Los excedentes del productor se ven disminuidos afectando el bienestar social si la participación de los cartelizados impide la elasticidad de la

demandas por fuera del cartel de compradores, es decir, si los compradores representan una participación ínfima del mercado.

Finalmente, veamos el reparto de mercado por zonas geográficas que consiste en una segmentación ilegítima del territorio con la que se afecta el excedente del consumidor y su libertad de escogencia, en la medida que solo encontrará una o unas pocas opciones en un territorio donde hubiesen encontrado muchas si la competencia fuera efectiva. Igual que en los casos anteriores, ejemplifiquémoslo:

Ejemplo 9

Reparto de mercado por zonas geográficas

		T1			T2		
		Empresarios					
		A	B	C	A	B	C
Zonas	Quito	✓	✓	✓	✓	✗	✗
	Guayaquil	✓	✓	✓	✗	✓	✗
	Cuenca	✓	✓	✓	✗	✗	✓

En este caso encontramos a los productores A, B y C que en un tiempo uno (T1) venden en Quito, Guayaquil y Cuenca, y compiten efectivamente en los tres territorios. Sin embargo en un tiempo dos (T2) arreglan repartirse el territorio de manera que A solo vende en Quito, B solo vende en Guayaquil y C solo vende en Cuenca, de manera que en su territorio cada uno no tiene competencia efectiva, creándose un monopolio por zonas, por lo que no habrá incentivo para manejar precios bajos, sino que, al contrario, los podrán subir sin que disminuya su clientela, porque los consumidores no tendrán otra opción, viéndose así afectado su excedente y su libertad de escogencia.

Ahora bien, si en todos los territorios hay muchos más oferentes del producto X el cartel será inútil e inofensivo para los consumidores ya que tendrían varias otras opciones para elegir, que además sí estarán compitiendo con precios, por lo que a los cartelizados tampoco les sería rentable subir precios, siendo necesario entonces que los productores cartelizados tengan suficiente poder de mercado y la demanda sea inelástica para que se configure la afectación al bien tutelado.

Finalmente, en la doctrina tradicionalmente se ha hablado de otra forma de repartición del mercado, que, aunque el artículo no menciona, encajaría dentro del supuesto del inciso 1 del artículo 11 que es una cláusula general

para carteles, o dentro del numeral 2 como una forma de reparto del mercado producto, y vale la pena estudiarlo de una vez. Se trata del reparto de mercado de producto, que por ende conlleva a cláusulas de no competencia, con el que también suelen a veces subir los precios. Generalmente se presentan entre grupos económicos que compiten en diferentes mercados.¹²⁸ Veamos el ejemplo correspondiente:

Ejemplo 10

Reparto de mercado de producto

Mercado producto		T1			T2		
		Competidores					
		A	B	C	A	B	C
	X	✓	✓	✓	✓	✗	✗
	Y	✓	✓	✓	✗	✓	✗
	Z	✓	✓	✓	✗	✗	✓

Encontramos nuevamente a los productores A, B y C, quienes compiten en los mercados X, Y y Z. En un tiempo uno (T1) los tres productores compiten. Sin embargo, en un tiempo dos (T2) A, B y C deciden ponerse de acuerdo para repartirse los mercados vía producto. Así ahora la empresa A está solo en un mercado (X), B solo en otro mercado (Y) y, por su parte, C tiene su propio reino en su mercado (Z).

La matriz de responsabilidad correspondiente al supuesto consagrado en este numeral sería:

Típico: → Repartición de mercado vía territorio, clientes y producto

Antijurídico: → Los cartelizados conllevan con su conducta a que con el reparto del mercado no exista elasticidad hacia otras empresas o productos

Culpable: → Con culpa (falta de previsión) o con dolo (Intención)

128 MAURICIO VELANDIA. *El ocaso del monopolio*, cit., Tomo I, Capítulo XIV. Cartel de precios y de repartición de mercado, disponible en <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

E. REPARTICIÓN O RESTRICCIÓN DE FUENTES DE ABASTECIMIENTO

Se considera como *cartel* «repartir o restringir las fuentes de abastecimiento».

Primero que todo vale la pena recordar que repartición no es lo mismo que restricción, por lo que este ítem incluye dos conductas diferenciables. Con la primera conducta no se limita el acceso a las fuentes de abastecimiento, sino que los agentes **se las dividen** para no tener que competir por ellas, mientras que con la segunda conducta se traduce en una **limitación** para acceder a ellas cuantitativamente entre las opciones del mercado, es el caso en el que antes del cartel había más fuentes y/o era fácil acceder a ellas y después del acuerdo restrictivo se limitan.

La cadena de valor de un mercado consta de varias etapas, como se sabe, una de ellas es la producción, que implica la transformación de unas materias primas y/o bienes intermedios, mediante mano de obra y tecnología para llegar a la consecución de un bien final destinado a satisfacer las necesidades del consumidor. Entonces los productores necesitan a su vez de oferentes de insumos.

El concepto de *insumo* es definido por la Real Academia de la Lengua Española como el «conjunto de elementos que toman parte en la producción de otros bienes».

Se habla entonces de un «mercado intermedio», en el que el productor final de un bien no es en este caso quien ofrece el bien sino quien demanda unos insumos necesarios para su proceso de producción de un bien final. El oferente es quien posee esas fuentes de abastecimiento protegidas. En tan suerte este supuesto fáctico protege el denominado «mercado intermedio».

El mercado intermedio no abarca bienes finales dirigidos al consumidor, sino bienes con los que unos empresarios producirán otros bienes finales. Es un punto intermedio en la cadena de valor si esta es observada desde la consecución de materias primas hasta la comercialización de un producto al consumidor final.

En el desarrollo de este mercado se pretende que en aras de percibir una mayor utilidad, las empresas buscan reducir los costos mediante la elección de insumos,¹²⁹ por lo que este comportamiento está íntimamente relacionado con el excedente del productor.

Bajo este orden de ideas, los insumos y las materias primas son indispensables para que los productores puedan desarrollar su actividad de

129 WALTER NICHOLSON. *Microeconomía intermedia y sus aplicaciones*, cit., p. 177.

producción o comercial y, por lo tanto, haya oferta de los bienes finales que los consumidores demandan en el mercado.

Bajo tal punto de vista se tiene que este supuesto cuida de restricciones, particular y puntualmente al «mercado intermedio». Es un supuesto especial para el cuidado de ese mercado. Además, dentro de este mercado también son aplicables los demás supuestos en caso de que un hecho típico ocurra.

Ahora bien, se considera que las fuentes de insumos son tierra, trabajo, capital y tecnología, ya que de alguna de estas cuatro categorías derivan las materias primas que puedan ser necesarias para la producción. Por su parte, un insumo esencial se define como «cualquier insumo que se considere necesario para que todos los participantes puedan operar en una determinada industria y que no se pueda duplicar fácilmente», naturalmente llegar a la decisión de si un insumo es esencial o no, no es fácil, incluye muchos factores y la respuesta puede ser bastante subjetiva.¹³⁰ Se ha hablado de afectación a insumos esenciales, aunque no mediante carteles, en casos de la Comisión Europea como *B&I Line v. Sealink y Sea Container v. Stena*.

Aunque determinar lo esencial de un insumo no es sencillo, lo cierto es que nos pone inmediatamente en el escenario de la antijuridicidad, ya que si el insumo cuya fuente está viéndose afectada no es esencial, es decir, no es indispensable para la operación, por ejemplo, porque es fácilmente reemplazable, el bien jurídico tutelado no se verá lesionado y no se afectará la producción. De esta forma los dos conceptos, el de insumo esencial y el de antijuridicidad, se complementan, y resultan necesarios al evaluar si una conducta encuadra en este supuesto.

Empecemos por un ejemplo en una repartición de fuentes de insumos productivos:

Ejemplo 11 *Repartición de fuentes de insumos productivos*

	T1			T2			
	Competidores en el mercado de un servicio agrícola						
		A	B	C	A	B	C
Empresas dedicadas al alquiler de tractores	X	✓	✓	✓	✓	✗	✗
	Y	✓	✓	✓	✗	✓	✗
	Z	✓	✓	✓	✗	✗	✓

130 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., pp. 99-101.

Estamos frente a tres prestadores de un servicio agrícola en un mercado relevante (A, B y C). Para sembrar la tierra se requiere de varios insumos, entre ellos tractores para arar la tierra, sin embargo, debido a los altos costos de mantenimiento de un tractor los prestadores no poseen uno, sino que recurren a otras empresas que los alquilan. En este caso, las empresas X, Y y Z. En un primer momento (T1) los tres agricultores que requieren el servicio recurren a las tres empresas que alquilan tractores. Pero en un tiempo 2 (T2) X, Y y Z deciden cartelizarse para que A solo le alquile a X, la empresa B a Y y la empresa C a Z.

Como se puede observar se trata de un supuesto que cuida la repartición particularmente en el «mercado intermedio», dando claridad en lo relacionado a que el supuesto de repartición aplica en todos los mercados, y no solo en los «mercados de producto final».

Diferente es el caso de la restricción a las fuentes de insumos productivos. Veamos el ejemplo y su explicación:

Ejemplo 12

Restricción a las fuentes de insumos productivos

	T1		T2				
	Competidores en el mercado de un servicio agrícola						
		A	B	C	A	B	C
Empresas dedicadas al alquiler de tractores	X	4 tractores	3	1	3	3	1
	Y	1 tractor	4	2	1	3	2
	Z	0 tractores	1	1	0	1	1

En el ejemplo en un tiempo uno (T1), se requieren 17 tractores. En un tiempo dos (T2) los tractores que se ponen en oferta son 15. El producto escasea y el precio sube. Sin embargo, resulta riesgoso el acuerdo pues la necesidad puede conllevar a que las empresas emprendan tareas para adquirir sus propios tractores. En ese sentido la reducción de insumos puede conllevar a que se cree la necesidad de entrar en el mercado vertical por parte de las empresas afectadas, en la medida que no existan barreras de capital o regulatorias.

La matriz de responsabilidad para este caso se describe así:

Típico:	→ Repartición o restricción de fuentes de insumos productivos
Antijurídico:	→ Los cartelizados conllevan con su conducta a que con el reparto o restricción del mercado no exista elasticidad hacia otras empresas que vendan esos insumos o sus sustitutos
Culpable:	→ Con culpa (falta de previsión) o con dolo (Intención)

F. RESTRICCIÓN AL DESARROLLO O LAS INVERSIONES

Se considera cartel restrictivo de la competencia «Restringir el desarrollo tecnológico o las inversiones».

El desarrollo tecnológico resulta de vital importancia en una economía ya que suele traer aparejada una mayor eficiencia y consecuencialmente menores costos, que se pueden traducir en menores precios beneficiando así tanto al productor como al consumidor en sus excedentes.

A pesar de que no se le puede exigir a ninguna empresa tener siempre la última tecnología, un productor que no esté a la vanguardia con los desarrollos tecnológicos de su área no estará en condiciones de ser competitivo. La tecnología implica una ventaja competitiva, por lo que acordar restringir el acceso a ella puede resultar restrictiva de la libre competencia. «La innovación lleva ya sea a mejores productos —cosas que la gente querrá más que las actualmente disponibles— o formas de hacerlos más baratos. En efecto, la innovación lleva a mejor competitividad en los precios». ¹³¹

Para lograr nuevos desarrollos los investigadores y las empresas incurren en costos, con frecuencia altos, que pueden ser recuperados mediante el ejercicio de derechos de propiedad intelectual, como las patentes; sin embargo, esta necesidad de recuperar costos no puede obstar para que se siga trabajando en nuevos desarrollos, pero pueden presentarse, por ejemplo, acuerdos mediante los que se concierte detener las investigaciones mientras algunas empresas recuperan el costo en que incurrieron para producir una nueva tecnología; esto es justamente lo que se busca impedir al abordar este tema. Un ejemplo de este tipo de restricción al desarrollo, aunque no mediante un cartel, se encontró en Estados Unidos en el caso *Vitamin Technologists, Inc. V. Wisconsin Alumni Research Foundation*.

131 CHRISTOPHER L. SAGERS. *Antitrust. Examples and explanations*, cit., p. 227.

Esta restricción al desarrollo tecnológico podría darse por varias vías, una de ellas, muy conocida es la constitución de *patent pools* o consorcios de patentes, es decir, acuerdos mediante los cuales varias empresas titulares de patentes «otorgan entre ellas licencias cruzadas y se dividen las utilidades según lo acordado»¹³², estos acuerdos son legítimos en la medida que no se abuse de los derechos de propiedad intelectual y que propendan por facilitar nuevos desarrollos. Sin embargo, puede que las partes logren todo lo contrario si, por ejemplo, se ponen de acuerdo, ilegítimamente por supuesto, para subutilizar sus patentes, detener sus investigaciones, no conceder licencias o solicitar patentes muy generales o sin fundamento que lleven a un bloqueo, entre otras.¹³³ Bajo este orden de ideas los *patent pools* podrían ser uno de los vehículos conductores del cartel previsto en este numeral.

Otro posible vehículo conductor serían los *Joint Ventures*, que son contratos mediante los que se realizan alianzas estratégicas, por ejemplo para que dos empresas de un mismo sector que antes investigaban independientemente, ahora lo hagan de forma conjunta, uniendo sus esfuerzos en pro de la innovación y la consecución de nuevos desarrollos y reduciendo sus costos.¹³⁴ Sin embargo, tal como en los *patent pools*, puede que sean usados como carteles anticompetitivos a través de conductas como las ya mencionadas.

Cuando se habla de un avance o nuevo desarrollo tecnológico este puede observarse en relación con lo que el individuo tenía disponible hasta el momento o con relación a lo que estaba disponible en el área correspondiente. Para determinar esta última forma se hace necesario recurrir al concepto de estado del arte; el estado del arte se ha definido como «la condición actual o el nivel alcanzado por un arte específico»¹³⁵, en otras palabras, el estado del arte, de la técnica o de la ciencia es una compilación de los desarrollos existentes en un área del conocimiento determinada, una sistematización de lo que se ha hecho en el campo en cuestión hasta determinada fecha.

La determinación del estado del arte es sumamente importante, por ejemplo, para determinar si una solicitud de patente cumple o no con el requisito de novedad y también resulta importante para analizar la conducta

132 MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE. *Antitrust*. Gilbert Law Summaries, cit., p. 160.

133 CHRISTOPHER L. SAGERS. *Antitrust. Examples and explanations*, cit., pp. 230-239.

134 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., pp. 250 y 251.

135 RAGNHILD GUEVARA PATIÑO. «El estado del arte en la investigación: ¿análisis de los conocimientos acumulados o indagación por nuevos sentidos?», Bogotá, Universidad Pedagógica Nacional, Revista Folios Segunda época, No. 44 Segundo semestre de 2016, p. 167.

anticompetitiva que aquí nos ocupa, en la medida que si estamos frente a una conducta que frenó un desarrollo, hay que ver primero si este efectivamente representa un avance tecnológico y si el desarrollo que se impidió o restringió ya estaba en el estado del arte podría argumentarse que no hay antijuridicidad y, por lo tanto, tampoco responsabilidad, ya que no hubo una lesión al interés general porque verdaderamente no se truncó un avance que hubiese beneficiado a consumidores o productores.

La antijuridicidad no solo está dada según si se trató de un avance con respecto al estado del arte o no, sino que al igual que en los otros supuestos también está dada según si los agentes cartelizados tienen un poder de mercado suficiente y la inelasticidad de demanda y oferta son suficientes para que la conducta lesione o ponga en peligro verdaderamente el desarrollo tecnológico y la innovación. Si, por ejemplo, estamos hablando de dos empresas con una participación de mercado pequeña, cuyas patentes son relativamente insignificantes, si acuerdan no otorgar licencias, pero en realidad no hay potenciales licenciatarios, no habrá ninguna afectación y no debería declararse su responsabilidad dada la falta de antijuridicidad.

Como en los otros supuestos, veamos la matriz de responsabilidad correspondiente:

Veamos un ejemplo del supuesto haciendo referencia a la restricción de inversión en tecnología:

Ejemplo 13
Restricción de inversión en tecnología

	T1			T2		
	Competidores en el mercado de telecomunicaciones					
	A	B	C	A	B	C
Inversiones en antenas repetidoras	USD 1 millón	USD 2 millones	USD 1.5 millones	0	0	0

En este caso se puede observar en un tiempo uno (T1) como las operadoras compiten en inversión en antenas repetidoras de señal, sin embargo, en un tiempo dos (2) las operadoras dejan de competir en esa inversión, afectando el servicio o expansión del mismo.

La matriz de responsabilidad se resume, así:

Típico:	→ Restricción al desarrollo o a la inversión
Antijurídico:	→ Los cartelizados conllevan con su conducta a que con la abstención en el desarrollo o en la inversión el mercado se retrase y no existan otros agentes económicos por fuera del cartel que permitan la elasticidad hacia otras empresas o productos
Culpable:	→ Con culpa (falta de previsión) o con dolo (Intención)

G. COLUSIÓN EN LICITACIONES

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

En esta parte encontramos la colusión horizontal en procesos de contratación pública, con esta conducta se afecta el erario de forma directa, ya que no solo se está falseando la competencia sino también defraudando a la administración y apropiándose ilegítimamente del presupuesto público.¹³⁶

Al hablar de contratación pública de forma genérica nos estamos refiriendo a supuestos en los que la administración es defraudada y esa falta deviene de la voluntad de los particulares, quienes interesados en el desfalco ven en comportamientos que falsean la competencia el medio o fuente dirigido a dañar el erario en su acepción de mercado.

Los contratos administrativos suelen revestir la misma forma y estructura que los contratos privados, salvo las adaptaciones necesariamente derivadas del hecho de que una de las partes es la administración.¹³⁷ Se trata

¹³⁶ MAURICIO VELANDIA. *El ocaso del monopolio*, cit., Tomo I, Capítulo XV. Cartel de colusión en licitaciones, discriminatorio, de reducción de oferta y ventas atadas, disponible en <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

¹³⁷ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Madrid, Civitas, undécima edición, 2002, pp. 671-679.

de un caso en que la administración no impone condiciones u obligaciones a los particulares, sino que los invita a participar en un contrato administrativo que se definirá a través de la licitación o concurso y a quien le sea adjudicado adquirirá derechos y contraerá obligaciones, siendo una característica la libertad para que un particular participe en la licitación o se abstenga de hacerlo.

Dada la importancia que revisten estos contratos para el adecuado desarrollo de las funciones de la administración, la elección de los particulares con los que se contratará no puede ser arbitraria y para evitarlo se ha usado tradicionalmente la figura de la licitación, que busca garantizar «tanto la igualdad de los particulares, como la obtención por la Administración, a través de la competencia, de las condiciones más ventajosas para el interés público».¹³⁸

Resulta pertinente, para mayor claridad, observar que en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública encontramos que la contratación pública está definida en el numeral 5 del artículo 6 que establece que «se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra».

El supuesto aquí consagrado es horizontal, ya que menciona acuerdos entre proveedores u oferentes, es decir no involucra a la entidad pública que está adelantando el proceso de selección, hipótesis vertical a la cual nos referiremos más adelante; en ese sentido este supuesto horizontal solo abarca los arreglos entre los particulares que concurren a él y que están todos a un mismo nivel de interés, esto es, interesados en que se les adjudique.

Tradicionalmente se ha considerado que para este supuesto el mercado relevante está determinado por el área cubierta por el pliego licitatorio y los oferentes que deciden concurrir, sin embargo, no debe perderse de vista que con este tipo de conducta los oferentes no solo pueden excluir a otros competidores afectando el excedente del productor, sino que además lesionan directamente al erario público en la medida que fraudulentamente sacarán un negocio que debió haberse otorgado en condiciones de verdadera competencia.

138 *Ibid.*, p. 711.

Ejemplo 14
Colusión en licitaciones

		Constructoras oferentes				
		Variable	A	B	C	D
T1	Precio	470	410	520	420	
	Tiempo de entrega	15 meses	18 meses	10 meses	12 meses	
T2	Precio	400	520	520	420	
	Tiempo de entrega	9 meses	18 meses	18 meses	12 meses	

Encontramos aquí a las constructoras A, B, C y D, que habitualmente (T1) ofrecerían entregar determinada infraestructura con unas características específicas en los siguientes términos: A la ofrece a un precio de 4 millones de dólares y la entrega en 15 meses, B la ofrece a 3.5 millones de dólares en 18 meses, C la ofrece a 5 millones de dólares en 10 meses y D a 4.2 millones de dólares en 12 meses. Sin embargo, en un T2 la administración permite modificar las propuestas y A, B y C, en lugar de presentar sus propuestas reales y competir verdaderamente, deciden celebrar un acuerdo en virtud del cual A presente una propuesta con el menor precio, el menor tiempo de entrega y cualesquiera otras condiciones que la hagan la mejor propuesta, de manera que sea la adjudicataria; para posteriormente repartir las utilidades del contrato con B y C que también manipularon sus propuestas para perder en competencia respecto de la presentada por A y que seguramente también habrán acordado algo para ayudarle a cubrir el bajo precio y corto tiempo de entrega.

Otra posibilidad es que no se repartan las utilidades de ese contrato, sino que acuerden presentarse a otras dos licitaciones, y manipularlas de manera que B en una y C en otra. De esta forma, los oferentes que se cartelizaron están afectando y excluyendo a D que sí presentó la oferta en condiciones reales, pero según el pliego de condiciones y como las otras empresas manipularon las ofertas, A ganará ilegítimamente (subasta inversa). Con ello no solo se afecta la libertad de concurrencia de D sino también la libertad de escogencia de la administración, que no verá las condiciones reales de los oferentes, sino

que estará condicionada a aceptar lo que en el papel aparece como lo mejor, ocurre en casos de subasta inversa.

Es muy importante entender que esta forma de ver la colusión dañina en licitaciones públicas se presenta como otra herramienta para atacar este flagelo de corrupción. En esta ocasión es castigado desde la óptica de derecho de la competencia, donde defraudando la competencia se apropián de dineros públicos, dándole mayor importancia a la tipicidad que a la antijuridicidad, por ello la figura del mercado relevante entendido como la misma licitación.

De manera que, en casos de colusión en licitaciones, la antijuridicidad está dada por la afectación que con la conducta se hace a la libertad de escogencia de la administración o a la libertad de concurrencia de los oferentes, y vale subrayar que la corrupción atenta contra la eficiencia económica, unos de los bienes tutelados en la norma de control del poder de mercado.

La matriz de responsabilidad administrativa sancionatoria es la siguiente:

Típico: → Arreglo o colusión entre oferentes para arreglar su competencia en una licitación privada o público

Antijurídico: → Los cartelizados de forma horizontal conllevan con su conducta a que su arreglo dañe la competencia dentro de la contienda planteada en la licitación

Culpable: → Con culpa (falta de previsión) o con dolo (Intención)

H. COMERCIALIZACIÓN DISCRIMINATORIA A CONSUMIDORES

Se castiga un arreglo entre empresas para «Discriminar injustificadamente precios, condiciones o modalidades de negociación de bienes o servicios».

Encontramos ahora la práctica tradicionalmente conocida como discriminación de precios, aunque la conducta puede estar también dirigida a otras condiciones de negociación diferente a precios. La discriminación acá tratada se refiere solo a la diferenciación o discriminación a los consumidores; más adelante se explicará la referida a los competidores, la cual también se presenta dentro de los denominados mercados intermedios.

Es decir, estamos frente a un cartel con el que los oferentes acuerdan imponer condiciones desiguales a sus clientes-consumidores.

«La discriminación de precios es una práctica comercial que implica vender unidades idénticas de un bien o servicio a diferentes precios. Dicha práctica puede tener lugar entre unidades adquiridas por el mismo comprador o entre unidades adquiridas por compradores distintos.¹³⁹

El supuesto típico de aplicación de condiciones desiguales es la discriminación de precios, consistente en la venta de un determinado bien (o servicio) a precios diferentes a pesar de que el coste del producto o servicio es idéntico en todos los casos para el vendedor del bien o proveedor del servicio. (...) la doctrina considera que se genera discriminación de precios, en términos generales, cuando dos productos similares que tienen el mismo coste marginal de producción son vendidos a diferentes precios».¹⁴⁰

Discriminar puede entenderse como tratar diferente lo que es igual.¹⁴¹ Por ello, lo primero que hay que analizar para determinar si existió una infracción es si las condiciones o los clientes eran efectivamente equivalentes, es decir, debe compararse la posición del cliente presuntamente afectado con la de los demás clientes para determinar si eran suficientemente equiparables, vale la pena resaltar que «no se exige identidad, sino únicamente equivalencia, debiéndose analizar la totalidad de las circunstancias relativas a las mismas».¹⁴² De lo contrario el trato diferente estaría justificado.

Hay que hacer entonces dos ejercicios de comparación, el primero entre la posición en que se encuentran unos y otros clientes y el segundo, entre los precios o condiciones comerciales que los productores ofrecieron a cada uno, y para que se configure la práctica restrictiva debe encontrarse similitud en el primero y diferenciación en el segundo, ello implicará que sí hubo una discriminación injustificada.

Para hacer estos análisis deben observarse bastantes elementos, como los negocios jurídicos involucrados, el tipo de producto, las cantidades, los medios de pago, los plazos, las características de cada sujeto, la costumbre mercantil, y el comportamiento de la oferta y la demanda, entre otros. Pero

139 GERMÁN COLOMA. *Defensa de la competencia*, cit., pp. 46-47.

140 JUAN JIMÉNEZ-LAIGLESIAS y JOSÉ MARÍA JIMÉNEZ-LAIGLESIAS. *Tipología de restricciones horizontales: Limitación a la producción, reparto de mercados, asignaciones de clientes y prácticas de naturaleza discriminatoria*. cit., p. 187.

141 MAURICIO VELANDIA. *El ocaso del monopolio*, cit., Tomo I, Capítulo XV. «Cartel de colusión en licitaciones, discriminatorio, de reducción de oferta y ventas atadas», disponible en <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

142 JUAN JIMÉNEZ-LAIGLESIAS y JOSÉ MARÍA JIMÉNEZ-LAIGLESIAS. *Tipología de restricciones horizontales: Limitación a la producción, reparto de mercados, asignaciones de clientes y prácticas de naturaleza discriminatoria*. cit., p. 187.

no resulta asertivo querer ampararse o justificar una discriminación en una desigualdad no esencial que conlleve a la validación de la diferenciación. Por ello, debe observarse el impacto y la verdadera justificación para alegar que existe una razón para diferenciar.

Con la conducta descrita en este ítem se configura un abuso explotativo que lesiona el excedente del consumidor, ya que son ellos, los consumidores, a quienes se les están imponiendo condiciones desiguales. Si la demanda no es elástica y los consumidores no tienen otra opción más que atenerse a lo impuesto por los oferentes cartelizados, podrán estar pagando un precio más alto o recibiendo menores beneficios, viéndose así afectados su excedente y su libertad de escogencia.

En este supuesto, la antijuridicidad está dada entonces por dos cosas, lo justificado o no de la diferenciación y la inelasticidad de la oferta, que implica que los consumidores se verán sometidos a soportar la discriminación.

No resulta muy común ver en la práctica esta clase de cartel, pues la guerra por la clientela es el fin del comercio y acá lo que supone es que los vendedores pretenden discriminar a un comprador específico.

Un ejemplo puede ser el siguiente:

Ejemplo 15
Comercialización discriminatoria a consumidores

Productores de un producto P				
Tiempo	Clientes	A	B	C
T1	X	300	270	285
	Y			
	Z			
T2	X	300	270	285
	Y			
	Z			

Los productores A, B y C del producto P, inicialmente en un tiempo 1 (T1) venden a un mismo precio para cada cliente pero sin que exista un acuerdo de precio entre los vendedores. En un tiempo dos (T2) deciden cartelizarse para empezar a venderle un 20 % más caro a uno de los clientes, que es Z, ya que saben que tiene mayor capacidad adquisitiva y necesita el producto

y no dejará de comprarlo, aunque suba el precio pues lo necesita y no existe elasticidad. Con ello los productores están haciendo una discriminación de precios injustificada con la que se apropián ilegítimamente del excedente de Z.

Como se ha mencionado, la discriminación no solo puede presentarse en la variable precio sino también en otras condiciones o variables:

Ejemplo 16

Comercialización discriminatoria a consumidores (cartelizado)

Productores del producto P				
Tiempo	Clients	A	B	C
T1	X	Posibilidad de crédito	Posibilidad de crédito	Posibilidad de crédito
	Y			
	Z			
T2	X		Posibilidad de crédito	Posibilidad de crédito
	Y			
	Z	Efectivo y de contado		

Podría pasar por ejemplo que en un T1 los productores ofrecieran facilidades y diversos métodos de pago a todos sus clientes (A, B y C), pero que, en un T2, a raíz del cartel, decidan exigirle a Z el pago en efectivo y de contado sin posibilidad de negociar al respecto, lesionando su libertad de escogencia y su excedente también.

Naturalmente, y como en los casos anteriores, los ejemplos solo tienen sentido como práctica restrictiva si la demanda es inelástica y Z no tiene otros productores a los que acudir que sigan vendiendo a un precio justo y sin discriminación.

Autores como Massimo Motta identifican que es necesaria la concurrencia de dos elementos para que se configure esta práctica, en primer lugar, que las empresas tengan formas de clasificar a sus clientes, para así mismo tener criterios de discriminación y en segundo lugar, que los consumidores no puedan revender los productos, porque de ser así, los que compran a precio «justo» le revenderían a los otros, y así no se verían afectados;¹⁴³ es por

143 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., pp. 571-573,

eso que también se ha identificado que es más sencilla la discriminación de precios de servicios, ya que es mucho más complicado revenderlos.¹⁴⁴

Adicionalmente, es necesario que las empresas cartelizadas tengan cierto poder de mercado,¹⁴⁵ porque de lo contrario al discriminar en precios, los consumidores simplemente empezarían a comprarles a otros productores. A la larga, estos últimos elementos, la no posibilidad de reventa y el poder de mercado de los cartelizados, se traducen en lo que ya se ha mencionado de la elasticidad, es decir, de la antijuridicidad que guarda reposo en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en concordancia con el primer párrafo del artículo 11, así como con el artículo 12 y 4 de la misma ley.

Para resaltar también la importancia del concepto de elasticidad de la demanda en este caso, como definitorio de la antijuridicidad, vale la pena mencionar también que puede resultar por sí mismo uno de los criterios usados por los cartelizados para discriminar, en la medida que es posible que discriminen «cobrando un precio más alto a aquellos consumidores cuya demanda por el producto es inelástica, y ofreciendo un precio más bajo a consumidores con una demanda más elástica»,¹⁴⁶ lo que es conocido como precio diferencial restrictivo por zonas o territorios.

Vale la pena resaltar una vez más que no todas las discriminaciones son sancionables ni lesionan el bienestar, ya que en ocasiones pueden estar justificadas, la doctrina ha mencionado por ejemplo que es legítima la discriminación derivada de los descuentos por volumen,¹⁴⁷ sin embargo, como se indicará en su momento, ello puede contribuir a la concentración de la riqueza con abuso de derecho e incluso traducirse en una barrera de entrada al mercado.

En todo caso, es legítimo tratar de forma diferente a clientes que de por sí son diferentes, lo que implica que no sea sencillo determinar cuándo una discriminación es injustificada y cuando no, ya que muchas veces esta puede responder al comportamiento mismo de la demanda. Si en un territorio X la demanda es mucho mayor que en un territorio Y, o los costos, por ejemplo de distribución, son mucho menores, es apenas lógico que el precio sea menor en el primer territorio que en el segundo, lo sancionable es que la discriminación se haga mediante un concierto e injustificadamente para apropiarse del excedente del consumidor.

144 MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE. *Antitrust*. Gilbert Law Summaries, cit., pp. 125 y 126.

145 *Ibid.*, p. 125.

146 *Ibid.*, p. 125.

147 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., pp. 574 y 575.

La matriz de responsabilidad correspondiente al supuesto consagrado en este numeral sería la siguiente:

Típico:	→ Arreglo para una discriminación entre semejantes
Antijurídico:	→ Los cartelizados se comportan de manera diferente extrayendo excedentes de consumidores, donde no existe elasticidad por fuera del cartel
Culpable:	→ Con culpa (falta de previsión) o con dolo (Intención)

I. COMERCIALIZACIÓN DISCRIMINATORIA A COMPETIDORES

Resulta ser un cartel «la aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros».

Este supuesto guarda bastante identidad con el anterior en la medida que también se refiere a discriminación en precios u otras condiciones comerciales, de manera que aplica todo lo ya dicho sobre discriminación en general, solo que, a diferencia del anterior, con este supuesto no se pretende proteger al consumidor final sino al productor y en ese sentido lo que se protege es el excedente del productor.

Encontramos aquí un elemento adicional que es la exigencia de que la conducta conlleve a una ventaja de unos competidores frente a otros de lo contrario la discriminación no implicaría lesión alguna.

Es importante tener en cuenta que este cartel tiene un sentido, por ejemplo, porque proveedores de insumos se ponen de acuerdo para sacar del mercado a uno de los productores del producto final, caso en el que el cartel sería horizontal porque quienes concertaron están en un mismo nivel de la cadena de valor, solo que el afectado está en uno diferente o puede ser porque entre productores y distribuidores conciernen para sacar a un distribuidor del mercado o aprovechar su dependencia, caso en el que el cartel sería vertical porque el acuerdo se dio entre agentes de partes distintas de la cadena de valor del mercado. Así este cartel se presenta en su connotación vertical y horizontal.

Veamos el ejemplo correspondiente al cartel horizontal:

Ejemplo 17

Comercialización discriminatoria a competidores

		Proveedores del insumo		
		A	B	C
T1	Empresa X	1000	1200	1100
	Empresa Y			
	Empresa Z			
T2	Empresa X	1000	1200	1100
	Empresa Y			
	Empresa Z	1150	1380	1265

En este caso, los proveedores de un insumo son A, B y C, que en un T1 venden sus insumos a todos sus clientes sin diferenciar el precio, sin embargo, en un T2 deciden aprovechar la situación y celebrar un cartel para empezar a cobrarle un 15 % más a Z, que no tiene otra opción más que soportarlo, pues son los únicos que venden el producto. Veamos que no es un acuerdo de precios total y universal para el mercado, pero si es un acuerdo de precios para un agente especial del mercado y por ello desemboca la conducta en una discriminación.

Se está viendo afectado entonces el excedente del productor en la medida que sus costos aumentarán y en principio su utilidad disminuirá y puede incluso que este aumento de los precios se haya hecho con el fin de excluir a Z del mercado con lo que estaríamos también frente a una lesión al derecho de permanencia en el mercado. Si, por ejemplo, los proveedores decidieran que van a diferenciar el precio de los nuevos productores con respecto al de los que ya llevan cierto tiempo en el mercado, se estaría constituyendo además una barrera ilegítima de entrada al mercado, lesionando el derecho a la entrada.

Se insiste que en este supuesto aplica todo lo dicho en el supuesto anterior. La matriz de responsabilidad sería la siguiente:

Típico: → Arreglo para una discriminación entre semejantes

Antijurídico: → Los cartelizados se comportan de manera diferente extraiendo excedentes de los productores en el mercado intermedio, donde no existe elasticidad por fuera del cartel

Culpable: → Con culpa (falta de previsión) o con dolo (Intención)

J. INFLUENCIA PARA ADELANTAR UNA PRÁCTICA ANTICOMPETITIVA

Resulta ser un cartel «Concertar con el propósito de disuadir a un operador económico de una determinada conducta, aplicarle represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado».

En este numeral encontramos un ingrediente preventivo, ya que se sanciona la sola disuasión para adelantar una conducta restrictiva que resulta lesiva para otro.

Según la Real Academia de la Lengua Española, *disuadir* se define como «inducir o mover a alguien a cambiar de opinión o a desistir de un propósito», e *influir* se define como «ejercer predominio, o fuerza moral»; de manera que estamos frente a un supuesto en el que un agente no está actuando con total autonomía, sino que para sus decisiones resulta determinante la voluntad de unos terceros.

Los sujetos calificados han acordado presionar a otro. En ese sentido, los sujetos cartelizados deben tener la aptitud de influir o la fuerza para presionar el actuar de un tercero de acuerdo como ellos quieran, haciéndole perder autonomía. Ocurre cuando la unión de dos empresas o más, en especie de boicot, agrupan y contienen la fuerza necesaria para presionar a otro. Si no tienen la fuerza necesaria, seguramente esa sugerencia no tendrá efecto alguno en las decisiones de la compañía. Deja de ser influencia.

No debe perderse de vista que estamos hablando de carteles, así que se trata de dos sujetos que agrupan entre sí una posición de dominancia sobre el otro, es decir, es una dominancia conjunta, compartida por varios agentes que se cartelizaron para sacar provecho de ella influyendo el actuar de otros.

Al ser de naturaleza preventiva, la conducta se sanciona independientemente de si el destinatario realizó efectivamente lo que se le propuso o no, o de si los cartelizados tomaron las represalias con las que amenazaron o no, basta con que exista un cartel adelantado con este fin de disuasión para hacer parte de un cartel constituido o por constituirse.

Ahora bien, cuando el artículo menciona que el cartel se haga para «obligarlo a actuar en un sentido determinado» se debe tener en cuenta también lo que dice la ley sobre la situación de dependencia económica, pues se exige de forma sistematizada que ellos «no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad»; esto es naturalmente necesario para que se configure el supuesto que aquí estudiamos, ya que si el agente tiene otras alternativas simplemente puede recurrir a ellas y en realidad no estará obligado a lo que su contraparte le ordena, es decir, no tiene ningún tipo de presión real.

En algunos países se está implementando la figura de la recompensa por delatar a quien propuso un cartel, una figura muy interesante si lo que se quiere es desarticular los carteles, inclusive más que la famosa delación actual de nuestros países, figura que se presenta cuando el cartel ya ha desfalcado al mercado, la cual no compartimos.

Con la conducta que se pretende influir debe existir una afectación real o potencial al excedente del consumidor o del productor, o a las libertades de escogencia o de entrada al mercado, debe tratarse de una conducta anticompetitiva de cuya realización haya derivado la lesión, o que, de haberse llevado a cabo, hubiese sido lesiva.

La antijuridicidad también se excluye si no se cumple con el artículo 1 de la Ley orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. El ejemplo de cartel es el siguiente:

Ejemplo 18

Influencia para adelantar una práctica anticompetitiva

Tiempo	Empresas en mercado relevante			
	A	B	C	D
T1	USD 400	USD 400	USD 400	USD 340
T2	USD 400	USD 400	USD 400	Influencia y fuerza

En el ejemplo propuesto se tiene que en un tiempo uno (T1) las empresas A, B y C están dentro de un acuerdo donde optan USD 400 al mercado, pero existe la empresa D que no hace parte del acuerdo. En un tiempo dos (T2) A, B y D presionan a D para ingresar al cartel. Ese solo intento de convencimiento ya es calificado como restrictivo para A, B y C. Acá es importante aclarar que el cartel puede no estar constituido aún, empero, si dos agentes económicos proponen el cartel, la conducta también es restrictiva, aunque el cartel no esté constituido.

La matriz de responsabilidad que recoge este supuesto es la siguiente:

Típico:	→ Arreglo para presionar construir un cartel o hacer parte de un cartel ya constituido
Antijurídico:	→ Los cartelizados proponen cartel o presionan el ingreso de una nueva empresa
Culpable:	→ Con culpa (falta de previsión) o con dolo (Intención)

K. ACUERDOS SOBRE LA CALIDAD DE LOS PRODUCTOS

Se castiga como cartel la «concertación de la calidad de los productos cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales».

Este supuesto recae sobre un elemento diferente al precio pero que también resulta de suma importancia para los consumidores, como lo es la calidad del producto. Al momento de elegir un producto los consumidores no solo observan el precio, sino que también comparan la calidad de estos. Un producto de mayor calidad tenderá a ser elegido por encima de uno con menor calidad, por lo que es otro de los elementos que en un mercado competitivo se observa, y los productores procuran mejorar la calidad de sus bienes y servicios para ganar clientes, siendo otro factor con el que se compite.

El derecho de toda persona a disponer de bienes y servicios de calidad está consagrado en el artículo 52 de la Constitución Nacional.

La Real Academia de la Lengua Española define *calidad* como «propiedad o conjunto de propiedades inherentes a algo, que permiten juzgar su valor».

Sin embargo, a mayor calidad generalmente existen mayores costos de producción, es allí que las empresas podrían acordar una desmejora de la calidad para reducir todos sus costos, aumentando su utilidad, pero que naturalmente perjudicaría al consumidor, quien recibiría un producto no tan bueno, que posiblemente dañe su bienestar.

Ahora bien, justamente en aras de proteger al consumidor para que reciba productos con una calidad idónea, el ordenamiento jurídico interviene a veces para imponer ciertos parámetros mínimos de calidad, estos se establecen en normas técnicas. «Una norma técnica es un documento que establece requisitos, especificaciones, directrices o características que pueden utilizarse para asegurar, en forma consistente, que un producto, proceso o servicio es adecuado a su uso o propósito». Se menciona que tienen carácter consensuado, son exactas y no ambiguas, basadas en la ciencia, técnica

y experiencia, beneficiosas para la sociedad, aprobadas por organismos reconocidos, disponibles y voluntarias salvo pacto en contrario.¹⁴⁸

Las normas técnicas están justificadas por la salvaguarda del bienestar del consumidor frente a ciertos bienes sensibles con los que una mala calidad lo perjudicaría ampliamente. En materia de consumo, el productor es quien conoce la totalidad de las características del producto que ofrece, mientras que el consumidor solo posee la información que el productor decide darle, por lo que en principio no tiene garantía alguna de que la calidad que le están ofreciendo es la que efectivamente está recibiendo. Las normas técnicas eliminan esta asimetría de la información en la medida que el Estado mismo define y publicita los parámetros mínimos de calidad que debe cumplir cierto producto, garantizando así un estándar mínimo al consumidor.

En la Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad se prevé la existencia de normas técnicas obligatorias y voluntarias. Cuando estamos frente a las obligatorias, todos los productores tendrán que cumplirlas, por lo que la calidad será por supuesto uniforme, sin embargo, es lógico que no se puede hablar de un cartel en estos casos ya que las empresas están de hecho actuando en cumplimiento de un deber legal. Esta uniformidad en la calidad no será producto de una concertación ilegítima entre los productores sino del cumplimiento de una obligación impuesta por la administración. Veamos el ejemplo:

Ejemplo 19 *Acuerdos sobre la calidad de los productos*

	A	B	C
T1	★ ★ ★	★ ★ ★ (+)	★ ★ ★
T2	★ ★ ★	★ ★ ★	★ ★ ★

En este caso están los productores A, B y C con un producto para el cual no se han contemplado normas técnicas de calidad nacionales ni internacionales. En un T1 hay competencia efectiva con precios y calidad del producto. Pero está B que fabrica un producto con mayor calidad. Posteriormente (T2), falsean la competencia en cuanto a la calidad y B se carteliza con A y C en virtud de lo cual dejan de competir y mantienen una calidad estándar, menor a la que cada uno venía manejando.

148 INSTITUTO URUGUAYO DE NORMAS TÉCNICAS. «¿Qué es una norma?» [En línea] Disponible en https://www.unit.org.uy/normalizacion/norma_que/

El excedente del consumidor se verá afectado en la medida que estará recibiendo menos calidad por el mismo precio, con el dinero por el que antes recibía algo bueno ahora está recibiendo algo que no lo es tanto.

Este supuesto podría incluso llegar a configurarse en concurrencia con el contemplado como una forma de restricción al desarrollo tecnológico, ya que un constante esfuerzo por mejorar la calidad de un producto puede eventualmente traducirse en la consecución de nuevos desarrollos, invenciones o mejoras técnicas.

En estos eventos se ve afectado entonces el excedente del consumidor y también su libertad de escogencia, ya que no podrá ponderar las diferentes calidades disponibles en el mercado según sus respectivos precios, sino que se verá obligado a conformarse con lo que los productores hayan acordado.

Como en los casos anteriores, esta práctica solo resultará restrictiva si las empresas cartelizadas representan una porción importante del mercado, ya que de lo contrario los consumidores no se verán afectados, sino que simplemente optarán por comprarles a aquellos productores que mantuvieron una mejor calidad.

La matriz de responsabilidad correspondiente a este tipo es la siguiente:

- | | |
|---------------|---|
| Típico: | → Arreglo para disminuir calidad de los bienes o servicios |
| Antijurídico: | → Los cartelizados bajan la calidad de los productos dañando bienestar del consumidor |
| Culpable: | → Con culpa (falta de previsión) o con dolo (Intención) |

L. CARTELES PARA ATAR O SUBORDINAR PRESTACIONES

Existe cartel restrictivo de la competencia al «Concertar la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos».

En este numeral encontramos lo que genéricamente se conoce como ventas atadas, subordinadas o condicionadas.

Según la Real Academia de la Lengua Española, *subordinar* significa «sujetar a alguien o algo a la dependencia de otra persona o cosa». En tal sentido este supuesto implica que los agentes cartelizados hacen depender la celebración de un contrato de otras prestaciones no relacionadas con el objeto o naturaleza de este, conllevando a que el consumidor pague o gaste más de lo que pensaba o necesitaba gastar, o sea que se daña el excedente del consumidor.

Cuando se trata de productos atados se ha dicho que la subordinación puede ser contractual o tecnológica. Es contractual cuando está dada por la decisión impuesta de una de las partes y tecnológica cuando el productor combina físicamente los dos productos de manera que no se puedan separar.¹⁴⁹

Si la venta atada se está configurando en relación con el consumidor final, por ejemplo, porque no se vende el producto por unidad, sino solo en paquetes de tres o se le impone una prestación más gravosa, este verá lesionado su excedente y su libertad de escogencia ya que si necesariamente requiere el producto en cuestión no tendrá más opción que pagar por el paquete completo, aun cuando solo necesitaba una unidad se verá forzado a pagar y adquirir más de lo que estaba dispuesto a pagar y adicionalmente se verá privado de la oportunidad de elegir si compra una, dos o tres unidades y, si dada su restricción presupuestal, usa su dinero para comprar otro producto en lugar de más del mismo.

Ahora bien, ya que este supuesto no abarca únicamente la compraventa, puede recaer no solo sobre el consumidor final sino también sobre el productor que necesita el suministro de cierto insumo o incluso sobre el distribuidor si, por ejemplo, le atan la posibilidad de distribuir un producto, a la distribución de otro. Si la conducta recae sobre el productor también se verá afectado su excedente en la medida en que sus costos aumentarán, y según el caso, dicho aumento en los costos puede llegar incluso a excluirlo del mercado.

Otro elemento importante de este supuesto es que la prestación impuesta no debe guardar relación con el objeto del contrato, es lógico que, si estamos, por ejemplo, ante un contrato cuyo objeto principal es la reventa de un producto, traiga aparejada la obligación de mantenimiento del bien en los talleres del productor o fabricante. Si la prestación tiene relación con el objeto del contrato dada la naturaleza de este o los usos comerciales, la conducta no sería lesiva y la práctica no sería restrictiva, pero si no es así, se cae en lo que se llama una venta atada.

149 MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE. *Antitrust*. Gilbert Law Summaries, cit., p. 93.

Si existe una íntima relación entre las prestaciones o los productos atados, ello puede resultar incluso más eficiente y beneficioso para el consumidor, «los principios de división del trabajo y de las economías de escala implican que es más eficiente que ciertos componentes se comercialicen juntos en lugar de separados», es mejor adquirir un mueble con la tapicería y cojinería incluidos que tener que buscarlos por separado, aunque técnicamente son productos diferentes. También se ha dicho que las ventas atadas pueden ser una forma de superar la asimetría de la información, en la medida que, si un celular solo funciona con cierto tipo de cargador, es más fácil que la empresa de celulares los venda conjuntos para evitar que el consumidor se vea perjudicado si por desconocimiento compra un cargador no compatible.¹⁵⁰

Ahora bien, es importante observar que si estamos frente a este supuesto o frente a una promoción legítima¹⁵¹ en la que, por ejemplo, se regala un producto por la compra de otro, o se regala contenido adicional, estos supuestos son, por supuesto, legítimos y benefician al consumidor, pero con cierta frecuencia los productores usan estas promociones como estrategia para aumentar sus ventas pero sin aplicar el descuento en realidad, es decir aunque hacen propaganda con ello, el segundo producto o el mayor contenido no es gratis sino que efectivamente lo cobran, mintiéndole al consumidor al decirle que se lo están regalando; en este último caso sí estaríamos frente a una venta atada y además publicidad engañosa.

Por regla general, en el derecho anglosajón se consideran ofensas *per se*,¹⁵² dado que «un productor que ya tiene poder monopólico en un mercado puede usarlas para elevar su poder de mercado en otro, para obtener beneficios monopólicos en ese también».¹⁵³ Se han tratado eventos de ventas atadas, aunque no mediante carteles, en casos como *International Business Machines Corporation v. US, United States v. Microsoft* (2001) y *T. Harris Young & Associates, Inc. V. Marquette Electronics, Inc.*

Veamos ahora los ejemplos de tres formas en los que pueden hacerse estos acuerdos de prestaciones atadas, el primero de ellos es entre empresas de un mismo mercado:

¹⁵⁰ MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., pp. 137 y 138.

¹⁵¹ MAURICIO VELANDIA. «El ocaso del monopolio», cit., Tomo I, Capítulo XV. *Cartel de colusión en licitaciones, discriminatorio, de reducción de oferta y ventas atadas*, Disponible en: <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

¹⁵² MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE. *Antitrust*. Gilbert Law Summaries, cit., p. 96.

¹⁵³ CHRISTOPHER L. SAGERS. *Antitrust. Examples and explanations*, cit., p. 147.

Ejemplo 20

Cartel para atar prestaciones entre empresas de un mismo mercado

Tiempo	A		B		C	
T1	Producto X					
T2	XX		XX		XX	

Inicialmente (T1), las empresas A, B y C, ofertan los productos X por separado y compiten efectivamente en el mercado, sin embargo, posteriormente (T2) deciden celebrar un cartel en virtud del cual todas van a atar a la venta del producto X otro igual (XX), es decir, dejan de vender los productos por separado para empezar a venderlos empaquetados. En un mercado inelástico los consumidores de X no tendrán otra opción más que comprar el producto empaquetado y se verán obligados a gastar más de lo que estaban dispuestos para recibir un producto que no necesitan.

El segundo caso es entre empresas que venden bienes de diferente clase, pero los empaquetan:

Ejemplo 21

Cartel para atar prestaciones, entre empresas con venta de diferente producto, empaquetado

Empresas ofertantes

Tiempo	A	B	C
T1	Producto X	Producto Y	Z
T2	XYZ	XYZ	XYZ

A diferencia del ejemplo anterior, en este caso las empresas comparten bienes de diferentes clases y han decidido vender empaquetados los productos, sean producidos por ellos o no. En un tiempo uno (T1) cada una ofrece su producto. Posteriormente (T2), las empresas deciden cartelizarse para empezar a vender solo paquetes que incluyen los tres productos, es decir, dejan de venderlos separados para que ahora quien quiera comprar uno de los productos no tenga más opción que comprar los de las tres empresas

también. Viéndose lesionado el excedente del consumidor y su libertad de escogencia en los mismos términos que en el ejemplo anterior.

Finalmente, este cartel puede celebrarse también entre compradores, como se ha señalado, la redacción del artículo permite que el tipo no se limite a la venta, sino que abarque cualquier tipo de contrato y el sujeto activo pueda ser cualquiera de las partes:

Ejemplo 22

Cartel para atar prestaciones, entre compradores

Empresas productoras			
Tiempo	A	B	C
	-Insumo		
T1	-Insumo + procesamiento	Insumo	Insumo + procesamiento
T2	Insumo + procesamiento	Insumo + procesamiento	Insumo + procesamiento

Pensemos ahora que A, B y C son productores y los únicos compradores del insumo I, necesario para elaborar su producto. Los proveedores pueden ofrecer el insumo procesado o sin procesar. Inicialmente (T1), A acostumbra a comprarlo de las dos formas, B acostumbra a comprarlo sin procesar y C acostumbra a comprarlo procesado. Sin embargo, los productores aprovechan que tienen cierto poder sobre los proveedores y celebran un cartel (T2) en el que acuerdan subordinar la compra del insumo al procesamiento imperativo de este.

Este último ejemplo podría encuadrarse también dentro del supuesto de establecimiento de obligaciones que afecten «la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios», consagrado en el numeral 2 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, ya estudiado.

Como en los demás casos, el supuesto consagrado en este apartado solo será antijurídico si afecta el excedente del consumidor o del productor, lo cual no ocurrirá si las empresas que ataron prestaciones tienen una cuota de mercado muy baja, ya que en ese caso los consumidores, o productores según

el caso, simplemente dejarán de contratar con esas empresas que les imponen adquirir sus productos, y lo harán con aquellas que sí les ofrecen solo lo que necesitan.

Por último, es necesario indicar que la venta atada se acerca mucho a lo que se denomina en derecho civil «cláusula abusiva», pues se parte de que la imposición hace parte del elemento accidental del contrato donde se impone un elemento extraño que no tiene que ver con la naturaleza original de lo que se quiere negociar y que basada en la fuerza se hace más onerosa la obligación. Entonces, es importante tener en cuenta que la atadura puede consistir en una prestación que hace más gravosa la obligación inicial.

La responsabilidad administrativa sancionatoria derivada de este supuesto se resume en la siguiente matriz:

Típico: → Arreglo para atar una prestación a otra dentro de un contrato

Antijurídico: → Los cartelizados convierten más oneroso y pesado el contrato, donde no existe elasticidad por fuera del cartel

Culpable: → Con culpa (falta de previsión) o con dolo (Intención)

M. CARTELES DE VENTAS ATADAS O SUBORDINADAS

El numeral 12 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado menciona que es cartel el arreglo de «La venta condicionada y la venta atada, injustificadas».

En este numeral simplemente encontramos una forma muy parecida a la del punto anterior, ya que este no abarca cualquier tipo de contrato, sino solo la compraventa y solo admitiría que los vendedores sean los sujetos activos del tipo. Para lo descrito en este numeral aplican todas las generalidades de ventas atadas mencionadas en el numeral precedente y los ejemplos de compraventa mencionados donde los cartelizados sean los vendedores; la matriz de responsabilidad también sería la misma.

Lo que escape a estas dos especificaciones, pero implique prestaciones injustificadamente atadas, podría ser sancionado con base en el numeral 11.

N. CARTELES DE NEGATIVA A LA VENTA

Se considera restrictivo el arreglo entre dos o más empresas donde la conducta sea «Denegarse de modo concertado e injustificado a satisfacer las demandas de compra o adquisición o las ofertas de venta y prestación de productos o servicios, o a negociar con actuales o potenciales proveedores, distribuidores, intermediarios, adquirentes o usuarios».

No es usual que una empresa que posea inventario o existencia de sus productos decida no venderle a un cliente que lo requiere. En este numeral encontramos lo que genéricamente se conoce como negativa a la venta, o boicot, que, dada la redacción del numeral, puede ser por dos vías, negativa a la compra o negativa a la venta. Se trata de un supuesto donde vía cartel o arreglo dos empresas acuerdan no prestarle un servicio a una persona que lo requiere.

En principio, las empresas, al igual que todo individuo, tienen derecho a elegir la persona con quien contratan, que es lo que se denomina en derecho civil la libertad negocial. Sin embargo, la anterior libertad no puede convertirse o desembocar en una afectación a consumidores y productores o a un intento de monopolización o aumento injustificado de poder de mercado de unas pocas empresas, por lo que a partir de este criterio, las Cortes estadounidenses se han movido en casos como *United States v. General Motors Corp.* (1966), *Apex Hosiery Co. V. Leader* y *Toys "R" Us, Inc. V. FTC*, para investigar comportamientos de negativa a la venta cuya fuente es un comportamiento unilateral, aclarando que en esos casos de EUA se trata de un comportamiento unilateral (abuso de poder de mercado) y no bilateral (cartel), pero sirven para ilustrarnos acerca de la consecuencia económica del comportamiento y su rechazo.¹⁵⁴

Adicionalmente, en casos como *MCI Communications v. AT&T* y *Aspen Skiing Co. V. Aspen Highlands Skiing Corp.*, se ha considerado particularmente restrictiva la negativa a negociar cuando una empresa monopólica, o en su conjunto los cartelizados, controlan una instalación esencial para la competencia en ese mercado, que los competidores no pueden replicar fácilmente y que teniendo la posibilidad de compartirla con otros competidores o empresarios de otros mercados, se niega a ello.¹⁵⁵

En el caso que nos ocupa, se trata de un arreglo entre dos o más empresas que generalmente se niegan a venderle a otro comerciante para sacarlos del mercado. Es una barrera de ingreso a materias primas. Generalmente, se presenta dentro del mercado intermedio donde no es posible adquirir

¹⁵⁴ MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE. *Antitrust*. Gilbert Law Summaries, cit., pp. 69-71.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 49

una materia prima para fabricar un producto terminado, sin embargo, en algunos casos se presenta para evitar que un proveedor pueda encontrar distribuidores o para que un distribuidor pueda vender un producto que ya es exclusivo de un competidor de él.

Este tipo de cartel se puede presentar de forma vertical u horizontal, será horizontal si, por ejemplo, dos distribuidores se ponen de acuerdo para no venderle a un cliente y será vertical si, por ejemplo, el acuerdo es entre un proveedor y un detallista que pretenden excluir a un competidor del proveedor bajo.¹⁵⁶

Las empresas que acuerdan no contratar con alguien pueden haberse puesto de acuerdo para que ninguna le compre o le venda a otra u otras. También puede que este tipo concurra con los supuestos de repartición o restricción a fuentes de abastecimiento o con el de restricción a las inversiones,¹⁵⁷ tratados anteriormente en este libro.

En este punto se exemplificará la negativa en bloque, en primer lugar, la correspondiente a la venta:

Ejemplo 23
Carteles de negativa a la venta, en bloque

		A	B	C
T1	X	✓	✓	✓
	Y	✓	✓	✓
	Z	✓	✓	✓
T2	X	✓	✓	✓
	Y	✓	✓	✓
	Z	✗	✗	✗

En este ejemplo A, B y C son vendedores de insumos y X, Y y Z son compradores que necesitan lo que los primeros ofrecen. En un primer momento (T1) A, B y C les venden indistintamente a los tres proveedores, sin embargo, en un segundo momento (T2) los proveedores deciden celebrar un cartel en virtud del cual acuerdan dejar de venderle a Z, con ello lo excluirán del mercado si no encuentra algún otro proveedor, afectando así su libertad de concurrencia al mercado y su excedente en la medida que si no puede comprar insumos no podrá producir ni comercializar ni obtener ingresos derivados de ello.

156 E. THOMAS SULLIVAN & JEFFREY L. HARRISON. *Understanding antitrust and its economic implications*, cit., pp. 144-145.

157 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., p. 569.

Naturalmente, si A, B y C son solo unos pocos de los muchos proveedores de insumos, Z podrá comprarle a alguien más y su actividad no se verá afectada por lo que una vez más la elasticidad es determinante de la antijuridicidad.

Como se ha mostrado en otros ejemplos, puede que al excluir a un proveedor se vea afectado el excedente del consumidor también, pues tendrá una opción menos para elegir, que podría llegar a ofrecerle un mejor precio.

Ahora bien, si se trata de un supuesto de negativa a la compra, el ejemplo cambiaría así:

Ejemplo 24

Carteles de negativa a la compra

Tiempo	Empresas vendedoras			Empresas compradoras		
	A	X	Y	Z		
T1	A	✓	✓	✓		
	B	✓	✓	✓		
	C	✓	✓	✓		
T2	A	✓	✓	✓		
	B	✓	✓	✓		
	C	✗	✗	✗		

Partimos ahora de la base de que quienes tienen mayor poder son los compradores. X, Y y Z son compradores, quienes pueden establecerle las condiciones de negociación respecto de A, B y C, que son los vendedores. En este caso el excluido con el cartel sería C, ya que los productores decidieron no comprarle más.

Si C no encuentra nadie más que le compre, porque los cartelizados tienen un poder de mercado muy grande, nos enfrentaríamos a las mismas consecuencias de afectación de excedente y de concurrencia.

Vale la pena aclarar que la redacción del artículo permite que se niegue la negociación, no solo a un comprador o vendedor en los términos de los ejemplos anteriores, sino también a «proveedores, distribuidores, intermediarios, adquirentes o usuarios» ya sean actuales o potenciales, que abarque agentes potenciales implica que existe la posibilidad de que ello se traduzca en una barrera de entrada al mercado.

La matriz de responsabilidad correspondiente sería la siguiente:

Típico:	→ Arreglo para no vender o no comprar
Antijurídico:	→ Los cartelizados bloquean a unos compradores y/o vendedores no existiendo elasticidad por fuera del cartel
Culpable:	→ Con culpa (falta de previsión) o con dolo (Intención)

O. CARTELES DE EXCLUSIÓN DE AGREMIACIONES

Puede ser un cartel «denegar de modo injustificado la admisión de operadores económicos a una asociación, gremio o ente similar».

El concepto de *asociación* es definido por la Real Academia de la Lengua española como «conjunto de los asociados para un mismo fin y, en su caso, persona jurídica por ellos formada», y *gremio* se define como «conjunto de personas que tienen un mismo ejercicio, profesión, o estado social». Las agremiaciones se establecen con el fin de gestionar los intereses de sus miembros y ella puede llegar a revestir gran importancia para un agente económico perteneciente a un sector económico.

Los gremios, aparecieron en la baja Edad Media, ante la imposibilidad de los artesanos o comerciantes no vinculados a instituciones, la iglesia, o las universidades, de defender sus intereses laborales de forma individual. Se hizo necesario que se agruparan para formar un solo cuerpo con más fuerza y poder para la defensa de los intereses de sus asociados. Con todo y ello se ha dicho que los primeros gremios que aparecieron en la historia fueron las cofradías religiosas.¹⁵⁸ «Surge la necesidad de asociarse, si lo que se persigue es algo que individualmente es imposible o muy difícil de conseguir, o si se prefiere, la fuerza, bien para defenderse o bien para atacar».¹⁵⁹

¹⁵⁸ MARÍA LUISA RODRÍGUEZ-SALA GOMEZGIL. «La Cofradía-Gremio durante la baja Edad Media y los siglos XVI y XVII, el caso de la Cofradía de los cirujanos, barberos, flebotomianos y médicos en España y la Nueva España». BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales No. 10, Asociación Castellano-Manchega de Sociología (ACMS), 2009, pp. 150-151.

¹⁵⁹ JUAN CORDERO RIVERA. Asociacionismo popular: Gremios, Cofradías, hermandades y Hospitales. La vida cotidiana en la Edad Media: VIII Semana de Estudios Medievales: Nájera, del 4 al 8 de agosto de 1997 / coord. por José Ignacio de la Iglesia Duarte, 1998, p. 389.

Una forma de exclusión indirecta de una empresa, con un comportamiento que no se adelanta dentro del mercado pero que tiene repercusiones o consecuencias dentro del mercado, es la barrera que impone una agremiación para que una empresa ingrese a la misma. Generalmente se presenta cuando la agremiación es manejada por quien tiene poder de mercado o por el duopolio u oligopolio de empresas del sector económico.

En este punto, el estudio de la antijuridicidad debe observarse cuidadosamente respecto de qué fue de lo que se vio privado el operador por no pertenecer o ser admitido en la agremiación, pues de no tener trascendencia es tan solo típico, pero no antijurídico por no dañar el bien jurídico tutelado.

Si, por ejemplo, se tratara de una asociación que no tiene incidencia alguna en materia regulatoria ni judicial, ni puede hacer nada en la práctica para defender a sus miembros, sino que se limita a hacer estudios sobre el comportamiento del mercado en cierta industria, no podrá decirse que hubo antijuridicidad si algunos agentes acuerdan impedirle la entrada a un competidor, ya que de ninguna forma se verá lesionado ni podría verse lesionado, no se le está impidiendo gestionar sus intereses ni tener voz y voto frente a ciertas decisiones, por lo que no se le está privando de nada que afecte su excedente ni su libertad de concurrencia al mercado. Sin embargo, puede ocurrir que la capacitación de agremiados sea un punto vital.

Debe también observarse la cantidad de agremiados, es decir el porcentaje de empresas agremiadas, pues si el mismo es insignificante no tendrá mayor relevancia la conducta, por la falta de fuerza de la agremiación.

Por último, señalar que en estos casos son responsables la agremiación y sus agremiados. Los agremiados que hubieren votado en contra de lo decidido podrán tener defensa que los exculpe.

La matriz de responsabilidad que grafica este supuesto es la siguiente:

Típico:	→ Arreglo para impedir la entrada de una empresa a una agremiación o asociación
Antijurídico:	→ Los cartelizados se encuentran en la agremiación y la agremiación es la que impide la entrada. La agremiación debe tener poder político e industrial
Culpable:	→ Con culpa (falta de previsión) o con dolo (Intención)

P. BOICOT

Se considera restrictivo adelantar un «boicot dirigido a limitar el acceso al mercado o el ejercicio de la competencia por otras empresas».

En este supuesto, es de recibo todo lo que se indicó acerca de la negativa a la venta, que según parte de la doctrina son conceptos equiparables.¹⁶⁰ *Boicot* es definido por la Real Academia Española como «acción que se dirige contra una persona o entidad para obstaculizar el desarrollo o funcionamiento de una determinada actividad social o comercial».

En nuestro sentido, es una forma muy general de cómo se puede impedir la entrada o permanencia de una empresa en el mercado, que no quepan dentro de todas las prohibiciones especiales que aparezcan en los acuerdos o carteles enumerativos.

Sin embargo, un boicot puede estar en casos diferentes a la negativa a la venta. Un descrédito en masa puede ser un boicot y no es negativa a la venta. Existen otros casos.

Uno de los casos de boicot más conocidos de la historia es el conocido como el «Motín del té» acaecido en 1773 en la ciudad de Boston en EUA, cuando se lanzó al mar todo un cargamento de té proveniente de Gran Bretaña, precisamente de la Compañía Inglesa de las Indias Orientales por parte de colonos en EUA que no estaban de acuerdo con los impuestos, entrando así en el mercado el té proveniente de los Países Bajos. Lógicamente fue un boicot que impidió la venta de unos bienes comerciales, pero desde allí comenzó la independencia de EUA. Un caso donde es típico, pero no antijurídico por la intención de libertad, bajo la óptica norteamericana.

Ejemplo 25

Boicot «Motín del té», 1773

Tiempo	Compradores	Té proveniente de Gran Bretaña	Té proveniente de Países Bajos
T1	Compradores de té	SÍ	SÍ
T2	Compradores de té	NO	SÍ

160 CHRISTOPHER L. SAGERS. *Antitrust. Examples and explanations*, cit., pp. 101 y 102.

La matriz de responsabilidad dentro de derecho administrativo de este supuesto se describiría así:

Típico:	→	Arreglo para adelantar un boicot
Antijurídico:	→	Los cartelizados dañan la entrada o permanencia de una empresa en el mercado y encuadra en los demás supuestos especiales
Culpable:	→	Con culpa (falta de previsión) o con dolo (Intención)

Q. SUSPENSIÓN DE SERVICIO EN UN MERCADO INTERMEDIO

Existe un supuesto restrictivo relativo a «servicios», que se presenta al «Suspender concertadamente y de manera vertical la provisión de un servicio monopólico en el mercado a un proveedor de bienes o servicios público o privado».

Importante aclarar lo siguiente desde el principio:

En este numeral encontramos en primera medida un contrasentido, ya que, aunque estamos refiriéndonos a carteles, el artículo empieza hablando de un servicio monopólico, entonces, si hay un monopolista, este no tendría con quién celebrar el acuerdo. Y si pensamos que ese proveedor del servicio se carteliza con un agente de un nivel diferente de la cadena de valor, por ejemplo, un distribuidor, para suspenderle el servicio a otro distribuidor, estaríamos frente a un cartel más bien inútil porque una de las partes (el proveedor monopolista) por sí solo tiene el poder suficiente para suspenderle a cualquiera el servicio, le da exactamente igual celebrar un acuerdo vertical que no hacerlo, por lo que la participación del otro agente sería totalmente irrelevante. Se entiende más como un comportamiento de abuso de poder de mercado.

Es un cartel cuya celebración no tendría sentido alguno, si el servicio es monopólico, el agente, por extracción de materia no tendría con quien cartelizarse a nivel horizontal y a nivel vertical pudiendo extraer el excedente por sí solo y no ganaría nada aliándose con otro empresario. Incluir a otro agente en la conducta sería inútil. Pero puede existir un momento donde sea un supuesto cartel donde participe alguien con poder de mercado y los demás se cartelicen con él. Veamos el ejemplo en cuestión:

Ejemplo 26
Suspensión de servicio en un mercado intermedio

Tiempo	Productores que requieren el servicio de X		
	A	B	C
T1	✓	✓	✓
T2	✓	✓	✗

X es el único prestador de un servicio requerido por A, B y C. En un tiempo 1, X les presta el servicio a todos. Pero por un arreglo con otros agentes económicos ha decidido no prestarle el servicio a C.

Consideramos que estas conductas pueden concurrir con lo descrito respecto de limitar la oferta, tanto del insumo como del producto final que se elabora con él.

Por último, este sería un caso donde por la simple tipicidad se presenta al mismo tiempo la antijuridicidad, dado que el servicio es monopólico y por ende no existen sustitutos ni elasticidad de oferta y demanda.

La matriz de responsabilidad correspondiente es la siguiente:

Típico: → Los cartelizados se unen de forma vertical con un monopolista de un bien o servicio

Antijurídico: → Los cartelizados excluyen a un agente del mercado o no lo dejan entrar al mercado. Se parte de la realidad que no existe elasticidad pues se está en presencia de un monopolista. Su única posibilidad de antijuridicidad es alegar eficiencia

Culpable: → Con culpa (falta de previsión) o con dolo (Intención)

R. CARTELES DE FIJACIÓN DE PRECIOS DE REVENTA

Uno de los carteles verticales se presenta con «La fijación concertada e injustificada de precios de reventa».

En este numeral encontramos una prohibición a los fabricantes de fijar los precios de reventa de sus productos a sus distribuidores, con ello se pretende cuidar al consumidor buscando que no se le impongan precios muy altos y se adelante una doble marginalización de precios entre fabricante y distribuidor que permita a estos dos maximizar su utilidad de forma abusiva, perjudicando al consumidor.

El fabricante puede decidir a qué precio vende sus productos, pero una vez que lo hace, en principio pierde el derecho a seguir decidiendo sobre ellos, pues quién lo haya comprado se convierte en señor y dueño de la cosa y está legitimado para decidir si la revende o no y a qué precio. El derecho civil ampara esta situación. El dueño del bien pone el precio.

Lo anterior se conoce como agotamiento del derecho, o agotamiento de marca y ha tenido bastante desarrollo en el derecho anglosajón, por ejemplo, en materia de derechos de autor en cuanto a fijación de precios de reventa por parte del autor de la obra. A pesar de que el tema suele tratarse principalmente en materia de propiedad intelectual, algunos lo ven «no como una limitación al ejercicio de un derecho de propiedad intelectual sino como una medida indispensable para el logro de un mercado de libre comercio que tiene como condición necesaria la libre circulación de mercancías».¹⁶¹

«El agotamiento del derecho de propiedad intelectual significa que el derecho exclusivo del que goza un titular de un derecho de propiedad intelectual termina en el momento en que él introduce (o permite introducir) en el comercio productos o bienes que están protegidos por dicho derecho. Con la primera comercialización el derecho de propiedad intelectual “se agota” de manera tal que los productos introducidos en el mercado podrán ser objeto de posteriores actos de comercialización sobre los cuales el titular original no podrá ejercer ningún control».¹⁶²

Bajo este orden de ideas, el derecho de un fabricante de imponer los precios de sus productos se agota cuando este lo pone en el comercio y lo vende, ya que con ello dejará de ser su propiedad y pasará a ser de aquel que lo compró, bien sea para revenderlo o no. Con ello se busca que la determinación de estos precios esté dada por las condiciones del mercado y no por decisiones arbitrarias de agentes económicos que solo pretenden aumentar sus ganancias.

161 JUAN DAVID CASTRO GARCÍA. «El agotamiento de los derechos de propiedad intelectual», Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Revista La propiedad Inmaterial No. 13, 2009, p. 254.

162 *Ibid.*, p. 256.

Al impedir la fijación de precios de reventa se está protegiendo al consumidor para que no haya un doble margen de ganancia para productores y distribuidores, es decir, que no haya un primer «aumento» del precio justificado por el margen de utilidad que esperan los fabricantes, y un segundo aumento para aumentar el margen de utilidad de los revendedores también. Si productor y distribuidor se ponen de acuerdo para fijar el precio de reventa terminarían ganando ambos en detrimento del consumidor y de su excedente.

Esto es lo que autores como MOTTA denominan el problema de la doble marginalización, que se refiere a que si una empresa distribuye sus productos a través de un minorista, «ambas empresas desean maximizar su beneficio», por lo que el fabricante primero establecerá cuáles son sus costos y fijará un margen de utilidades sobre ellos para venderle al minorista, es decir, en el precio que el fabricante le da al minorista ya incluyó su margen de ganancia y, posteriormente, el minorista observará sus costos (que en principio serán el precio al que le compra al fabricante) y establecerá un margen por encima de ellos para percibir utilidades también. El consumidor termina pagando un doble margen de utilidad porque tanto fabricante como revendedor imponen el suyo.¹⁶³

Ahora bien, el numeral menciona que lo que se sanciona es la imposición injustificada, por lo que la fijación de un precio de reventa justificado sería legítima y no daría lugar a responsabilidad; lo que nos lleva nuevamente a la nada fácil cuestión de qué es un precio justo. Ello dependerá de múltiples factores, si se logra una mayor eficiencia con esos precios y no afectan de ninguna forma el excedente del consumidor o del productor podrá decirse que la fijación no cumple el requisito de injustificada y, por lo tanto, no hay antijuridicidad ni responsabilidad. Pero una cosa fácil de detectar es si una utilidad es excesiva o injustificadamente alta. Si la utilidad es excesiva dentro del precio de reventa, el comportamiento daña el bien tutelado. Pero este supuesto debe ser interpretado, pienso yo, cuando el fabricante tiene posición de dominio y arregla el precio con el distribuidor.

En el derecho anglosajón, inicialmente se manejó la fijación de precios de reventa bajo la regla *per se* en casos como *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* y *Albrecht v. Herald Co.*; sin embargo, posteriormente en sentencias como *State Oil Co. v. Khan* y *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc.* se dijo que deben ser observados bajo la regla de la razón.¹⁶⁴ No obstante, en otros ordenamientos, como el argentino, se ha llegado

163 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., pp. 366-368.

164 MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE. *Antitrust*. Gilbert Law Summaries, cit., pp. 84-86.

a considerar que la fijación de un precio máximo de reventa no resulta anticompetitiva.¹⁶⁵

Estamos entonces frente a un cartel vertical, ya que fabricantes y distribuidores o revendedores no están en el mismo nivel de la cadena de valor del mercado, pero como ya anunciamos, pueden celebrar acuerdos para beneficiarse conjuntamente, en detrimento del consumidor, con lo que se configuraría un abuso explotativo.

Veamos el ejemplo correspondiente:

Ejemplo 27

Cartel de fijación de precios de reventa, con acuerdo de precio

Tiempo	Empresas distribuidoras		Empresa fabricante
	revendedoras	A	
T1	X	500	
	Y	520	
T2	X	600	
	Y	600	

En este caso, A es un fabricante del producto que le vende a sus distribuidores para la reventa. En un primer momento (T1), A no fija los precios de reventa a X y Y que son minoristas, de forma que estos autónomamente revenden a 500 y 520 dólares respectivamente; posteriormente, en un (T2), viendo que el producto no tiene mayores sustitutos y su oferta es inelástica, A, X y Y deciden celebrar un cartel en virtud del cual elevan el precio de reventa a 600 dólares y se reparten el mayor valor que paga el consumidor.

Si el mercado es inelástico, los consumidores no tendrán otra opción más que pagar ese precio alto para satisfacer sus necesidades, viéndose así afectado su excedente y su libertad de escogencia ya que se eliminó la competencia con precios. Como puede anticiparse, si el cartel fuese solo entre uno de muchos fabricantes y uno de muchos revendedores, carecería de antijuridicidad ya que el consumidor no se vería afectado porque

165 GERMÁN COLOMA. *Defensa de la competencia*, cit., p. 232.

sencillamente puede recurrir a otros revendedores que hayan mantenido un precio justo, los cartelizados en lugar de aumentar sus beneficios, perderían clientela y podrían terminar por quebrar.

Sin embargo, con este numeral no solo se pretende cuidar al consumidor, pensemos ahora en un ejemplo, ya no de abuso explotativo, sino exclusorio, en el que el afectado no sería el consumidor, como en el anterior, sino el productor:

Ejemplo 28

Cartel de fijación de precios de reventa, con acuerdo discriminatorio

Tiempo	Empresas distribuidoras		Empresa fabricante
	revendedoras		
T1	X		A
	Y		520
T2	X		450
	Y		520

En este ejemplo, al igual que en el anterior, inicialmente (T1) no hay fijación de precios de reventa y la competencia entre los minoristas X y Y es real y efectiva; pero posteriormente (T2), el fabricante A celebra un acuerdo con el minorista X para bajar excesivamente el precio de reventa, de manera que Y no tenga forma de hacerle competencia, los consumidores dejen de elegirlo por tener un precio muy alto en comparación y finalmente tenga que salir del mercado, convirtiéndose así X en el único revendedor del producto P lo que le da gran poder de mercado. La conducta también sería discriminatoria.

También puede ocurrir que todos los fabricantes decidan fijar el precio de venta a los distribuidores, con precios diferenciales escalonados.

Con esta conducta se estaría lesionando el excedente del productor, ya que mediante un precio de reventa predatorio están impidiendo que Y pueda obtener utilidades al irlo dejando sin clientela y están también afectando su libertad de permanencia en el mercado ya que lo están forzando a abandonarlo al conducirlo a una situación de pérdidas.

La matriz de responsabilidad que recoge este supuesto es la siguiente:

Típico: →	Típico: Los cartelizados se unen de forma vertical con un monopolista de un bien o servicio
Antijurídico: →	Antijurídico: Los cartelizados excluyen a un agente del mercado o no lo dejan entrar al mercado. Se parte de la realidad que no existe elasticidad pues se está en presencia de un monopolista. Su única posibilidad de antijuridicidad es alegar eficiencia
Culpable: →	Culpable: Con culpa (falta de previsión) o con dolo (Intención)

S. CARTELES DE IMPOSICIÓN DE BARRERAS DE ENTRADA O SALIDA

Es un cartel restrictivo el comportamiento acordado para «Levantar barreras de entrada y/o salida en un mercado relevante».

En este numeral encontramos un tipo general que en realidad no observa la conducta sino el resultado de esta. De forma general, se habla de imposición de barreras, que como se ha visto, se puede concretar con muchas de las conductas de carteles ya estudiadas. El levantamiento de barreras podría ser entendido como la consecuencia económica de otras conductas sancionadas o una de las formas en que estas se traducen en el mercado.

Al tratarse de una descripción general en la que encuadrarían muchas otras conductas, pero no todas, podríamos decir incluso que este numeral cumple una función residual, en la medida que podrán sancionarse por esta vía conductas de carteles que, aunque no estén descritas específicamente en ningún numeral, tengan la consecuencia lesiva de constituir una barrera de entrada o salida.

A las barreras de entrada se hará referencia ampliamente en el capítulo de antijuridicidad al hablar de libertad de entrada al mercado, pero recordemos que pueden ser entendidas como «el costo en el que debe incurrir una empresa que busca ingresar a un mercado pero que no es soportado por las empresas que ya están en dicho mercado y que implica una distorsión en la asignación de recursos». Se habla de barreras naturales, como aquellas propias de las características del negocio; artificiales legales, que son las legítimamente impuestas por el Estado justificadas por la salvaguarda de

ciertos bienes jurídicos; y artificiales no legales, que son las impuestas por las empresas que ya están dentro del mercado; estas últimas pueden ser legítimas, como en temas de publicidad, o no serlo cuando injustificadamente lesionen la competencia.

La proscripción de barreras de entrada injustificadas cuida en primera instancia al productor, su excedente y sobre todo su libertad de entrada, sin embargo, indirectamente se está protegiendo también al consumidor ya que un mayor número de oferentes se traduce en una mayor competencia y, por lo tanto, variedad de precios y una posible disminución de estos. Veamos el ejemplo correspondiente:

Ejemplo 29
Cartel de imposición de barreras de entrada

Tiempo	Empresas productoras	Empresas proveedoras de insumos		
		A	B	C
	X	✓	✓	✓
	Y	✓	✓	✓
T1	Z (intención de entrar al mercado)	✓	✓	✓
	X	✓	✓	✓
	Y	✓	✓	✓
T2	Z (imposibilidad de entrar al mercado)	✗	✗	✗

El presente ejemplo coincide con una forma de negativa a la venta, explicada anteriormente, pero resulta una clara muestra de imposición de barreras de entrada, también aquí descrita. Veamos: A, B y C son proveedores de los insumos requeridos para un producto, inicialmente (T1) venden indistintamente a todos los productores. Sin embargo, ante la posible entrada de un nuevo productor denominado Z, se tiene que los tres proveedores deciden cartelizarse y en un tiempo posterior (T2) no suministrarle el producto a Z; si este no cuenta con los insumos lógicamente no puede producir ni entrar al mercado del producto.

Si Z no puede producir, no recibirá ingresos de ello y además los consumidores se verán privados de una alternativa para la compra del producto que pudo llegar a significar un mejor precio.

Ahora bien, la concurrencia al mercado es un derecho, no un deber, por lo que las empresas tienen la potestad de salir del mercado cuando lo consideren necesario, de manera que si una empresa deja de considerar rentable la actividad económica en la que participa, puede retirarse de ella; se considera que existe un «precio de cierre» que es «el precio bajo al cual la empresa decide no producir más en el corto plazo»,¹⁶⁶ si el precio del mercado llega a este punto, la empresa seguramente decidirá retirarse.

Un modelo perfectamente competitivo «supone que la entrada y la salida no implican costos especiales»,¹⁶⁷ y es que lo deseable es que, si una empresa empieza a percibir pérdidas o muy bajas utilidades, no se vea obligada a soportarlas indefinidamente, sino que pueda retirarse para no seguir viendo afectado su patrimonio. «Una empresa saldrá de un mercado cuando las utilidades esperadas de salir del negocio son mayores a las de seguir en él».¹⁶⁸

Salir de un mercado implica ciertos costos también, ya que se perderán activos que no se puedan destinar a otras actividades, puede que sea necesario pagar indemnizaciones por terminación de contratos laborales, o multas de contratos civiles; son todos estos los factores que la empresa debe comparar con las utilidades de permanecer en el negocio para tomar una adecuada decisión.

Si a un productor le resulta más beneficioso salir que permanecer, debe poder hacerlo sin que terceros impongan obstáculos injustificados más gravosos, obligándolo con ello a operar a pérdidas. «Las barreras a la salida afectan el nivel de competencia de un mercado, donde a mayores barreras a la salida, mayor debería ser la intensidad con que estarán dispuestas a competir las empresas, ya que cuanto mayores sean éstas, menores serán las alternativas de acción que tiene una empresa».¹⁶⁹ Esto último quiere decir que la imposición de barreras, en la práctica, termina obligando a productores a seguir compitiendo, tal vez en un contexto agresivo, cuando en realidad preferirían no hacerlo y retirarse, lo cual también es su derecho.

166 WALTER NICHOLSON. *Microeconomía intermedia y sus aplicaciones*, cit., pp. 225-227.

167 *Ibid.*, p. 255

168 JORGE TARZIJÁN & RICARDO PAREDES. *Organización industrial para la estrategia empresarial*, México, Pearson Educación, 2.^a edición, 2006, p. 95.

169 *Ibid.*, p. 95.

De esta forma, la imposición injustificada de barreras de salida de un mercado implica una afectación al excedente del productor, en la medida que lo llevan a operar a pérdidas o muy bajas utilidades; y se ve afectada también la libertad de concurrencia, en su faceta negativa, que sería la libertad de no concurrencia o salida.

Ahora bien, tanto para barreras de entrada como de salida, debe recordarse la importancia de la elasticidad de oferta y demanda; si estamos en un mercado elástico y las empresas cartelizadas representan una porción muy pequeña del mercado, en realidad el acuerdo celebrado no tendrá aptitud suficiente para configurar una verdadera barrera.

Una barrera a la salida hoy muy expuesta en foros es la que tienen los usuarios de Facebook dado que en caso de abandonar la red social no encontrarán otra igual donde estén todos sus contactos. Esa barrera hace costosa la retirada. Pero como bien se observa, se trata de una barrera dentro de un poder de mercado y no producto de una cartelización.

La matriz de responsabilidad que recoge este supuesto sería la siguiente:

Típico:	→	Cartel que fija barreras de entrada o salida dentro del mercado
Antijurídico:	→	Los cartelizados no permiten que exista elasticidad de la oferta o elasticidad de la demanda
Culpable:	→	Con culpa (falta de previsión) o con dolo (Intención)

T. CARTELES DE FIJACIÓN DE CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD O NO COMPETENCIA

Un acuerdo vertical muy usual es «Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados».

En este apartado encontramos varios verbos que vale la pena puntualizar, en primer lugar, *establecer* es definido por la Real Academia de la Lengua Española como «fundar, instituir»; *imponer*, «poner una carga, una obligación u otra cosa»; y, *sugerir*, «proponer o aconsejar algo».

Bajo estas definiciones encontraríamos que *establecer* puede referirse a que los contratos o cláusulas existan entre aquellos que se cartelizaron, mien-

tras que *imponer* o *sugerir* se referiría a que quienes celebraron el acuerdo constrñen o sugieren la celebración del contrato o inclusión de cláusula a un o unos terceros.

Podría tratarse entonces de un acuerdo que se celebre entre empresas de distinto nivel de la cadena de producción, o de un mismo nivel pero que le imponen o sugieren la conducta a un agente de un nivel diferente.

Las cláusulas de exclusividad suelen implementarse, por ejemplo, entre productores y distribuidores, y pueden estar restringidas territorial o espacialmente o según el producto. Con ellas se logra disminuir, si no evitar, la competencia efectiva, ya que se está privando a todos los agentes de contratar con una empresa, excepto a uno. Como ya es bien sabido, a menor competencia, mayores precios en detrimento del excedente del consumidor.¹⁷⁰

Se ven afectados entonces tanto el consumidor que tendrá que pagar más caro, como el productor que quiere contratar para que le distribuyan sus productos y no puede porque los distribuidores están cumpliendo una cláusula de exclusividad.

Estas cláusulas pueden ser el instrumento para repartir un mercado o funcionar como barrera de entrada, por lo que la configuración de este tipo puede concurrir con la de otros que ya se han visto. Las cláusulas de exclusividad no son sancionables por sí solas, como en todos los otros casos debe observarse que haya antijuridicidad, es decir, que con la imposición de estas se esté afectando verdaderamente el excedente, ya sea de productor o consumidor, y las libertades de entrada o escogencia.

Ello quiere decir que, si quienes pactan la cláusula, o quienes se cartelizan para imponerla, tienen un bajo poder de mercado, tanto la oferta como la demanda son suficientemente elásticas, por ende, el mercado no se verá realmente afectado, porque los productores podrán pactar con otros y la exclusividad no elevará efectivamente los precios en detrimento del consumidor. Así que, a mayor poder de mercado, mayor riesgo de lesividad de las cláusulas de exclusividad.

En Estados Unidos se han presentado sanciones por imposición de cláusulas de exclusividad en relaciones verticales en casos como *Houston v. Standard Fashions*; donde no se trató de un cartel, pero la determinación del poder de mercado de la empresa fue determinante para considerar la práctica como restrictiva. Usando el mismo criterio se determinó que no había lugar a imponer sanción en el caso *Tampa Electric v. Nashville Coal*.¹⁷¹

170 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., pp. 403-404.

171 GERMÁN COLOMA. *Defensa de la competencia*, cit., pp. 204-205.

En este ordenamiento se ha considerado entonces que, bajo la regla de la razón, dado que, en principio, se tiene derecho a decidir con quién contratar y con quién no, si con varios o con un solo agente, y con los demás no, lógicamente existen muchos matices ya anunciados que pueden llevar a que se configure una práctica restrictiva según elementos como el poder de mercado.¹⁷²

Pasando ahora a las cláusulas de no competencia, usualmente se ha entendido que «expresan que una persona se obliga a no competir con otra, es decir a no vender o producir ciertas mercancías o prestar determinados servicios, durante un cierto tiempo, en un territorio delimitado», adicionalmente se señala que «las cláusulas de no competencia excluyen completamente el ejercicio de una determinada actividad comercial, industrial o profesional, mientras que los pactos de exclusiva no la excluyen sino que solo la limitan a ser ejercida exclusivamente respecto de una persona determinada».¹⁷³

Al respecto, tribunales mexicanos y estadounidenses han dicho que en principio son cláusulas legítimas ante la terminación de contratos laborales, cuando un socio va a retirarse de la empresa y similares; sin embargo, a pesar de no estar expresamente consagradas como una forma de práctica restrictiva, pueden representar una limitación injustificada de la competencia, en casos en los que son excesivas para proteger los intereses de quien las fija, o cuando no están delimitadas temporal y espacialmente, según la actividad.¹⁷⁴

En la Unión Europea también se ha llegado a sancionar estas cláusulas por anticompetitivas en casos como *Reuter v. BASF*, con la aclaración de que el análisis sobre la legitimidad o no de esas cláusulas se realizó según este caso concreto; aunque posteriormente, después del caso *Nutricia v. Remia* se fijaron parámetros para determinar la proporcionalidad o no de las cláusulas, como que «cuando la transferencia de un negocio implica la de clientela y know-how, un periodo de cinco años es, por lo general, suficiente, y cuando sólo implica la transferencia de clientela, bastan dos años».¹⁷⁵

172 MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE. *Antitrust*. Gilbert Law Summaries, cit., p. 5 & 90-91.

173 JORGE ADAME GODDARD. «¿Deben ser válidas las cláusulas de no competencia en el Derecho mexicano?», Boletín mexicano de Derecho comparado n.º 102. Universidad Nacional Autónoma de México. [En línea] Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3689/4516>.

174 *Ibid.*

175 *Ibid.*

Allí básicamente se han considerado como «restricciones accesorias», en el último caso citado «el TJUE reconoció que una cláusula de no-competencia puede ser una parte esencial de la compra de una empresa, toda vez que un comprador podría no estar dispuesto a comprar una empresa o negocio sin tener certeza de que el vendedor no competirá una vez que la operación se realice. Sin embargo, limitó estas cláusulas a la restricción que sea apenas necesaria para hacer viable la transacción». ¹⁷⁶

Las anteriores consideraciones estarían en concordancia con la precisión hecha por el artículo, en cuanto a que las cláusulas deben resultar injustificadas, por lo que, una vez más debe observarse la antijuridicidad entendida como una real o potencial afectación al productor o consumidor. Cuando hablamos de cláusulas de no competencia, podríamos decir que para determinar si constituyen una práctica restrictiva o no, debe ponderarse la protección de los intereses de quien se ve favorecido por ellas, y la afectación a la libertad de concurrencia al mercado de quien se ve obligado a no competir. Ya que la protección de los intereses de, por ejemplo, un franquiciante, es legítima, lo que debe observarse es que la cláusula sea proporcionada en relación con ellos, de lo contrario la restricción a la competencia será injustificada y sancionable. En nuestras legislaciones, para que el contrato de franquicia sea una excepción, se requiere primero que ese contrato sea típico. En Colombia, por ejemplo, es atípico y, por tanto, no puede ser móvil de excepción, dado que un contrato atípico debe respetar el orden público; y, las normas de competencia y poder de mercado, son de orden público.

En conclusión, se puede decir que frente a estos dos tipos de cláusulas y otras que se le puedan parecer, puesto que el artículo deja la puerta abierta para ello, debe observarse detenidamente el caso concreto, ya que en principio son legítimas y se pueden instaurar con el fin de defender los intereses económicos de las partes, de manera que para que se traduzcan en una práctica restrictiva de la competencia debe configurarse sin duda alguna el elemento de la antijuridicidad; si la cláusula es justificada o no lesiona las libertades de entrada o escogencia ni los excedentes de consumidores y productores, por ejemplo, porque oferta y demanda son bastante elásticas, no habrá lugar a declarar la responsabilidad. Veamos ahora un ejemplo de ello:

¹⁷⁶ CARLOS IGNACIO ARBOLEDA SUÁREZ. «El régimen de las cláusulas de no competencia», Bogotá, Rev. Derecho Competencia de la Pontificia Universidad Javeriana. Vol. 12 n.º 12 enero-diciembre 2016, p. 164

Ejemplo 30

Carteles de fijación de cláusulas de exclusividad

Tiempo	Empresas distribuidoras	Empresas productoras		
		A	B	C
T1	X	✓	✓	✓
	Y	✓	✓	✓
	Z	✓	✓	✓
T2	X	✓	✓	✓
	Y	✗	✗	✗
	Z	✗	✗	✗

En este caso A, B y C son productores y X, Y y Z son distribuidores (T1). Los tres productores negocian con los tres distribuidores sin restricción alguna. Sin embargo, pasado un tiempo (T2), A, B, C deciden cartelizarse para imponer en sus contratos con X una cláusula de exclusividad en territorio, consistente en que esta empresa será la única que venderá sus productos, impidiendo así la concurrencia al mercado de Y y Z, afectando su libertad y su excedente. Además, el comportamiento perjudica al consumidor, su excedente y su libertad de escogencia, porque donde antes había tres oferentes ahora solo hay uno, que probablemente aumentará los precios.

La otra posibilidad es que la cláusula no haya sido impuesta sino establecida concertadamente entre A, B, C y X, con lo que los efectos lesivos serían los mismos, pero tendríamos un sujeto activo adicional, que sería X, con respecto al ejemplo anterior.

La matriz de este supuesto sería la siguiente:

Típico: → | Cartel que fija cláusulas de exclusividad en territorio y producto

Antijurídico: → | Los cartelizados no permiten la entrada a otros productos o a un territorio, no quedando elasticidad

Culpable: → | Con culpa (falta de previsión) o con dolo (Intención)

U. CARTELES DE EXCLUSIÓN DE COMPETIDORES

Una descripción general que cuida a las empresas en su entrada al mercado, respecto de carteles, es la prohibición de «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». Se refiere a cualquier forma que constituya un abuso exclusorio, esto aplicaría entonces a todo lo dicho antes sobre barreras de entrada y sobre las muchas formas de abuso exclusorio que pueden revestir las conductas que ya se han descrito, que impiden la entrada de un nuevo competidor o sacan a cualquiera que ya se encuentre en el mercado, por lo tanto, evitaré ser redundante exponiendo los ejemplos y la matriz de responsabilidad anteriormente presentados.

Sin embargo, vale la pena mencionar que este artículo incluye una cuestión muy importante y es la eficiencia económica como justificante para excluir a un agente. Resulta más útil, para justificar, una excepción a las sanciones que una cláusula general. Encontramos entonces que la eficiencia está específicamente consagrada como causal de exclusión de la antijuridicidad de un cartel y entonces se admite excluir a alguien del mercado si trajera beneficios en términos de eficiencia.

Cuando hablamos de eficiencia, en el capítulo de antijuridicidad, dijimos que puede hablarse de eficiencia cuando «no resulta posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguna otra»,¹⁷⁷ en otras palabras, cuando el beneficio de todos los agentes es lo máximo posible, y lo que conlleva es la maximización de excedentes de productor y consumidor. Cuando un productor es eficiente buscará reducir sus costos y aumentar su productividad, lo que no solo se traducirá en un mayor margen de utilidad, sino también en un mejor precio que beneficiará al consumidor, que, a su vez, cuando es eficiente buscará maximizar sus ingresos, que le alcance para más con menos, con lo que adquirirá más productos, beneficiando con ello a los productores también.

El concepto de eficiencia está íntimamente relacionado con la antijuridicidad y los bienes jurídicos tutelados, cuando un mercado es eficiente los bienes jurídicos tutelados no se verán en principio lesionados. En general, se puede decir que la eficiencia es una de las razones de ser de las normas de competencia, y se esgrime además como una de las responsabilidades de las empresas ya que con ello se mantiene correctamente todo el mercado.

La eficiencia de un mercado trae aparejado un beneficio para consumidores y productores, por lo que debe siempre tenderse a ella y aunque se

177 GERMÁN COLOMA. *Defensa de la competencia*, cit., p. 29.

ha dicho que un mayor número de empresas y la proscripción del monopolio, en principio, son beneficiosas, puede que la naturaleza del bien o servicio, o las características que deben tener sus oferentes impliquen que unas pocas empresas, o incluso una sola, participen en el mercado. Es preferible que haya unas pocas empresas eficientes y no muchas poco eficientes.

Si las empresas son eficientes, aunque sean pocas, los precios tenderán a ser justos y ni consumidores ni productores se verán afectados, por lo que impedir la entrada de una empresa ineficiente puede incluso ser mejor. Mencionamos que ello se evidencia, por ejemplo, en la justificación que tiene el Estado para levantar ciertas barreras de entrada legales frente a mercados sensibles, como el caso de servicios públicos, y como se verá en su momento, también es un motivo para permitir operaciones de concentración económica.

Así se reitera entonces que ni las conductas de carteles, ni ninguna de las prácticas restrictivas de la competencia pueden ser sancionadas *per se* en el ordenamiento jurídico nacional; siempre es posible alegar, por ejemplo, falta de antijuridicidad en virtud de conceptos como la eficiencia para excluir la responsabilidad de un agente. Nunca basta con la sola concordancia entre la conducta realizada y la descrita en la ley porque con ello solo se tendrá tipicidad, los otros elementos, antijuridicidad y culpabilidad son siempre de necesaria configuración para declarar la responsabilidad.

Así, ninguna práctica restrictiva de la competencia es absoluta y ninguna incluye una presunción de derecho que no admite prueba en contrario. Siempre es posible exonerarse de responsabilidad probando la ausencia de alguno de sus elementos. Si quedaba alguna duda de ello este numeral lo reafirma al mencionar una causal eximiente de responsabilidad por excluir la antijuridicidad, despejándose cualquier duda de la primacía del artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

V. OFERTAS PÚBLICAS DIRIGIDAS

Las normas de competencia también castigan los carteles propiciados desde la administración pública. Se castigan «los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan dar en las compras públicas que direccíonen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos».

Aquí encontramos otra forma de colusión en compras públicas, diferente a la que se mencionó en un ítem anterior, en el que se habló de colusión entre los participantes de una licitación o similares, donde, verbigracia,

diseñaban sus propuestas para que ganara el que habían acordado. Ahora, en este caso, el cartel no es entre proponentes sino entre la administración y un proponente, por ejemplo, con el fin de que los requisitos de la licitación se ajusten específicamente a las características del proponente para que gane.

Es lo que se conoce como ofertas dirigidas,¹⁷⁸ consisten en que un funcionario de la administración, fraudulentamente y en virtud de un acuerdo con una empresa, diseña la oferta de manera que esta última sea inevitablemente la adjudicataria, pretendiendo por supuesto que la empresa le pague el favor.

Tal como lo describimos, con este tipo de conductas no solo se afecta la libertad y el excedente de los otros productores que quisieran concurrir al proceso de selección en condiciones transparentes, sino también el erario público, que se ve perjudicado ya que no va a ser ejecutado por la empresa que en un debido proceso se destacó como la más apta para ello, sino por una empresa que probablemente no sea la mejor, todo esto producto de que —arbitriariamente— un agente estatal, actuando conforme a su beneficio en lugar del bien general, intervino para que fuese elegida.

También es posible que se configure este tipo de situación cuando los funcionarios públicos no adelantan un proceso de selección objetiva, debiendo hacerlo, sino que fraudulentamente contratan directamente a una empresa, pero lógicamente ello implica un previo acuerdo con esa empresa y, tal como en el caso anterior, el cartel afecta a los competidores que hubiesen podido participar, así como al patrimonio público. Todo ello daña a la sociedad en general.

Para que se dé esta condición, uno de los sujetos activos es necesariamente un funcionario público, que con su actuar da lugar a una lesión al derecho a participar de los agentes económicos destinatarios de la oferta, lo que además conlleva responsabilidad de la administración y puede acarrear la responsabilidad penal del funcionario por el delito de cohecho, consagrado en el artículo 280 del Código Orgánico Integral Penal. Veamos el ejemplo correspondiente:

¹⁷⁸ MAURICIO VELANDIA. «El ocaso del monopolio», cit., Tomo I, Capítulo XV. *Cartel de colusión en licitaciones, discriminatorio, de reducción de oferta y ventas atadas*. También en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

Ejemplo 31
Ofertas públicas dirigidas

	Requisitos exigidos por la administración	Características de las constructoras		
		A	B	C
T1	<ul style="list-style-type: none"> -Patrimonio mínimo de 800 millones -Experiencia mínima de 10 años 	<ul style="list-style-type: none"> -Patrimonio de 950 millones 	<ul style="list-style-type: none"> -Patrimonio de 820 millones 	<ul style="list-style-type: none"> -Patrimonio de 1000 millones
T2	<ul style="list-style-type: none"> -Patrimonio mínimo de 950 millones -Experiencia mínima de 15 años 	<ul style="list-style-type: none"> -Experiencia de 15 años 	<ul style="list-style-type: none"> -Experiencia de 20 años 	<ul style="list-style-type: none"> -Experiencia de 11 años

En este caso, encontramos que tradicionalmente en un (T1) la administración exige en el pliego de condiciones de las licitaciones para contratos de obra de ciertas infraestructuras con determinadas características, un patrimonio mínimo de 800 millones de dólares y mínimo 10 años de experiencia para participar. Generalmente, a este tipo de procesos de selección normalmente concurren las constructoras A, B y C, cuyas características les permiten participar y compiten efectivamente tratando de presentar la mejor propuesta. Sin embargo, posteriormente en un (T2) la administración requiere una infraestructura con las mismas características determinadas, y para ello va a abrir la licitación; pero algunos funcionarios encargados de ello deciden celebrar un acuerdo con A en virtud del cual diseñarán la oferta de manera que A sea la única que cumpla con los requisitos mínimos para participar y, en consecuencia, gane. De antemano la oferta está dirigida a A y a cambio la empresa les entrega a los funcionarios dineros derivados de las utilidades del contrato, o anticipadas, pues el pago es un costo del negocio.

El derecho de B y C de concurrir al proceso se verá lesionado, así como el presupuesto público ya que no hubo competencia efectiva para determinar a quien se le concedería la ejecución de este.

La matriz de responsabilidad es la siguiente:

Típico:	→	Cartel vertical de colusión en licitaciones
Antijurídico:	→	Los cartelizados son la administración y uno de los proponentes. Se daña interés público por ser dinero público
Culpable:	→	Con culpa (falta de previsión) o con dolo (Intención)

Con este supuesto acabamos uno a uno algunos comportamientos que deben ser tenidos en cuenta como cartel.

Ahora observemos algo importante «Son nulos de pleno derecho los acuerdos, prácticas, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en este artículo, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley».

Con ello se establece que todas las conductas que acabamos de explicar no solo se sancionan conforme a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, sino que además se consideran nulos de pleno derecho los actos que las contengan. La nulidad de pleno derecho, o absoluta, se encuentra contemplada a partir del artículo 1698 del Código Civil ecuatoriano y trae aparejadas consecuencias como que el juez debe declararla de oficio o a petición del Ministerio Público o cualquier persona interesada, salvo quienes celebraron el acto ya que eso sería alegar el propio dolo buscando un beneficio, lo cual está proscrito; que no se sanea por ratificación de las partes y que el término de prescripción son 15 años.

Entonces, la nulidad debe ser declarada, y tal acción frente a los actos o contratos con los que se configuren los carteles, podría ser entonces instaurada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en defensa del interés público y al amparo de su atribución para «promover y formular acciones ante la Justicia; e informar y solicitar la intervención del Fiscal General del Estado, cuando el caso lo amerite», consagrada en el numeral 14 del artículo 38 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

CAPÍTULO QUINTO

ABUSO DE PODER DE MERCADO

I. DEFINICIÓN DE PODER DE MERCADO Y POSICIÓN DE DOMINIO

El abuso de la posición dominante es otra de las prácticas restrictivas de la competencia más frecuentes. El desarrollo de la doctrina de derecho de la competencia diferencia la «posición de dominio» de la figura de «poder de mercado». La primera se presenta cuando verdaderamente no existe una competencia efectiva de mercado y hay grandes barreras a la entrada de este, no existiendo elasticidad de la oferta y de la demanda. El poder de mercado es un concepto más lapso, pues se trata de una empresa con un crecimiento alto, que cuenta con sustitutos, pero tiene una posición muy fuerte dentro del mercado, que viene en ascenso y se prevé que en un futuro cercano alcance la «posición de dominio».

En la legislación ecuatoriana se habla de poder de mercado e iguala el concepto con la posición de dominio. Se encuentra a partir del artículo 7 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado:

«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.

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

Paralelo a la definición que trae la ley, la doctrina ha definido el *poder de mercado* como «la capacidad que tiene una empresa para aumentar los precios por encima de un cierto nivel competitivo, o precio de referencia, de manera rentable; (...) por lo general se define como la diferencia entre

los precios que cobra una empresa y sus costos marginales de producción». Del concepto de «dominancia de mercado» usado en Europa, se ha dicho que no tiene una definición económica precisa, pero puede entenderse como «una situación en la que una empresa posee un alto grado de poder de mercado que le permite cobrar precios “bastante cercanos” a los que cobraría un monopolista». ¹⁷⁹ El poder de mercado también se ha definido como «la capacidad que (una empresa) tiene de influir sobre los precios de un mercado», de manera que quien no lo tenga será simplemente una empresa «tomadora de precios». ¹⁸⁰

Ahora bien, el artículo permite que la dominancia sea individual o conjunta, tal como ocurre por ejemplo en Europa, donde la posición de dominio colectiva se ha definido como la «relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración de mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados, a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes (...).». Aunque la anterior definición puede llevar a pensar en un cartel tácito, debe considerarse que el concepto determinante para hablar de dominancia conjunta es la «interdependencia entre empresas». ¹⁸¹

En el *civil law*, cuando estamos frente a estos casos de oligopolios, puede hablarse de carteles, pero también de empresas interdependientes que sin ningún tipo de acuerdo actúan bajo un mismo fin, caso en el cual se estará frente a un abuso de la posición de dominio conjunta, donde todos ganan con un compartimiento individual de cada uno, conveniente para el grupo. Por su parte, el *common law* ha dado una respuesta diferente, en este caso, siempre que haya dos o más empresas se habla de cartel tácito o expreso, no se concibe que la posición de dominio pueda ser compartida, por definición esta solo puede ser individual. ¹⁸²

La jurisprudencia europea consideró en principio que los miembros de un oligopolio solo serían sancionados si hubo colusión entre ellos, sin embargo, posteriormente, se le dio un alcance más amplio que se mantiene hasta hoy en día, según el cual puede que los miembros de un oligopolio «al

179 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., pp. 70-71.

180 GERMÁN COLOMA. *Defensa de la competencia*, cit., p. 32.

181 JAIME FOLGUERA CRESPO y BORJA MARTÍNEZ CORRAL. *La posición de dominio colectiva: Estado actual de una larga evolución*, cit., pp. 75-77.

182 *Ibid.*, pp. 77-80.

adaptarse a las condiciones del mercado, adopten conductas individuales que reduzcan significativamente la competencia entre ellos y les permitan actuar, en gran medida, independientemente de sus competidores, sus clientes y los consumidores», permitiéndose así que haya posición de dominio colectiva cuando se cumpla con los requisitos de transparencia, sostenibilidad y ausencia de presión competitiva.¹⁸³

Posteriormente, la definición que aparece en la norma ecuatoriana contiene una definición que, en sentir de quien escribe, resulta un poco problemática en la medida que confunde poder de mercado con posición de dominio, sin embargo, tal confusión no representa ningún problema insubsanable, sino que contiene cierta imprecisión teórica.

«Una empresa tiene poder de mercado cuando puede elevar sus precios por encima de los que prevalecerían en condiciones competitivas y es capaz de sostener esta estrategia de forma rentable a largo plazo. La idea de independencia de comportamiento, por tanto, resulta asimilable a la noción de poder de mercado de la teoría económica». De esta forma, el concepto de «actuar con independencia» a lo que se refiere es a que la empresa pueda actuar con suficiente independencia como para obstaculizar la competencia efectiva, o reducir el bienestar aumentando sus beneficios, así la posición de dominio implica que el poder de la empresa sea «grande y estable» sin perder entrada de ingresos.¹⁸⁴

La independencia que se endilga a actores con posición de dominio debe entenderse como la posibilidad que este tiene para actuar «libre de condicionantes competitivos», reflejadas en el actuar de competidores, clientes, proveedores, entre otros.¹⁸⁵

Para mayor claridad podemos partir de la base de que cuando un agente económico va a tomar una decisión sobre su actividad comercial o económica, lo hace teniendo en cuenta la reacción que tengan otros agentes frente a la misma. Antes de subir sus precios un productor analiza si con ello va a perder clientes o no. Sin embargo, cuando una empresa tiene posición de dominio tales análisis son irrelevantes o menores, pues esa empresa tiene

¹⁸³ *Ibid.*, pp.85-89.

¹⁸⁴ INMACULADA GUTIÉRREZ y JORGE PADILLA. «Una racionalización económica del concepto de posición de dominio». Artículo dentro del trabajo *El abuso de la posición de dominio*, dirigido por Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan, Madrid, Fundación Rafael del Pino, 2006, pp. 17-19.

¹⁸⁵ CANI FERNÁNDEZ. «Cuota de mercado y poder de mercado». Artículo dentro del trabajo *El abuso de la posición de dominio*, dirigido por Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan, Madrid, Fundación Rafael del Pino, 2006, p. 64.

un poder tan grande y es tan indispensable en el mercado que sin importar lo que haga nunca perderá clientes.

Cuando hablamos de posición de dominio es porque estamos frente a un mercado inelástico, en el que la empresa que ostenta tal calidad no tiene competencia efectiva, por lo que sin importar como actúe el mercado seguirá respondiéndole favorablemente. Si una empresa es la única productora de un producto sin sustitutos, las personas que hagan parte de la demanda que requieran el producto o servicio permanecerán sin opción alguna, y por ello sería un mercado inelástico dado que los productores no tienen ninguna otra alternativa que escoger, o si la tienen la oferta ofrecida por otros competidores es muy escasa. Si, por el contrario, es la única que demanda cierto insumo, podrá fijar los precios de compra de esas materias primas incluso por debajo de lo que se considera justo y los proveedores no tendrán otra opción más que seguirle vendiendo porque de lo contrario se quedarían sin clientes y sin ganancias, y así la oferta sería inelástica.

Como se indicó previamente, el concepto de poder de mercado no necesariamente es equiparable al de posición de dominio. Según la definición económica de poder de mercado, este lo tienen aquellas empresas que tengan la capacidad de fijar un precio mayor a sus costos marginales, en ese sentido cabe la posibilidad de que algunos puedan fijarlo muy por encima y otras solo mínimamente, lo que significa que cualquier empresa lo tendrá, solo que unas más que otras; «en el mundo real, cualquier empresa puede tener —aunque mínimo— un cierto poder de mercado».¹⁸⁶

En cambio, la posición dominante aparece como un concepto más jurídico que económico, ya que al derecho le interesa vigilar las empresas que tienen un gran poder comercial en sus territorios, porque son las que tienen potencial para infringir una lesión al mercado, esto es, apropiarse de los excedentes del consumidor y crear concentraciones producto del aprovechamiento y de la avidez. Básicamente tendrán posición de dominio aquellas empresas con un poder de mercado muy grande. El desarrollo de un juicio de responsabilidad por este tipo de práctica debe determinar si el poder de mercado de la empresa procesada es suficiente para hablar de posición de dominio, de lo contrario no se podrá sancionar por esta práctica abusiva, ya que no puede abusar de su posición de dominio económico quien ni siquiera lo ostenta.

«Una empresa será calificada como dominante cuando tenga un alto grado de poder de mercado, y el proceso de encontrar la posición dominante

186 *Ibid.*, p. 64.

implica el estudio de los elementos que son relevantes para la determinación de poder de mercado».¹⁸⁷

Como bien lo menciona la norma comentada, el poder de mercado no es lesivo por sí solo. La doctrina ha sostenido que las políticas de competencia no deben estar orientadas a eliminarlo sino a controlar que no se abuse de él. La expectativa de aumentar su poder de mercado es uno de los factores que mueve a una empresa a ser más eficiente, a innovar, a reducir costos y mejorar su producto para seguir ganando clientela, profundizando y penetrando un mercado. Si de antemano se supiera que al alcanzar cierto nivel de poder de mercado este se reprimirá y se eliminará, las empresas triunfadoras en un mercado perderían dicho incentivo. Si una empresa obtuvo su poder de mercado mediante inversiones o similares, le es legítimo cobrar un precio más alto porque con él recupera su inversión, así proscribir el poder de mercado desalentaría tales desarrollos.¹⁸⁸ Básicamente el poder de mercado debe aparecer como una consecuencia de la eficiencia de quien la obtiene, dado que el consumidor le otorga ese triunfo, sin embargo, existen unos mercados que cuentan con barreras naturales que impiden una competencia efectiva, y allí la posición de dominio nace más por la imposibilidad de existencia de otras empresas, pero lo que sí es cierto es que la posición de dominio es una figura dentro de la cual se pretende que el poder de una empresa se vea reflejado en la eficiencia de los mercados.

Es importante establecer que la norma ecuatoriana permite tener labores preventivas. Es decir, no solo se sanciona el abuso, sino también el haber obtenido dicho poder falseando la competencia y afectando el bienestar general, con lo que aparece como protagonista un supuesto, como lo es el intento de monopolizar un mercado, un supuesto o comportamiento que también se castiga.

Para que se presente el abuso de la posición de mercado se requiere inicialmente probar dos aspectos. (i) La posición de dominio dentro de un mercado; y (ii) el abuso. Sin embargo, para su explicación no nos saldremos del esquema del derecho romano-germánico donde se requiere adelantar un juicio de responsabilidad a fin de definir la vulneración al ordenamiento antimonopolio.

187 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., p. 64.

188 *Ibid.*, p. 103.

II. DETERMINACIÓN DEL PODER DE MERCADO

Continuando con lo establecido por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se incluyen los criterios para determinar el poder de mercado de un agente económico. Expliquemos algunos:

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.

La verdad, es un criterio que contiene a su vez dos criterios. Una cosa es la participación de mercado y otra que una empresa esté en capacidad de aumentar los precios, independiente de consumidores y de competidores.

La participación de mercado representa ser una gran ayuda para que se pueda medir la fuerza real de la empresa frente a las ventas reales dentro de un sector económico. Sin embargo, dicho número no resulta ser un absoluto para definir si existe posición de dominio, dado que existen otros criterios que le podrían hacer perder fuerza, como lo puede ser la inexistencia de barreras a la entrada al mercado para otros competidores. En ese caso se podría llegar a presentar un alto porcentaje de participación, pero una inexistencia total de barreras a la entrada, lo cual conlleva a que esa empresa tenga una libertad para subir los precios, pues al momento de hacerlo la elasticidad de la oferta permitirá que ingresen nuevas empresas tentadas por el espacio que deja para entrar el precio excesivo impuesto por esa empresa que participa en el mercado. En corto, el precio excesivo en un mercado elástico desde el punto de vista de la oferta invita a entrar a otros.

Entonces, lo primero que debe hacerse es determinar el mercado relevante y qué tanta participación tiene la empresa en cuestión dentro de él. Para ello se ha hablado de las cuotas de mercado a través de las cuales se determina «la participación de dicha empresa en el conjunto del mercado en el que opera, medida habitualmente en términos de volumen de ventas o de unidades físicas comercializadas (producción) o comercializables (capacidad)». ¹⁸⁹ En el mundo, las cuotas de mercado se han usado como una forma de fijar umbrales para hacer un filtro en la determinación de si hay o no dominancia, estableciendo, por ejemplo, que si la empresa tiene una participación o cuota de mercado menor a 40 % es poco probable que tenga dominancia, mientras que si es mayor a 50 % se puede suponer que la tiene.

¹⁸⁹ INMACULADA GUTIÉRREZ y JORGE PADILLA. «Una racionalización económica del concepto de posición de dominio». Artículo dentro del trabajo *El abuso de la posición de dominio*, cit., p. 19.

Más adelante veremos cómo hoy en Europa tener el 50 % de participación de mercado genera una evidencia y presunción de posición de dominio que tiene que ser desvirtuada por el investigado, invirtiéndose la carga de la prueba.

Como se indicó, la cuota de mercado o de participación que tenga un agente no es el único criterio para determinar el poder de mercado, «la consideración aislada de cuotas de mercado —incluso cuando se mantienen elevadas en el tiempo— puede llevar a engaño»,¹⁹⁰ pero este no deja de ser un factor importante a partir del cual se pueden elaborar incluso presunciones.

Veamos:

Dentro del caso de **Hoffman-La Roche** (1979), Sentencia del TJCE del 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, la autoridad europea indicó que «**La existencia de cuotas de mercados muy altos es un factor de gran importancia**». En este caso se estableció que una **cuota del 73 %** de mercado era prueba importante de la posición de dominio y generaba una **presunción de posición de dominio**.

Así mismo, allí se indicó que «... puede legítimamente sostenerse que cuotas de mercado muy altas son en sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, **prueba de la existencia de posición de dominio**». (Negritas fuera del texto original).

De la misma manera, en el caso de **Akzo Chemie BV** del 3 de julio de 1991, asunto C-62/86, el TJCE sostuvo la autoridad europea y la importancia de la alta cuota de mercado como factor preponderante para definir que existe posición de dominio en el mercado. En este caso, se estableció que una **cuota del 50 %** de mercado era prueba importante de la posición de dominio, sumado a que dicha empresa era líder mundial. Acá se aclara que la cuota se debe mantener a largo plazo.¹⁹¹

Recientemente en el **año 2018**, la Comisión Europea emitió una «Comunicación de la Comisión», relacionada con la posición de dominio dentro del mercado de comunicaciones (2018/C 159/01). Donde también se refiere a la participación de las empresas dentro del mercado para definir si un operador cuenta con posición de dominio. Allí indica que:

190 CANI FERNÁNDEZ. «Cuota de mercado y poder de mercado». Artículo dentro del trabajo *El abuso de la posición de dominio*, cit., p. 70.

191 La jurisprudencia europea al respecto puede también observarse en los casos de pistolas grapadas (Sentencia TPI 12 de diciembre de 1991, asunto T-30/89 Hilti AGC. Comisión, Rec 1991) o en el caso de envases asépticos (Sentencia TPI de 6 de octubre/94, Asunto T-83/91, Tetra Pack International S. A., Comisión Rec – 1994).

55. Según **jurisprudencia reiterada**, si una empresa mantiene durante cierto tiempo una cuota de mercado muy elevada —superior al 50 %— ello **demuestra por sí mismo**, salvo en **circunstancias excepcionales**, la **existencia de una posición dominante** (la experiencia demuestra que, cuanto mayor es la cuota de mercado y más prolongado el período durante el cual se mantiene, más probable es que constituya una importante indicación preliminar de PSM). (Negritas fuera del texto original).

La Corte Constitucional Colombiana de tiempo atrás se ha pronunciado acerca del significado e interpretación del concepto de la posición de dominio, resaltando la importancia de su adecuación en relación con **el grado de participación de las empresas dentro del mercado relevante** (Sentencia C-228/10–Magistrado Ponente Luis Hernando Vargas).

Veamos qué dice:

«Para los efectos del presente fallo merece especial atención el análisis de una de las especies de actos que atentan contra la competencia en los mercados, como es el abuso de la posición dominante. A partir de las regulaciones contenidas en el Decreto 2153/92, **existe posición dominante** cuando uno de sus oferentes, **en razón de su grado de participación**, tiene la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado». (Negritas fuera del texto original).

En este sentido, la Corte Constitucional Colombiana pone especial relevancia a las cifras de participación de una empresa dentro del mercado como un elemento importante en la demostración de posición de dominio, estando en consonancia con todos los fallos jurisprudenciales de Europa, los cuales hace parte de la tradición de derecho romano-germánico que al igual que la jurisprudencia Colombiana, dan gran primacía probatoria **al grado de participación de las empresas para definir la existencia de la posición de dominio**.

Habiendo visto qué tan amplia es la participación de la empresa, ya sea directa o indirectamente, el artículo menciona que debe verse la capacidad de esta para fijar precios o restringir el abastecimiento, en concordancia con la definición tradicional de poder de mercado, es necesario que el poder del agente sea tan grande que pueda adelantar dichas conductas sin que nadie se lo pueda impedir, dado que si el agente encuentra una respuesta efectiva del mercado y sus agentes le impidan aumentar los precios satisfactoriamente, no podrá considerarse que tiene posición de dominio.

Una vez más, resulta determinante si la empresa en cuestión tiene o no competencia efectiva que le pueda hacer contrapeso, o si la inelasticidad

del mercado implica que el agente puede actuar sin temor a consecuencias negativas. Este análisis de si la empresa en cuestión puede, por ejemplo, aumentar precios independientemente de los otros agentes del mercado, que es el segundo criterio incluido dentro del artículo, se conoce como el método conductista, pero no es el único que se observa.

Subir los precios independientemente de los competidores o de los consumidores es la regla más usual con la que se califica si una empresa tiene posición de dominio. Esto significaría que el consumidor no tiene opciones importantes de donde poder comprar el producto o que le sea prestado el servicio. Depende mucho de la capacidad ociosa y real de las empresas competidoras puesto que ante un aumento de precios tendría que verse la reacción y capacidad de producción de las competidoras, dado que así se mide la verdadera respuesta y posibilidades del consumidor en tener otras opciones para satisfacer su necesidad.

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.

Con los elementos descritos en este literal llegamos una vez más a un análisis sobre la elasticidad del mercado, mientras más barreras de entrada o salida existan, más inelástica será la oferta, por lo que, como ya anunciamos, es más factible la presencia de posición de dominio ostentada por una empresa.

Si no es fácil que otros agentes entren al mercado a hacerle competencia a una empresa con gran poder de mercado, es más probable que esta pueda adelantar cualesquiera conductas sin perder clientes ya que estos no tendrían otros oferentes a quienes recurrir porque las barreras de entrada no lo permitieron. La existencia de barreras a la entrada de un mercado es uno de los criterios utilizados en el método estructural de determinación del poder de mercado.

Es necesario decir desde ya, que la barrera regulatoria puede ser algunas veces una ayuda estatal que protege la posición de dominio de una empresa desde la regulación ilegal, la cual debe ser atacada bajo los medios procesales de la justicia administrativa o constitucional, bien sea un decreto o una ley, respectivamente.

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

El número de competidores y de otros agentes del mercado es otro de los criterios objetivos observados en el método estructural, de forma

general, a mayor número de competidores, mayor elasticidad; no solo deben observarse los agentes actuales sino también los potenciales, lo que iría de la mano con la presencia de barreras de entrada, contemplado en el literal anterior.

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

Este elemento es también parte del criterio estructural e implica que si, por ejemplo, la empresa cuyo poder de mercado se está analizando es también dueña de las fuentes de insumos y, así, es la única que tiene fácil acceso a ellas o sus competidores encuentran grandes obstáculos para su aprovisionamiento. Bajo tales premisas será más probable que dicha empresa ostente posición de dominio porque se dificulta que otros agentes ejerzan presión competitiva si encuentran barreras en el acceso a insumos u otros elementos esenciales para el desarrollo de su actividad como los enunciados en el artículo.

Se trata de hacer un estudio vertical ascendente o descendente de las integraciones verticales o de los contratos con exclusividad con proveedores o distribuidores de la empresa sujeta a estudio de poder de mercado.

e. Su comportamiento reciente

Podríamos decir que más que su comportamiento reciente, deberían observarse las consecuencias de este, si la empresa aumentó los precios de un producto y ello no representó cambio alguno en la demanda, será porque esta es inelástica, lo que implica que los comportamientos adoptados por el agente en cuestión no le significarán pérdida de clientes.

También deberá observarse, por ejemplo, si hubo cambios en las condiciones contractuales con sus proveedores, distribuidores o transportadores, entre otros, y cómo respondieron estos ante dichos cambios. Si el agente desmejoró las condiciones de sus contrapartes y ellas no pudieron hacer nada al respecto, puede ser indicativo de posición dominante; con la salvedad de que la que aquí estamos estudiando no es la posición de dominio contractual sino en el mercado, no se observa la posición de un agente con respecto a otro sino con relación al mercado.

Lógicamente tener en cuenta cómo fue que aumentó su participación de mercado en los últimos 10 años será de gran ayuda para definir si se alcanza esa posición de dominio con abuso de derecho.

f. La disputabilidad del mercado

El concepto de mercados disputables o contestables está íntimamente relacionado con las barreras de entrada y salida del mercado, si la entrada y la salida son fáciles y no implican ningún costo, el mercado será disputable;¹⁹² si en determinado momento las empresas que ya están en el mercado deciden aumentar los precios, nuevos competidores pueden decidir ingresar, atraídos por el amplio margen de ganancias dejado por los otros. Si los otros tienen un margen de utilidad muy amplio porque subieron el precio, los nuevos pueden entrar a competir con precios menores y aun así obtener ganancias, por lo que a quienes ya están en el mercado no les sería rentable aumentar los precios.

Entonces, si el mercado es disputable, es decir, si la entrada y la salida son fáciles y libres, será menos probable la posición de dominio, ya que puede que el agente sea el único oferente en ese mercado relevante, pero si es fácil que otros entren, en realidad sí tendrá competencia, no actual sino potencial, pero que en todo caso le impide actuar arbitrariamente.

«Aparte de los competidores existentes, los competidores potenciales podrían también limitar la capacidad de una empresa (o un grupo de empresas) para elevar los precios. De hecho, la idea más importante de la teoría de los mercados impugnables (...) es que, si la entrada es fácil, rápida y sin costo, una empresa no podría cobrar un alto margen porque los grandes beneficios atraerían competidores hacia la industria». ¹⁹³

g. Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.

Este criterio es bastante amplio, ya que en general gran parte de lo que se ha dicho lleva a concluir que debe observarse el comportamiento de la oferta y la demanda, en particular su elasticidad. Como ya se ha adelantado, son muchos los factores que influyen el comportamiento de la oferta y la demanda y todos ellos deberían ser tenidos en cuenta para determinar el poder de mercado de un agente económico.

En este caso es válido observar los hábitos de compra del consumidor, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el consumidor compra, las promociones que espera y todo el perfilamiento de consumidores que adelantan las empresas.

¹⁹² WALTER NICHOLSON. *Microeconomía intermedia y sus aplicaciones*, cit., pp. 342-343

¹⁹³ MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., p. 159

De la misma manera, analizar las circunstancias de tiempo, modo y lugar bajo las cuales las empresas venden sus productos, empaquetándolos y vendiéndolos de forma individual. Las ofertas, el transporte y embalaje. Las diferencias e igualdades en la oferta elevada por las empresas dentro del mercado.

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.

Este criterio también hace parte del método estructural y guarda relación con la elasticidad de la demanda. Si hay un gran número de productos sustitutos, la demanda será más elástica. Si el precio del producto X aumenta, los consumidores preferirán comprar productos sustitutos, por lo que el poder de mercado de los oferentes de X será menor.

Es importante recalcar que un producto sustituto es aquel que cumple la misma función que el producto principal o que por lo menos se acerca a la misma satisfacción que pretende un consumidor con la adquisición de un producto nuevo. Pueden existir sustitutos perfectos o sustitutos imperfectos. Los sustitutos perfectos son aquellos que se acercan en satisfacción y precio a lo que es el producto principal. El sustituto imperfecto puede acercarse en satisfacción al bien principal pero lejano en el precio, o teniendo un precio cercano no se obtiene la misma satisfacción. Los primeros son parte del mercado relevante, los segundos generalmente no, pero puede ser una probabilidad de elasticidad de la oferta sujeta a pequeños cambios.

Veamos entonces un ejemplo para la determinación de la posición de dominio:

Ejemplo 32
Determinación del poder de mercado

Empresas productoras				
	A	B	C	D
Unidades vendidas mensualmente	1.000	2.000	1.500	20.000
Precio	500	300	400	250
Capacidad ociosa	10 %	15 %	20 %	25 %

En este caso, en el mercado relevante se encuentran los productores A, B, C y D, que venden el producto X sin sustitutos. La empresa A vende mensualmente 1000 unidades del producto, B vende 2000, C vende 1500 y D vende 20 000. A vende cada unidad a USD 500, B a USD 300, C a USD 400 y D a USD 250. Por otro lado, la empresa A tiene una capacidad ociosa (que ya dijimos que es la capacidad que tiene para producir, pero no está produciendo, o, en otras palabras, cuanto más podría producir) de 10 %, B 15 %, C 20 % y D 25 %.

Es evidente que D tiene más del 50 % de mercado. Con este dato ya podríamos afirmar sumariamente que D ostenta posición de dominio. Sin embargo, al analizarlos de forma conjunta se evidencia que, efectivamente, si D desapareciera, sus competidores no tendrían la capacidad para atender la demanda de las 20 000 unidades mensuales que D estaba produciendo y tampoco es sencillo que otros entren a cubrirla dada la existencia de barreras a la entrada debido a la escasa capacidad ociosa que tienen. De esta forma, el mercado depende en gran medida de D, por lo que es posible afirmar que existe posición de dominio. En nuestro concepto, la sola participación de mercado superior al 50 % es razón para abrir una investigación ante la sospecha de un comportamiento abusivo en el mercado. Nuestra legislación es mucho más cercana al derecho romano-germánico que al derecho anglosajón.

Hasta este punto no se encuentra nada restrictivo de la competencia, ya que D pudo haber alcanzado la posición de dominio legítimamente y mediante una competencia sana en la que se destacó por ser la empresa más eficiente; sin embargo, puede que abuse de ello con una de las conductas que se verán a continuación, ya que, aunque las ejerza no perderá clientela dado el poder de mercado que ya tiene.

Resulta importante hacer una anotación final frente a un elemento que, aunque tradicionalmente no se menciona como determinante de poder de mercado, en los últimos años ha cobrado una gran relevancia. Se trata del control del entorno digital, que, aunque podría encajar dentro de algunos de los elementos ya enunciados, ha llevado a algunos ordenamientos a prestarle especial atención, así, por ejemplo, en Alemania se han planteado reformas a la ley de competencia para darle mayor armonía con los desafíos de los mercados digitales, considerando, por ejemplo, que los datos pueden llegar a ser una facilidad esencial.¹⁹⁴

¹⁹⁴ THIBAULT LARGER. «GERMANY FINALIZES PROPOSED CHANGES IN COMPETITION rules», periódico POLITICO, Europe edition 10/07/19. Consultado en octubre de 2019 [en línea] Disponible en: <https://www.politico.eu/article/germany-finalizes-proposed-changes-in-competition-rules/>

Es relevante mencionar en este punto que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado emitió una guía donde se explica la posición de dominio y el abuso, y de forma simple y sencilla expone el tema con visión internacional. Este documento tiene relevancia dado que instruye, siendo eso sí un documento de doctrina autorizada, sin que tenga carácter regulatorio. Es importante consultarla sin perder de vista el contenido de la ley.

Por último, un comentario muy personal acerca de la posición de dominio. Si una empresa cuenta con posición de dominio puede ser resultado de que la clientela la haya escogido por buena, por eficiente, por dar buen servicio, por dar buenos precios. Por tanto, en algunas ocasiones obtener la posición de dominio es un premio al esfuerzo de las divisiones de *marketing* y ventas de una compañía. Bajo tal contexto las empresas con posición de dominio deberían estar orgullosas de ello y no tener temor de lo declaratorio. Explotar publicitariamente que son los mejores no está mal.

III. POSICIÓN DE DOMINIO CONJUNTO

La posición de dominio conjunta se presenta por la **relación de interdependencia** que existe entre los miembros de un **oligopolio estrecho** en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado y de homogeneidad del producto.

La interdependencia implica, esencialmente, la existencia de una conciencia compartida de los operadores en el mercado respecto a la posición comercial de los competidores. En efecto, es la interdependencia entre los agentes de un mercado oligopolístico y la conciencia de esta interdependencia **lo que los lleva a alinear su conducta en el mercado de modo que puedan obtener beneficios supra competitivos**.

«De acuerdo con la jurisprudencia nacional y de la Unión Europea, la dominancia viene determinada por aquella situación en la que se encuentra una empresa que le confiere la posibilidad de comportarse, durante un cierto tiempo, con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y los consumidores por lo que no existe una presión competitiva eficaz. **La dominancia puede ser individual** —cuando disfruta una única empresa— o **colectiva** —cuando disfrutan de esta posición dos o más empresas cuyos comportamientos son interdependientes—. Para determinar la existencia de dominancia colectiva en un mercado, la jurisprudencia ha venido exigiendo la concurrencia de los siguientes elementos:

- La existencia de una estrategia o comportamiento común identificable que si se sigue por todos sea ventajoso para las empresas dominantes.
- Cada uno de los operadores dominantes deben poder conocer el comportamiento del resto para vigilar si se está siguiendo la estrategia común.
- La situación debe ser sostenible en el tiempo, es decir, deben existir incentivos para no alejarse de la estrategia común.
- La posible reacción de potenciales competidores y de los consumidores no puede poner en peligro los resultados de la estrategia común.

En definitiva se requiere que se den los elementos estructurales que faciliten que los operadores tengan el incentivo y la capacidad de alinear sus comportamientos en detrimento del funcionamiento competitivo del mercado y en perjuicio de los consumidores, es decir, que exista transparencia que permita poder seguir el comportamiento de los competidores, que exista la posibilidad de represalias por parte de los otros operadores dominantes ante el alejamiento de la conducta estratégica y que no exista poder compensatorio por parte del resto de competidores y consumidores».¹⁹⁵ (Negritas fuera del texto original)

Por tanto, existirá una posición dominante conjunta cuando dos o más empresas pueden comportarse con independencia de sus competidores, clientes y proveedores, o cuando dos o más empresas tienen la capacidad de impedir la existencia de una competencia efectiva en el mercado. De todas formas, falta un elemento en este concepto, ya que varias empresas pueden suprimir la competencia en el mercado mediante acuerdos u otras prácticas colusorias y en este caso no estaríamos ante una posición dominante sino ante un supuesto de acuerdo o cartel.

Para encontrarse ante una **posición dominante conjunta** es necesario que las empresas en cuestión **tengan la capacidad de mantener un comportamiento independiente o de suprimir o reducir de forma drástica los niveles de competencia en el mercado, sin tener que recurrir a ningún tipo de práctica colusoria**. La gran dificultad tanto teórica como práctica que

¹⁹⁵ Resolución (Expte. S/0391/11 llamadas móviles). Sala de Competencia, presidente D. José María Marín Quemada. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (Página 54)

presenta la posición dominante conjunta es la determinación de los vínculos que deben existir entre empresas independientes para que se pueda entender que se presentan en el mercado como una única entidad y, de esta forma, detentan una posición dominante, **sin necesidad de celebrar entre ellas ningún tipo de acuerdo que tenga por objeto restringir la competencia.**

Una vez que se ha determinado que más de una empresa ostenta una posición dominante en el mercado, hay que valorar si su conducta constituye un «abuso» de esta posición. Es decir, la posición dominante conjunta no supone en sí misma un ilícito antitrust, si las empresas que la ostentan no abusan de esta posición.

Se pueden extraer tres elementos típicos de una posición dominante colectiva:

a) En primer lugar, hace falta **que todos los miembros del oligopolio dominante puedan conocer el comportamiento de los demás miembros para comprobar si están adoptando o no la misma línea de acción.** No basta con que cada uno de los miembros del oligopolio dominante sea consciente de que todos pueden beneficiarse de un comportamiento interdependiente en el mercado, **sino que deben tener un modo de saber si los demás operadores adoptan la misma estrategia y si la mantienen.** Por tanto, la transparencia del mercado debe ser suficiente para permitir a todos los miembros del oligopolio dominante conocer de manera suficientemente precisa e inmediata la evolución del comportamiento de cada uno de los demás miembros en el mercado.

b) En segundo lugar, es necesario que la situación de **coordinación tácita** pueda mantenerse en el tiempo, es decir, que debe existir **un incentivo a no apartarse de la línea de conducta común en el mercado.** Como señala la Comisión, únicamente si todos los miembros del oligopolio dominante mantienen un comportamiento paralelo pueden beneficiarse de él. Hace falta que cada uno de los miembros del oligopolio dominante sepa que una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a aumentar su cuota de mercado provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa.

c) En tercer lugar, para demostrar de modo suficiente con arreglo a derecho la existencia de una posición dominante colectiva, **debe asimismo acreditarse que la reacción previsible de los competidores actuales y potenciales y de los consumidores no cuestionaría los resultados esperados de la línea de acción común.**

«La dominancia conjunta se presenta cuando las empresas, “en particular debido a elementos correlativos que existen entre ellas, pueden adoptar **una política común** en el mercado y **actuar en gran medida con independencia de sus competidores, sus clientes** y también de los **consumidores**”».¹⁹⁶

Hace pocos días (septiembre de 2020) la autoridad francesa de competencia emitió un fallo importante en relación con la figura de abuso de la posición de dominio conjunta en el caso de unos laboratorios. Dando toda la fuerza a la procedencia de la figura dentro de la economía del siglo XXI, y su importancia en el derecho antitrust contemporáneo.

Veamos que dicen:

«La existencia de una posición dominante colectiva se establece cuando *“las empresas interesadas tienen conjuntamente, en particular en razón de los factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una línea de acción única en el mercado y de actuar en grado apreciable con independencia de los demás competidores, sus clientes y (...), por último, los consumidores”*.

Para determinar si Roche, Novartis y Genentech tienen una posición dominante colectiva en el mercado de tratamiento de la DMA, es necesario examinar, en primer lugar, si constituyen una entidad colectiva y, en segundo lugar, si esa entidad tiene una posición dominante en el mercado pertinente.

Así pues, para constituir una entidad colectiva, las empresas deben ser «suficientemente interrelacionados para adoptar el mismo curso de acción».

En el caso de Atlantic Container Line, el Tribunal de Primera Instancia declaró que *“este es el caso si esas empresas que están en condiciones de prever su conducta recíproca y por lo tanto con un fuerte incentivo para alinear su comportamiento en el mercado para, en particular, maximizar su beneficio conjunto”*.

A falta de esos vínculos, la estructura del mercado por sí sola puede permitir establecer una posición dominante colectiva si se cumplen los criterios acumulativos identificados por el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia Airtours de 6 de junio de 2002 (asunto T-342/99), a saber, la estructura oligopolista y la transparencia del mercado de que se trate, la posibilidad de adoptar represalias contra las empresas que se desvén de la línea de actuación común y, por último, la no conflictividad del mercado o la ausencia de competencia potencial.

196 MOTTA. cit., p. 326

En su Decisión n.º 10-D-36, de 17 de diciembre de 2010, relativa a las prácticas en el sector del gas licuado de petróleo (GLP) envasado, la autoridad declaró:

«El concepto de posición dominante colectiva se refiere, por tanto, a un grupo de empresas que, en común, disfrutan de un grado de poder de mercado comparable al de una empresa en una posición dominante única, es decir, que le permite escapar a la competencia de otras empresas que operan en el mismo mercado. Así pues, el concepto de dominación colectiva reúne dos nociones: en primer lugar, la de interdependencia y, en segundo lugar, el concepto más tradicional de dominación. (...) A este respecto, los tribunales europeos han afirmado reiteradamente que el examen de la posición dominante colectiva debe evaluarse en particular a la luz de la capacidad del grupo de empresas de que se trate para comportarse en el mercado pertinente, en grado apreciable, “con independencia” de sus competidores, clientes y consumidores.

Así pues, el Tribunal de Apelación de París señaló que “la existencia de una posición dominante resulta generalmente de la combinación de varios factores que, tomados por separado, no serían necesariamente decisivos, pero que en conjunto reflejan el poder económico requerido por la jurisprudencia”. Esa posición también puede ser resultado de la pertenencia a un grupo grande, la debilidad de los competidores, la posesión de una ventaja tecnológica o de conocimientos técnicos específicos». (Párrafo 311).

IV. ABUSO DE PODER DE MERCADO

Ahora podemos pasar entonces al artículo 9, que describe las conductas de abuso de la posición de dominio:

«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 general».

Este primer inciso del artículo es la proscripción del abuso de poder de mercado en el robo de una prohibición general para estos comportamientos. Una vez más diremos que no se sanciona el alcanzar una posición dominante

sino el abusar de ella, por tanto, se requiere ser sujeto calificado del supuesto. En esa medida se tiene que la persona que no ostente posición de dominio dentro del mercado no podrá ser sujeto calificado de las prohibiciones. En otras palabras, alguien sin posición de dominio sí podrá adelantar esos comportamientos dentro del mercado, siendo lícitos para ellos, entonces esa conducta es ilícita para el que ostenta posición de dominio pero lícita para el que no ostente dicha condición. No se puede abusar de algo que no se tiene, sin embargo, veremos el caso especial de los subsidios cruzados, donde un agente con posición dominante en un mercado saca provecho de ello en otro mercado donde no la tiene. Lo mismo ocurre en el abuso dentro de mercados adyacentes o conexos, como el caso de Facebook juzgado en Alemania sobre el cual se hablará más adelante, donde se tratan como mercados conexos la «red social» y el mercado de «publicidad por internet».

Entonces, en estos supuestos encontramos que hay un sujeto activo calificado,¹⁹⁷ no cualquiera puede ser sancionado por incurrir en este tipo, sino solo aquellos que ostenten posición de dominio en el mercado relevante.

Posteriormente, y complementando el artículo 7, vuelve a aparecer el elemento de la antijuridicidad, ya que el artículo establece que hay abuso cuando el, o los agentes «impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general». De la antijuridicidad de la posición de dominio se hablará más adelante, en detalle, empero, es necesario desde ahora indicar que si bien es cierto que dentro de los carteles la antijuridicidad está representada por la falta de elasticidad de la demanda y de la oferta por fuera de los cartelizados, así como la afectación a la eficiencia económica, en materia de abuso de la posición de dominio la antijuridicidad se da por probada con la mera posición de dominio y solo se puede romper esa antijuridicidad si se logra probar que el comportamiento es eficiente para la economía, no obstante su tipicidad. Así, la forma de romper la antijuridicidad es demostrar que el comportamiento es eficiente, así este sea típico de abuso. Si no se ven afectados estos bienes jurídicos o los de los artículos 1 y 4 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que ya dijimos que son los que incluyen la cláusula general de antijuridicidad para todas las conductas sancionadas, no habrá abuso y por lo tanto no habrá responsabilidad por este tipo.

En este punto hay que hacer hincapié en que dentro de los decretos ejecutivos que reglamentaron la LORCPM aparecen aspectos que deben ser tratados:

¹⁹⁷ MAURICIO VELANDIA. «El ocaso del monopolio», cit., tomo I, Capítulo XVII. *Explicación posición de dominio*, Disponible en <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

El artículo 2 del Decreto Ejecutivo 1193 de 2020 por medio del cual se reglamenta aspectos atinentes a la LORCPM, indica que el artículo 6 del Decreto Ejecutivo 1152 de 2017, señala:

«Artículo 6.- Abuso de poder de mercado.- Las conductas de abuso de poder de mercado tipificadas en el artículo 9 de la Ley no serán susceptibles de exoneración alguna. La acción de Estado, conforme lo previsto en el artículo 28 y siguientes de la Ley, se sustentará en el interés público y el bienestar general».

Con la descripción del artículo es claro que el reglamento pretende excluir cualquier defensa del investigado respecto de la tipicidad. Analizando despacio esta parte, se puede inferir que la posición de dominio o el poder de mercado exige necesariamente que dicha posición se presente dentro de un escenario donde no exista elasticidad de la demanda o elasticidad de la oferta, y por ello cualquier comportamiento de abuso dentro de ese escenario ya resulta dotado para encontrar como responsable a quien abusa. En otras palabras, si un operador económico ostenta posición de dominio es porque existe un grado de concentración y dependencia del mercado hacia él, y así, un hecho que encuadre dentro de las prohibiciones contenidas en el artículo 9 de la LORCPM es suficiente para hallarlo responsable, sin juicio de antijuridicidad, dado que la antijuridicidad se encuentra en la calificación de posición de dominio sumado al encuadre típico de abuso. En otras palabras, el ser sujeto calificado específico de las prohibiciones de abuso, dado que ostenta posición de dominio, ya le otorga el escenario de dominancia (mercado inelástico) que sumado a la tipicidad de una conducta de abuso lo deja en posición de ser responsable. Sin embargo, desde ahora se advierte que ello no es absoluto, pues una cosa es la prueba de posición de dominio y otra muy diferente definir si el comportamiento calificado como abusivo es eficiente para la economía (artículo 1 de la LORCPM). Un ejemplo sería permitir que un fabricante con posición de dominio le asigne un territorio a un distribuidor de forma exclusiva. En principio ello es restrictivo, empero, si es una zona aislada donde no llega el producto, la exclusividad se convierte en atractiva y permite que un agente se arriesgue a distribuir en esa zona siendo eficiente el comportamiento. Faltaría ver que no repita su margen de monopolista, pero en principio el comportamiento incentiva el bienestar social. Por eso, esta exoneración sí es propia de todos los supuestos de competencia y aparece reglada dentro de la sistematización y armonía de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Ahora bien, es importante aclarar que el contenido del artículo segundo del Decreto ejecutivo 1193 del 2020, al señalar que las conductas de abuso no serán susceptibles de exoneración alguna, no puede ser entendida como que no se requiera la existencia de la antijuridicidad. Podría interpretarse que no

se requiere probar la culpabilidad o dolo y ser un caso de responsabilidad objetiva, sin embargo, la responsabilidad objetiva no significa que no deba probarse la antijuridicidad. La responsabilidad objetiva hace referencia a tener que probarse el dolo o la culpa. Sin embargo, dentro del derecho romano-germánico un juicio de responsabilidad sancionatoria administrativo requiere la prueba de culpa o dolo.¹⁹⁸

Bajo tal contexto la premisa normativa contenida en el artículo 2 del Decreto Ejecutivo 1193 de 2020 en nada deroga o desconoce el artículo 1 de la LORCPM, que contiene la finalidad que busca la aplicación de la ley, lo cual no puede ser inobservada por un juzgador. Precisamente esa es la función de dicho artículo. Otra cosa puede decirse de la culpabilidad como elemento de responsabilidad donde pareciese que es lo que podría interpretarse, sin embargo, se comparte la idea que en estos casos siempre se debe probar la culpa o dolo, pero no se desconoce que puede interpretarse que son supuestos que no requieren la prueba de culpa o dolo. Es claro que los comerciantes tienen la diligencia de observar los comportamientos que adelantan en el mercado.

Típico: → Supuestos de abuso contenidos en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Antijurídico: → Se rompe antijuridicidad si se prueba EFICIENCIA en el comportamiento. Artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, concordante con el primer párrafo del artículo 9 de la misma ley, así mismo, lo anterior se reafirma con el numeral 22*, el numeral 1** y el numeral 2*** del artículo 9 de esa normativa, en donde de forma clara aparece la eficiencia como una forma de antijuridicidad

Culpa o dolo: → Intención o falta de diligencia

* Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, artículo 9, numeral 22: «*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 del Poder de mercado, artículo 9, numeral 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*».

*** Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, artículo 9, numeral 2 «*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*».

198 Consejo de Estado de Colombia, Sección Cuarta, Expediente 21640 con fecha del 11 de junio del año 2020.

Podemos entrar entonces a cada supuesto de abuso del poder de mercado que trae la ley.

V. CLASES DE SUPUESTOS LEGALES ECUATORIANOS DE ABUSO DE PODER DE MERCADO

Existen dentro de la ley ecuatoriana una gran cantidad de supuestos descritos. No es usual que exista una clasificación tan amplia en las legislaciones mundiales, pero en nada le quita valor ni es un aspecto a criticar. Todo lo contrario, es una ley bastante descriptiva, empero, nuestra cultura de criticar lo propio ha llevado a que la mayoría de la doctrina de Ecuador lo critique. En nuestro parecer no demerita para nada, todo lo contrario, es un asunto a resaltar, y que se analizará a continuación.

A. ABUSO DE PODER DE MERCADO EN CONDICIONES DE CONCENTRACIÓN DE MEDIOS DE PRODUCCIÓN

El numeral 3 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado menciona:

«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 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».

Esta conducta parte de la existencia de una estructura vertical empresarial donde un empresario participe dentro de la escala de suministro de insumo y también lo haga en la etapa de transformación de ese insumo en producto final o viceversa, pero en nada impide que también pueda ser entendido como un productor de insumos y comercializador con poder de mercado, que con una conducta daña el ingreso de otros al mercado.

Si, por ejemplo, en el mercado solo hay un proveedor de insumos y el productor con poder de mercado le impone cláusulas de exclusividad, naturalmente se verán afectados todos los otros productores, porque como la provisión de insumos está concentrada, el productor puede monopolizarla y con ello excluir a sus competidores. Sin embargo, si no existieran tales condiciones de concentración y el agente con poder de mercado le impone exclusividad a uno de muchos proveedores de insumos, los demás productores no se verán afectados porque al haber variedad en la oferta, pueden recurrir a otros proveedores sin problema alguno.

Lo anterior depende, por supuesto, de muchos otros factores, como la capacidad de los proveedores y de los otros productores, pero básicamente a lo que nos referimos en este punto es a que hay conductas que solo resultan restrictivas en condiciones de concentración de medios de producción o comercialización y particularmente de estructuras verticales de mercado donde la actividad económica anterior o posterior son las que hacen cobrar fuerza a la concentración de medios, tal como lo pide el supuesto legal que nos ocupa.

B. ABUSO POR PRECIOS PREDATORIOS O EXPLOTATIVOS

El numeral 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado menciona:

«La fijación de precios predatorios o explotativos».

En este numeral aparece una forma de abuso exclusorio, que son los precios predatorios, y una de abuso explotativo. Empecemos con los precios predatorios.

Los precios predatorios, o por debajo de costos¹⁹⁹ son de alguna forma fáciles de imponer para los agentes con poder de mercado, ya que su gran participación les permite bajar sus precios incluso a pérdidas durante un tiempo, con el fin de sacar del mercado a todos sus competidores para monopolizar el mercado y así poder adelantar sin límites cualesquiera conductas explotativas.

«Los precios predatorios implican la existencia de una empresa dominante en un mercado, la cual reduce considerablemente sus precios para eliminar la competencia de una empresa entrante en ese mercado o para disuadir a éste de su entrada, (...) una vez logrado eso, se vuelven a subir los precios en el mercado, ahora menos competitivo, para recuperar los beneficios perdidos». Para determinar si se puede considerar predatorio un precio tradicionalmente se ha analizado en primer lugar la relación costo-precio; y en segundo, la intención de recuperación de beneficios, como se hizo en Europa en el caso *Azco v. Comisión*, o la probabilidad de ello, como se dijo en Estados Unidos en el caso *Brooke Group LTD. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*²⁰⁰

¹⁹⁹ MAURICIO VELANDIA. «El ocaso del monopolio», cit., tomo I, Capítulo XVIII. *Ventas por debajo de costos, precios excesivos y ventas atadas*, disponible en <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

²⁰⁰ ANTONIO CREUS. «Precios predatorios (principalmente en el sector aéreo)». Artículo dentro del trabajo *El abuso de la posición de dominio*, dirigido por Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan, Madrid, Fundación Rafael del Pino, 2006, pp. 274-279.

Entonces, en la Unión Europea, y en otros ordenamientos como el canadiense, se ha establecido que es necesario probar la intención de excluir a algún competidor para sancionar por abuso de posición dominante por fijación de precios predatores²⁰¹, sin embargo, en el ordenamiento jurídico nacional no existe norma que exija el dolo para que se configure dicho tipo, por lo que debe entenderse que, así como la lesión puede ser real o potencial, la sanción puede ser porque se enmarca en la falta de diligencia en ver el resultado.

Un ejemplo permite explicar mejor el funcionamiento de este supuesto, porque puede resultar tan lesivo para productores y a futuro consumidores cuando la adelanta un agente con poder de mercado y porque no ocurre lo mismo cuando no hay poder de mercado:

Ejemplo 33

Abuso por precios predatores o explotativos

	A*	B	C
Costo	500	450	550
Precio	350	550	650
Consecuencias	Monopolio con expectativa de aumentar precios a futuro	Pérdida de clientes. Exclusión del mercado	Pérdida de clientes. Exclusión del mercado

En este caso encontramos que, en un mercado relevante, los productores son A, B y C; y A tiene posición de dominio. A decide sacar provecho de su posición de dominio y de que tiene capacidad para atender toda la demanda del mercado, fija los precios por debajo de sus costos y de los de cualquier productor de ese mercado, para así excluir a sus clientes. Si los consumidores ven que A tiene un precio mucho más bajo que B y C, naturalmente dejarán de comprarle a ellos y preferirán al primero. Ya que dado su poder de mercado A tiene la posibilidad de atender a los consumidores que antes atendían B y C, estos se quedarán sin clientes y se verán obligados a salir del mercado.

Como se mencionó en su momento, los precios predatores son en principio beneficiosos para los consumidores, ya que pagan menos, pero por otro lado, para empezar, el bien jurídico tutelado es el bienestar general y en consecuencia debe observarse la suerte tanto de productores como de

201 *Ibid.*, 281-282.

consumidores, por lo que tal afectación a los productores, su excedente y su libertad de concurrencia resulta restrictiva. Además, si un agente decide vender por debajo de costos, seguramente no lo hará por siempre, sino que una vez haya excluido a sus competidores, no tendrá límite alguno para aumentar los precios a su antojo; por lo que esta conducta termina afectando directamente al consumidor también.

Pero pensemos que pasaría si A no tuviera posición de dominio:

Ejemplo 34

Abuso por precios predatorios, sin posición de dominio

	A	B	C
Costo	500	450	550
Precio	350	550	650
Consecuencias	Imposibilidad de atender la demanda. Utilidades negativas	Pérdida de pocos clientes durante poco tiempo	

Si A no tuviera posición de dominio y decidiera vender por debajo de costos, los clientes igual lo preferirían por tener un precio bajo, pero al no contar con la capacidad suficiente para atender toda la demanda que se trasladaría desde B y C, no podría excluir efectivamente a los otros, ellos igual mantendrían un buen número de clientes, los que A no puede atender. Incluso el perjudicado sería A por vender a pérdidas y no podría mantener esta situación sin quebrarse. De esta forma no se afecta el excedente del consumidor ni del productor ni las libertades de entrada y escogencia, por el contrario, el único perjudicado sería el agente que intentó excluir a los otros. No habría posición de dominio, ni antijuridicidad, ni responsabilidad.

Pasemos ahora a los precios explotativos, son aquellos donde el agente abusó de su derecho de fijar el precio y lo pone injustamente alto, aprovechando que el mercado depende de él y los consumidores no tendrán otra opción más que pagar el precio alto²⁰².

202 *Ibid.*, Capítulo XVIII. *Ventas por debajo de costos, precios excesivos y ventas atadas.*

Aunque no es nada fácil ni hay criterios absolutos para saber cuándo un precio es justo y cuando excesivo, se han sancionado casos de abuso de posición dominante por precios explotativos en casos como *General Motors Continental N.V. v. Comisión de las Comunidades Europeas* por considerar que el precio fue «excesivo en relación con el valor económico del producto ofrecido»; *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Comisión de las Comunidades Europeas*, donde se analizó el contraste entre el precio de venta del producto y su coste de producción; y *British Leyland v. Comisión*, donde se observó el precio establecido por otros productores.²⁰³ Tal determinación sobre el excesivo aumento de un precio debe estar precedida por un análisis de todos los elementos del mercado en cuestión, que se tuvieron en cuenta también para determinar el poder de mercado del agente.

Una vez más, se entenderá mejor con un ejemplo:

Ejemplo 35
Abuso por precios explotativos

	A*	B	C
Precio	800	550	650
Consecuencias	Mayor margen de ganancias. No pérdida de clientes	Pocos clientes nuevos	Pocos clientes nuevos

Nuevamente encontramos que A tiene posición de dominio y decide fijar precios, esta vez explotativos, es decir, por encima del precio justo o habitual del mercado. Aunque los consumidores preferirían comprarle a B o C que tienen precios más bajos, dada la posición de dominio de A, sus competidores no podrán atender toda la demanda, ni será sencillo que otros entren al mercado, por lo que la gran mayoría de los consumidores no tendrá otra opción más que pagar el precio alto. A perderá pocos clientes y aumentará mucho su margen de utilidad.

El perjudicado aquí es por supuesto el consumidor, que verá afectado su excedente al pagar un precio más alto, y su libertad de escogencia al verse necesariamente sometido a las decisiones unilaterales de un productor.

Veamos qué pasaría si A no tuviera poder de mercado:

²⁰³ FERNANDO DÍEZ ESTELLA. «Abusos mediante precios: Los precios excesivos». Artículo dentro del trabajo *El abuso de la posición de dominio*, dirigido por Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan, Madrid, Fundación Rafael del Pino, 2006, pp. 256-257.

Ejemplo 36

Abuso por precios explotativos, sin poder de mercado

	A	B	C
Precio	800	550	650
Consecuencias	Pérdida de clientes	Mayor cantidad de clientes	

Si A no tiene poder de mercado y decide elevar los precios, lo que ocurrirá es que los consumidores dejarán de elegirlo y preferirán comprarle a B y C que mantuvieron los precios de mercado. A en lugar de beneficiarse se verá perjudicado por la pérdida de clientes que B y C estarán en capacidad de atender, puede incluso terminar por quebrar.

En otras palabras, tanto para precios predátorios como explotativos, podemos decir que, si los consumidores y los productores tienen alternativas para eludir los efectos negativos de los precios fijados no habrá antijuridicidad, como ya se ha dicho, a mayor elasticidad, menor probabilidad de afectación y menor probabilidad de encontrar posición de dominio de una empresa. Una vez más cabe decir que en todas las conductas que estudiamos de este artículo 7 será necesario determinar en primer lugar si hay o no posición dominante, y además si existió antijuridicidad.

C. ABUSO POR MANIPULACIÓN DE LA OFERTA Y RESTRICCIÓN AL DESARROLLO TECNOLÓGICO

Se considera que se abusa de la posición de dominio por «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».

En este caso aparecen dos supuestos diferentes, por un lado, está la alteración en los niveles de producción o del mercado, en otras palabras, manipulación de la oferta, y por el otro está descrita la restricción al desarrollo tecnológico.

En cuanto a la manipulación de la oferta, generalmente lo que se presenta es una reducción arbitraria de la misma. No se puede condonar a un agente económico a producir perpetuamente con el fin de que no disminuya la oferta en el mercado, pero lógicamente sí es sancionable que arbitrariamente, sin que medie ningún motivo de eficiencia, un agente con poder de mercado reduzca la oferta con la expectativa de que suban los precios.

Si en un mercado la demanda permanece constante y la oferta disminuye, los precios aumentarán, lo que en casos de posición dominante beneficiaría a aquel que la ostenta.

En Europa se ha dicho que «la limitación a la producción suele presentarse como resultado en lugar de como práctica principal, formando parte de conductas de carácter complejo. Normalmente si la conducta observada es una limitación directa de la producción, difícilmente podrá salvar un análisis económico razonable que justifique, desde la perspectiva de eficiencia, la restricción acordada».²⁰⁴

Veamos el ejemplo correspondiente:

Ejemplo 37

Abuso por manipulación de la oferta y restricción al desarrollo tecnológico

Tiempo	Precio	Cantidades ofertadas			
		A*	B	C	Total
T1	800	1000	200	250	1450
T2	1200	300	200	250	750

En este caso se aprecia que en el mercado relevante los productores son A, B y C, que antes de la práctica restrictiva (T1) venden a un precio promedio de 800 dólares y en conjunto producen 1450 unidades mensuales del producto X, de las cuales A, que tiene posición de dominio, produce 1000, B 200 y C 250. Sin embargo, posteriormente (T2) A decide abusar de su poder de mercado para disminuir la oferta, en este caso en un 70 %, lo que por las leyes del mercado conduce a que el precio aumente casi en la misma proporción, ya que la oferta total disminuyó casi en un 50 %, por el actuar de un solo agente, y como consecuencia conveniente para A. Lo anterior se traduce por supuesto en una lesión al excedente del consumidor, que no tendrá más opción que pagar el alto precio ya que B y C no tienen la capacidad para suplir las cantidades faltantes, ni resulta sencillo que otros agentes entren al mercado a hacerlo.

204 JUAN JIMÉNEZ-LAIGLESCIA y JOSÉ MARÍA JIMÉNEZ-LAIGLESCIA. «Tipología de restricciones horizontales: Limitación a la producción, reparto de mercados, asignaciones de clientes y prácticas de naturaleza discriminatoria». Artículo dentro del trabajo *Los acuerdos horizontales entre empresas*, dirigido por Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó, cit., p. 173.

Para notar el contraste, veamos qué pasaría si el agente que redujo la oferta no tuviera poder de mercado:

Ejemplo 38

Abuso por manipulación de la oferta y restricción al desarrollo tecnológico, sin poder de mercado

Tiempo	Precio	Cantidades ofertadas			
		A	B	C	Total
T1	800	150	200	250	600
T2	800	45	255	300	600

Si el agente que decidió reducir la oferta, en este caso A, no tiene poder de mercado, estará en condiciones más similares con sus competidores, que probablemente podrán suplir las cantidades que el otro dejó de ofertar. En este caso a pesar de que A redujo su oferta en un 70 %, al estar en condiciones más parejas con sus competidores, ellos pudieron aumentar su oferta en el porcentaje necesario para atender toda la demanda, por lo que los precios no aumentan.

El agente que reduce su oferta sin tener suficiente poder de mercado hará todo lo contrario a beneficiarse, porque recibirá menores ingresos al estar vendiendo menos cantidades al mismo precio y este último no subirá porque sus competidores tendrán la capacidad de atender la demanda que el primero dejó de cubrir, lo que para ellos resultará en mayor eficiencia y mayores ingresos.

Pasando ahora a la segunda restricción que se menciona, las restricciones a desarrollos técnicos o tecnológicos, una empresa a la vanguardia en este tema podrá producir con menores costos, a mayor escala o con mejor calidad, entre otras. «La innovación lleva ya sea a mejores productos —cosas que la gente querrá más que las actualmente disponibles— o formas de hacerlos más baratos. En efecto, la innovación lleva a mejor competitividad en los precios». ²⁰⁵

Aunque no es posible exigirle a todo agente económico tener siempre la última tecnología, una empresa con un déficit tecnológico importante con respecto a sus competidores probablemente no sea lo suficientemente competitiva por falta de eficiencia, así que los mayores desarrollos tecnológicos siempre son deseables.

205 CHRISTOPHER L. SAGERS. *Antitrust. Examples and explanations*, cit., p. 227.

Para que una empresa investigue y actúe en procura de la consecución de nuevos avances, con frecuencia debe hacer inversiones importantes que, por supuesto, pretende recuperar después mediante el ejercicio legítimo de derechos de propiedad intelectual, como la exclusividad que otorgan las patentes. Sin embargo, esta necesidad de recuperar costos no puede llevar a las empresas a incurrir en abusos de su posición en el mercado y con ella, de sus derechos de propiedad intelectual.

Probablemente en el mundo jurídico haya pocos temas relacionados con la innovación y el desarrollo tecnológico que la propiedad intelectual. Ella otorga derechos, por ejemplo, de exclusividad, que de por sí deberían ser tenidos en cuenta como uno de los factores que le dan poder de mercado a una empresa. De esta forma, el abuso de estos, por parte de una empresa con poder de mercado puede representar una forma de restricción al desarrollo.

Resulta necesario recordar el concepto de estado del arte, entendido como «la condición actual o el nivel alcanzado por un arte específico»;²⁰⁶ si un desarrollo representa un avance con relación al estado del arte, será sencillo considerar que una frustración al mismo se traduce en una forma de restricción al desarrollo. Sin embargo, no en todos los casos debe llegarse a ver si se supera el estado del arte o no, sino que también podrían sancionarse por este tipo conductas con las que se impida, por ejemplo, a un competidor, el acceso a tecnologías no nuevas pero que para él sí representarán un avance y una mejoría en el nivel tecnológico de su empresa.

Se han sancionado prácticas de abuso de la posición dominante por restricción al desarrollo en Estados Unidos en casos como *Vitamin Technologists, Inc. V. Wisconsin Alumni Research Foundation*.

D. ABUSO POR COMERCIALIZACIÓN DISCRIMINATORIA A CONSUMIDORES

Se castiga como abuso de la posición de dominio «la discriminación injustificada de precios, condiciones o modalidades de fijación de precios».

«La discriminación de precios es una práctica comercial que implica vender unidades idénticas de un bien o servicio a diferentes precios. Dicha práctica puede tener lugar entre unidades adquiridas por el mismo comprador o entre unidades adquiridas por compradores distintos».²⁰⁷ «La expresión

206 RAGNHILD GUEVARA PATIÑO. «El estado del arte en la investigación: ¿análisis de los conocimientos acumulados o indagación por nuevos sentidos?», Bogotá, Universidad Pedagógica Nacional, Revista *Folios*, segunda época, n.º 44 Segundo semestre de 2016, p. 167.

207 GERMÁN COLOMA. *Defensa de la competencia*, cit., pp. 46-47.

“precios discriminatorios” abarca una variedad heterogénea de prácticas (descuentos cuantitativos, precios vinculados, descuentos selectivos...), que tienen en común el hecho de que la empresa dominante aplica a las mismas prestaciones condiciones económicas distintas en función de los clientes, lo que introduce un elemento de discriminación».²⁰⁸

Es importante mencionar que este apartado no solo se refiere a discriminación de precios, sino que abarca también otras condiciones comerciales y que, aunque no lo mencione, se refiere solo a discriminación a los consumidores, ya que la que contempla a los competidores está consagrada en el siguiente ítem. En Estados Unidos se han presentado casos de este supuesto como *FTC v. Morton Salt Co.* y *Corn Products v. FTC*.

En un Estado social de derecho se exige tratar igual lo que es igual, y discriminar puede entenderse como tratar diferente lo que es igual,²⁰⁹ de manera que para determinar si existió este tipo de práctica restrictiva hay que hacer dos ejercicios de comparación. El primero está orientado a establecer si las situaciones sí eran iguales, dado que no se puede hablar de discriminación si no era exigible darle a los consumidores un trato igual debido a que no eran iguales, sin embargo, «no se exige identidad, sino únicamente equivalencia, debiéndose analizar la totalidad de las circunstancias relativas a las mismas».²¹⁰ Si las condiciones no son equiparables, el trato diferente estaría justificado, y el artículo expresamente menciona «discriminación injustificada».

Si la respuesta a este primer ejercicio de comparación es afirmativa, es decir, si los consumidores entre los que presuntamente se presentó la discriminación son suficientemente similares, debe entrarse al segundo ejercicio de comparación, que será entre el tratamiento que el agente con poder de mercado le dio a uno y a otro, si este tratamiento fue diferente, lesionando a uno de ellos, podrá decirse que hubo discriminación y una práctica restrictiva de la competencia. Al respecto, la doctrina ha mencionado que lo importante es que «el coste económico que se deriva de las operaciones

208 ORIOL ARMENGOL I GASULL. «La discriminación de precios como abuso de posición dominante». Artículo dentro del trabajo *El abuso de la posición de dominio*, dirigido por Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan, Madrid, Fundación Rafael del Pino, 2006, p. 300.

209 MAURICIO VELANDIA. «El ocaso del monopolio», cit., Tomo I, Capítulo XV. *Cartel de colusión en licitaciones, discriminatorio, de reducción de oferta y ventas atadas*. Disponible en <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

210 JUAN JIMÉNEZ-LAIGLESIAS y JOSÉ MARÍA JIMÉNEZ-LAIGLESIAS. *Tipología de restricciones horizontales: Limitación a la producción, reparto de mercados, asignaciones de clientes y prácticas de naturaleza discriminatoria*. cit., p. 187.

comerciales para los clientes de la empresa dominante fuera distinto, sin que el hecho de que la empresa dominante obtenga un margen comercial diferente en cada transacción sea relevante a estos efectos».²¹¹

Para adelantar estos dos ejercicios de comparación deben tenerse en cuenta todos los factores que rodean las relaciones comerciales observadas, es decir, los negocios jurídicos celebrados, la calidad de las partes, las características del producto, de la oferta, de la demanda, y todos aquellos factores que puedan significar una diferencia entre los consumidores, una justificación para la discriminación, o una equivalencia material del trato ofrecido. «Se trata de un análisis casuístico y a menudo complejo que debe abarcar todos los elementos asociados a la operación».²¹²

Vale la pena mencionar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha considerado, en casos como *Scandlines Sverige AB v. Puerto de Helsingborg*, que dentro de este tipo también encuadrarían casos de «aplicación de condiciones iguales para prestaciones no equivalentes».²¹³

Es necesaria la concurrencia de dos elementos para que se configure esta práctica, en primer lugar, que las empresas tengan formas de clasificar a sus clientes, para así mismo tener criterios de discriminación y en segundo lugar, que los consumidores no puedan revender los productos, porque de ser así, los que compran a precio «justo» le revenderían a los otros, y así no se verían afectados. Es por eso que también se ha identificado que es más sencilla la discriminación de precios de servicios, ya que es mucho más complicado revenderlos.²¹⁴

La conducta descrita en este numeral constituye una forma de abuso explotativo, o lo que la doctrina llama *secondary line discrimination*,²¹⁵ ya que trae consigo una apropiación injustificada al excedente del consumidor, en la medida que en lugar de garantizarle las condiciones de igualdad a las que tiene derecho, se está poniendo a unos en condiciones más gravosas que a otros.

211 ORIOL ARMENGOL I GASULL. «La discriminación de precios como abuso de posición dominante». Artículo dentro del trabajo *El abuso de la posición de dominio*, cit., p. 304.

212 *Ibid.*, p. 304.

213 *Ibid.*, p. 303.

214 MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE. *Antitrust*. Gilbert Law Summaries, cit., pp. 125 y 126.

215 ORIOL ARMENGOL I GASULL «La discriminación de precios como abuso de posición dominante». Artículo dentro del trabajo *El abuso de la posición de dominio*, cit., p. 302.

Veamos un ejemplo de ello:

Ejemplo 39

Abuso por comercialización discriminatoria a consumidores

Clientes de A	Precio al que ofrece A*
W	200
X	200
Y	200
Z	400

En este caso, A es un productor con posición de dominio, cuyos clientes son W, X, Y y Z; A decide aprovechar su poder de mercado y la inelasticidad de la demanda para cobrarle a Z el doble de lo que le cobra a cualquier otro, a sabiendas de que Z tiene mayor capacidad adquisitiva y no dejará de comprar el producto, aunque el precio aumente un 100 %.

Si A no tuviese poder de mercado, por ejemplo, por la elasticidad de la demanda, y decidiera empezar a cobrarle más caro a uno o varios consumidores, estos simplemente dejarían de comprarle y recurrirían a otros productores o a productos sustitutos, con lo que incluso se vería perjudicado aquel agente que discriminó porque estaría perdiendo clientes.

Así se evidencia una vez más que lo restrictivo de estas prácticas está muchas veces específicamente determinado por la posición de dominio del agente y la inelasticidad de demanda y oferta, si estos factores no estuvieran presentes, la conducta seguramente no sería sancionable por falta de antijuridicidad. Vale la pena recalcar que tampoco habría antijuridicidad si la discriminación está justificada, como se explicó en su momento.

E. ABUSO POR COMERCIALIZACIÓN DISCRIMINATORIA A COMPETIDORES

El numeral 7 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado menciona que es abuso de la posición de dominio:

«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».

Como habíamos adelantado, este apartado también se refiere a comercialización discriminatoria, solo que ya no frente a consumidores sino frente a competidores. Ya no se trata de un abuso explotativo, sino exclusorio, con el que la afectación directa no sería al excedente del consumidor y su libertad de escogencia, sino al del productor y su libertad de entrada y permanencia en el mercado en condiciones de igualdad.

Tendría cabida entonces todo lo ya dicho sobre las generalidades de las conductas discriminatorias, con un elemento adicional y es la exigencia de que la conducta ponga en desventaja a unos competidores con respecto a otros; lo anterior, por supuesto, de forma injustificada también.

Pasemos ahora al ejemplo:

Ejemplo 40

Abuso por comercialización discriminatoria a competidores

Competidores y arrendatarios de A	Precio al que A arrienda*
B	400
C	400
D	400
E	900

En este caso encontramos que A, B, C, D y E son competidores en un mercado relevante en el que A tiene posición de dominio, uno de los elementos que contribuye a su poder de mercado es que además es dueño de ciertas facilidades esenciales para la producción del producto con el que las cinco empresas compiten, ya que la adquisición de dichas facilidades es difícil e implica costos altos para B, C, D y E, lo que estos hacen es usar las de A mediante un contrato de arrendamiento.

Sin embargo, encontramos que A decidió abusar de su posición de dominio para tratar de excluir a E. Ya que un competidor menos implica mayor poder y más clientes para A, este le impuso un canon de arrendamiento mucho más alto al competidor E, lo que aumentaría significativamente sus costos, disminuiría su margen de utilidad y podría terminar por sacarlo del mercado, concretándose así la lesión al excedente del productor y su derecho de permanencia en el mercado.

Si A no tuviese poder de mercado, porque por ejemplo las facilidades no son tan difíciles de adquirir para los otros productores, o hay varios que la arriendan, seguramente E y cualquier competidor discriminado buscaría otras opciones para no tener que verse sometido al aumento de costos, por lo que su excedente no se vería afectado y no se estaría forzando su salida del mercado, excluyendo así la antijuridicidad.

F. ABUSO POR VENTAS ATADAS O CONDICIONADAS

El numeral 8 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado menciona que se considera abuso de la posición de dominio:

«La venta condicionada y la venta atada, injustificadas».

Esta conducta consiste en la subordinación arbitraria de una venta a la aceptación de otras prestaciones que no tienen relación con la misma. Se trata de casos en los que, por ejemplo, si se quiere obtener un producto, el productor lo ofrece de forma que no se pueda adquirir a menos que se adquiera otra unidad. O cuando se impone una obligación o prestación ajena al negocio jurídico principal.

«Esta práctica, más conocida por su término en inglés *tying* o *bundling* consiste, básicamente, en la venta conjunta, por parte de una empresa en posición de dominio, de productos que en ausencia de la práctica en cuestión, los consumidores adquirirían mediante dos relaciones contractuales diferentes».²¹⁶

Cuando se trata de productos atados se ha dicho que pueden estar relacionados de varias formas, puede que se usen en «determinadas proporciones», que uno esté diseñado para usarse con el otro, o que puedan ser usados tanto en conjunto como por separado. Y se ha dicho también que la subordinación puede ser contractual o tecnológica. Contractual cuando está dada por la decisión impuesta de una de las partes y tecnológica cuando el productor combina físicamente los dos productos de manera que no se puedan separar.²¹⁷

216 MIGUEL ODRIozOLA ALÉN y BEGOÑA BARRANTES DÍAZ. «La vinculación de productos. Referencia al asunto Microsoft». Artículo dentro del trabajo *El abuso de la posición de dominio*, dirigido por Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan, Madrid, Fundación Rafael del Pino, 2006, pp. 367-368.

217 MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE. *Antitrust*. Gilbert Law Summaries, cit., p. 93.

Otros autores no hablan de dos tipos de vinculación sino de tres, la contractual y la técnica con las mismas acepciones ya mencionadas, pero también la vinculación económica o comercial, cuando «el precio de un conjunto de productos es más atractivo que el precio de cada uno de los productos por separado».²¹⁸ Sin embargo, este tipo de vinculación es muy usual y no siempre ilegítimo.

Es frecuente que las ventas atadas se escondan bajo la fachada de promociones 2x1 o en las que se regala un producto por la compra del otro;²¹⁹ la diferencia es que cuando estas promociones son legítimas y verdaderas, el consumidor no paga de más, mientras que si la oferta dice 2x1, pero se cobra el precio de ambos productos, el consumidor se está viendo perjudicado porque lo están obligando a comprar dos productos mintiéndole al decir que solo va a pagar uno. No solo se trataría de una venta atada sino también de publicidad engañosa.

Esta conducta puede revestir la forma de un abuso explotativo o exclusorio ya que puede que la venta atada se les imponga a los consumidores finales o a un competidor. Si es a un consumidor se verá afectado su excedente en la medida que lo están obligando a gastar más dinero en un segundo producto que no necesita, y su libertad de escogencia en la medida que le están quitando la posibilidad de decidir si quiere uno solo de los productos o ambos.

Si el abuso recae sobre un competidor revestirá la forma de exclusorio ya que implicará un mayor costo para el agente económico, que según su magnitud podría llegar incluso a sacarlo del mercado; de esta forma se estaría lesionando el excedente del productor y su libertad de permanencia en el mercado.

Ahora bien, el condicionamiento estaría justificado si las prestaciones atadas guardan relación con el objeto del contrato, es natural que, por ejemplo, la venta de ciertos bienes se condicione a un pacto de retroventa ello no podría considerarse restrictivo de la competencia porque estaría a todas luces justificado y el comprador no se vería afectado con ello.

Adicionalmente, puede que haya motivos de eficiencia para atar ciertos productos que guardan una relación íntima, digamos que zapatos y cordones,

²¹⁸ MIGUEL ODRIozOLA ALÉN y BEGOÑA BARRANTES DÍAZ. «La vinculación de productos. Referencia al asunto Microsoft». Artículo dentro del trabajo *El abuso de la posición de dominio*, cit., pp. 370-371.

²¹⁹ MAURICIO VELANDIA. «El ocaso del monopolio», cit., tomo II, Capítulo XVIII. *Ventas por debajo de costos, precios excesivos y ventas atadas*, Disponible en <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

sería muy difícil estructurar una argumentación según la cual el consumidor de zapatos se está viendo afectado por tener que adquirir los cordones también. (Refiérase a la página 131, nota al pie n.^o 150 sobre los principios de división del trabajo y de las economías de escala; y la n.^o 152, sobre derecho anglosajón y ofensas *per se*).

En Europa inicialmente se consideró la sanción por estas prácticas bajo una óptica más bien objetiva cercana a la regla *per se*, sin embargo, ello cambió a partir de 2004 con el caso Microsoft.²²⁰

Pasemos ahora a un ejemplo de abuso de la posición dominante por ventas atadas frente al consumidor:

Ejemplo 41
Abuso por ventas atadas o condicionadas

Tiempo	Oferta de A* en el mercado
T1	X
T2	XXX

En este caso, nuevamente A es dominante en el mercado relevante, inicialmente (T1) ofrece el producto X por unidades, al igual que sus competidores, pero posteriormente (T2) decide abusar de su posición y atar las ventas de manera que ya no ofrece el producto por unidades sino en paquetes de tres, obligando así a los consumidores a pagar tres veces más, incluso si necesitan uno solo.

En este caso la lesión se ve concretada ya que el poder de mercado de A significa que sus competidores no tienen la capacidad para atender a todos los consumidores que quisieran seguir comprando una sola unidad, así que muchos de ellos no tendrían más opción que comprarle el paquete de tres a A, viendo afectado su excedente y su libertad de escogencia.

Lo anterior implica, además, que si el mercado es elástico y no existe posición de dominio, no se ve en peligro el excedente del consumidor²²¹, por

220 MIGUEL ODROZOZA ALÉN y BEGOÑA BARRANTES DÍAZ. «La vinculación de productos. Referencia al asunto Microsoft». Artículo dentro del trabajo *El abuso de la posición de dominio*, cit., pp. 368-369.

221 MAURICIO VELANDIA. «El ocaso del monopolio», cit., tomo I, Capítulo XVIII. *Ventas por debajo de costos, precios excesivos y ventas atadas*, disponible en <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

lo que seguramente las conductas no cumplirían el elemento de antijuridicidad. Si no existiera posición de dominio, los consumidores no se verían obligados a comprar los productos atados, sino que los competidores de A podrían atender la demanda de todos los que quieran comprar una sola unidad; incluso A saldría perjudicado porque perdería clientes.

G. ABUSO POR NEGATIVA A LA COMPRA O A LA VENTA

El numeral 9 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado menciona:

«La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios».

En la doctrina, genéricamente se habla de negativa a la venta, sin embargo, según este artículo puede tratarse de negativa a la compra o la venta. Esta negativa a contratar se conoce también como boicot.

Aunque todo individuo tiene derecho a elegir con quien contrata y con quien no, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, si estamos frente a una empresa con poder de mercado, las acciones de esta siempre tendrán importantes repercusiones en el mercado, por lo que una negativa injustificada a la compra o a la venta puede traducirse en una lesión a consumidores o productores o en un aumento ilegítimo del poder de mercado a la empresa si esta, por ejemplo, busca alcanzar el monopolio.

Dado que en principio es legítimo negarse a contratar con alguien, pero según el caso puede derivar en una afectación al mercado. En el derecho Estados Unidos las Cortes se han movido entre la regla *per se* y la de la razón en casos como *United States v. General Motors Corp.* (1966), *Apex Hosiery Co. V. Leader y Toys "R" Us, Inc. V. FTC*.²²²

Adicionalmente, en casos como «*MCI Communications v. AT&T y Aspen Skiing Co. V. Aspen Highlands Skiing Corp.*», se ha considerado particularmente restrictiva la negativa a negociar cuando una empresa monopólica controla una instalación esencial para la competencia en ese mercado que los competidores no pueden replicar fácilmente y que teniendo la posibilidad de compartirla con los competidores se niegan a ello.²²³ Esta *essential facilities doctrine* “abarca las negativas de dar acceso a un “recurso esencial” o a una “instalación básica”, sin la cual un competidor potencial de la empresa

²²² MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE. *Antitrust*. Gilbert Law Summaries, cit., pp. 69-71

²²³ *Ibid.*, p. 49

dominante no puede entrar a competir con ésta en un mercado derivado del dominado».²²⁴ En Europa se ha dicho que para que la negativa a suministro se configure como abusiva deben cumplirse los siguientes requisitos: «i) que el producto o servicio en cuestión sea un recurso “indispensable” en el sentido de que no exista ninguna alternativa real o potencial al mismo; ii) que la negativa pueda excluir toda competencia de un mercado derivado; iii) que obstaculice la aparición de un producto nuevo para el que existe una demanda potencial de los consumidores, y iv) que carezca de justificación objetiva».²²⁵

En Europa se han sancionado conductas por este tipo en casos como *United Brands v. Comisión*, mientras que, en otros como *BP v. Comisión*, se ha encontrado una justificación a la negativa al suministro dadas razones de intereses comerciales y eficiencia.²²⁶

Esta conducta puede entonces afectar a los competidores de la empresa dominante si esta les niega, por ejemplo, el acceso a facilidades esenciales con el fin de excluirlos del mercado, o incluso para generarle una barrera de entrada a competidores potenciales; pero puede también que esta conducta revista la forma de un abuso vertical y afecte no a los competidores directos de la dominante sino a otro mercado, como el caso de los distribuidores, que aunque no compitan con la dominante, se mueven en un mercado que depende completamente de las acciones de esta.

Veamos el ejemplo correspondiente:

Ejemplo 42 *Abuso por negativa a la compra o a la venta*

Revendedores	A*
W	✓
X	✓
Y	✗
Z	✗

²²⁴ HELMUT BROKELMANN. «La negativa de suministro y figuras afines». Artículo dentro del trabajo *El abuso de la posición de dominio*, dirigido por Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan, Madrid, Fundación Rafael del Pino, 2006, pp. 341-342.

²²⁵ *Ibid.*, pp. 353-354.

²²⁶ *Ibid.*, pp. 342-343.

En este caso encontramos que A, es un productor con posición de dominio en el mercado relevante en el que los revendedores son W, X, Y y Z. A decide excluir del mercado a Z, para lo cual abusa de su posición de dominio al negarle la venta del producto. Con ello afectará el excedente del productor, ya que si Z no puede revender, no podrá percibir utilidades, y si A tiene posición de dominio, seguramente lesionará en gran medida a Z incluso si hay otros productores porque ellos no alcanzarán a cubrir el déficit dejado por A.

Una vez más, si A no tuviera posición de dominio o el mercado fuera elástico, Z podría buscar otro proveedor y no se vería perjudicado en lo absoluto.

Como en todo caso de abuso exclusorio, puede que el consumidor también se vea afectado indirectamente ya que tendrá menos opciones para elegir, y entre menos oferentes haya, con una demanda constante, mayor será el precio.

H. ABUSO POR INFLUENCIA PARA NO CONTRATAR

El numeral 10 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado menciona que se abusa de la posición de dominio con «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».

Empecemos por definir las conductas que describe este numeral. La Real Academia de la Lengua Española define *incitar* como «inducir con fuerza a alguien a una acción»; *persuadir* como «inducir, mover, obligar a alguien con razones a creer o hacer algo». Por otra parte, se entiende por *coacción* como «fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo».

El presente numeral no sanciona la negativa a la compra, la venta o similares, como el anterior, sino que con un carácter más preventivo sanciona la influencia que un agente con poder de mercado ejerce sobre otro que no lo tiene para que adelante tales negativas. Según la redacción de este numeral, no sería necesario que el agente influenciado efectivamente adelante la conducta, sino que basta con que aquel con poder de mercado lo haya incitado para que este último sea sancionado.

Lo anterior debe por supuesto ser leído teniendo en cuenta que de cualquier forma es necesaria la presencia de antijuridicidad puesto que si la conducta influenciada no es potencialmente lesiva para los bienes jurídicos

tutelados, lógicamente la influencia para cometerla tampoco lo será y si el sujeto activo no tiene poder de mercado tampoco podrá decirse que su influencia sobre otros es suficiente para poner en peligro al mercado, a los consumidores, a los productores o al bienestar general.

Con la consagración de este numeral se pretende frenar comportamientos lesivos, en este caso de negativa a contratar, mediante una sanción no al que comete el comportamiento, sino al que teniendo poder de mercado influye efectivamente en la comisión de este, partiendo por supuesto de que es esta posición de dominio la que le da el poder suficiente sobre el actuar de los demás para hacerlo. Sin embargo, el influenciado es una persona que medió para la ilicitud de la conducta y puede ser sancionado por consentirla y concretarla. Empero en caso de concretarse se habla ya de un cartel y no de abuso de posición de dominio.

No solo por tratarse de una conducta de abuso de poder de mercado es que se exige que el sujeto activo tenga posición de dominio, porque si quien adelanta el comportamiento no tiene poder suficiente, no podrá hablarse de peligro para los bienes jurídicos, y si el agente influenciado comete la conducta no podría alegar que actuó por coacción o temor a represalias, desbocando el comportamiento en cartel. El influenciado tiene obligación de denunciar la influencia. Si no lo hace y adelanta que están influenciando su comportamiento debe ser entendido como un cartel.

La falta de poder de coacción o de influencia sobre el actuar de otros excluye la posibilidad de sancionar en virtud de este numeral, bien sea por falta de calificación del sujeto activo o por falta de antijuridicidad.

Debe tenerse en cuenta también que este supuesto podría aparecer en concurrencia con el abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica consagrado en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en el que no se reflexionará ahora sino cuando se llegue al capítulo correspondiente.

Es importante mencionar además que un agente que se esté viendo influenciado por otro, tiene la obligación de denunciarlo a las autoridades competentes, por lo que, si adelanta la conducta restrictiva, puede llegar a ser sancionado por ella si tenía obligación de denunciar que otro lo estaba induciendo y no lo hizo. La omisión al deber de denuncia puede por supuesto encontrar también hechos que justificasen la omisión e impedirían la sanción, piénsese por ejemplo en una amenaza latente a la seguridad de un individuo. En ausencia de tales justificantes puede imponerse una sanción por omisión al deber de denuncia, pero en todo caso, este numeral se refiere a la sanción al que abusando de su poder de mercado influencia el actuar de otro.

Veamos un ejemplo de esta conducta:

Ejemplo 43

Abuso por influencia para no contratar

A*	B	C	D
Influencia a X (distribuidor) para que termine los contratos con B, C y D bajo la amenaza de dejar de contratar con él	Potencial pérdida de un distribuidor (X) que les representará un menor alcance en la comercialización y menores ingresos		

En este caso encontramos que A, productor del producto P con poder de mercado, amenaza a X, distribuidor del mismo producto, con terminarle el contrato si este a su vez no termina el contrato que tiene con B, C y D, que son otros productores de P sin poder de mercado. Es decir, A pone a X en la situación de escoger entre distribuir los productos de A que tiene poder de mercado o los de B, C y D que no lo tienen.

Lo lógico sería que, si A tiene la mayor cuota de mercado, a X le represente mayores beneficios distribuirle a él que a todos los otros juntos. Lo que para B, C y D se traduciría en la pérdida de un distribuidor que, según su tamaño puede implicar una baja importante en la comercialización del producto y los ingresos que esta conlleva; aumentando así aún más el poder de mercado de A.

Incluso, si X no llega a terminar los contratos con B, C y D, la afectación al excedente del productor y su libertad de entrada sería potencial, no habría lesión real a los bienes jurídicos tutelados, pero sí una puesta en peligro suficiente como para sancionar al agente con poder de mercado por abusar del mismo poniendo en riesgo el bienestar general.

Si A no tuviera posición de dominio, probablemente para X no sería tan grave perder su contrato con él y preferiría mantener los que tiene con B, C y D; por lo que el excedente del productor no se vería afectado y terminaría siendo A el afectado.

I. ABUSO POR IMPOSICIÓN DE CONDICIONES CONTRACTUALES

Resulta ser abuso de la posición de dominio «la fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios».

Este numeral esta aún más relacionado que el anterior con conductas de abuso de posición dominante contractual porque, a pesar de que estamos hablando de posición dominante en el mercado, este numeral nos pone inevitablemente en el escenario de dos empresas que mantienen un vínculo contractual en desarrollo del cual lógicamente será la parte fuerte de la relación la que pueda imponer condiciones a la otra, que diríamos que está en situación de dependencia económica.

Estamos hablando entonces de casos en los que una empresa con poder de mercado aprovecha que lo tiene para imponer condiciones injustificadas a sus compradores, vendedores o distribuidores, sobre la base de que estos no tendrán más opción que aceptar las condiciones contractuales para no ver gravemente afectada su posición en el mercado.

Podría decirse que este numeral contiene una cláusula general o que abarcaría otros supuestos específicos como la fijación de precios de reventa o la subordinación de prestaciones.

F. ABUSO POR SUBSIDIOS CRUZADOS

El numeral 12 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado menciona que es abuso de la posición de dominio de mercado:

«El establecimiento de subsidios cruzados, injustificados, particularmente agravado cuando estos subsidios sean de carácter regresivo».

Para entender este supuesto hay que partir de la base de que es posible que una misma empresa participe en mercados diferentes o que un mismo grupo económico participe en diferentes mercados o líneas de producción que su poder de mercado se desenvuelva de forma distinta en unos y otros supuestos ya dichos. Dicho de otra forma, puede que una empresa tenga posición de dominio en uno de los mercados en los que participa y en otro no y abuse dentro del mercado que no tiene posición de dominio. Esto es lo que se conoce como mercados conexos o mercados vecinos.

La Comisión Europea ha dicho que «la subvención cruzada significa que una empresa imputa todos o parte de los costes de sus actividades en un mercado geográfico o de producto a su actividad en otro mercado geográfico o de productos». En casos como *Deutsche Post* se han sancionado conductas en las que la empresa operaba «a pérdida en un mercado mientras financiaba

la estrategia predatoria en otro, con la finalidad de echar al competidor del primer mercado».²²⁷

Bajo tal presupuesto, puede que una empresa aproveche su posición de dominio en un mercado para obtener beneficios en otro en el que no la tiene. Es decir, subsidia un mercado con su poder de mercado de otro.²²⁸ Este supuesto se entenderá mejor con un ejemplo:

Ejemplo 44
Abuso por subsidios cruzados

Competidores	Mercado X			Mercado Y		
	A*	B	C	A	B	C
Costos	200	230	220	520	510	500
Precio	400	340	330	450	620	610

En este ejemplo se muestra que los productores A, B y C compiten en los mercados X y Y, en el primero A tiene posición dominante, pero en el segundo no. Con el fin de aumentar su poder de mercado en Y, A decide vender por debajo de costos, pero ello solo le será rentable si aprovecha su posición de dominio en el mercado X para aumentar los precios allí y así cubrir las pérdidas a las que se enfrentaría en Y.

A está lesionando el mercado Y aún sin tener poder de mercado en él, pero cumple con las prerrogativas del sujeto activo calificado de los abusos de poder de mercado al tener posición de dominio en otro mercado, con el que está subsidiando las pérdidas de aquel.

En el mercado X, A está adelantando una conducta de abuso explotativo, en la medida que injustificadamente está apropiándose del excedente del consumidor al aumentar los precios con el fin de aumentar su poder en otro mercado. Y en el mercado Y, se estaría configurando un abuso exclusorio, ya que A estaría imponiendo precios predátorios que excluirían a sus competidores del mercado, reduciendo así su presión competitiva y aumentando su poder de mercado.

227 ANTONIO CREUS. «Precios predátorios (principalmente en el sector aéreo)». Artículo dentro del trabajo *El abuso de la posición de dominio*, cit., pp. 283-284.

228 MAURICIO VELANDIA. «El ocaso del monopolio», cit., tomo I, Capítulo XIX. *Esquema de distribución, subsidio cruzado y discriminación en precio*, disponible en <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

Si A no tuviese posición de dominio en el mercado X e intentara aumentar los precios para cubrir la venta por debajo de costos en Y, terminaría por perder clientes en el mercado X, tal como se evidenció en el ejemplo de precios explotativos; y en el mercado Y se enfrentaría a pérdidas por estar vendiendo debajo de costos sin poder atender todos los nuevos clientes que ello atraería.

Ahora bien, esta práctica puede revestir otras modalidades, puede que la adelanten empresas de un mismo grupo económico, donde la que tiene posición de dominio aumenta los precios para subsidiar a la que no tiene o puede también que una empresa discrimine en precios para subsidiar con los precios altos, las pérdidas que tendría si solo cobrara los bajos.

K. ABUSO POR PRESTACIONES ATADAS

El numeral 13 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado menciona que se considera abuso de la posición de dominio:

«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 estos».

En este numeral encontramos también una consagración más amplia de lo que estudiamos frente a ventas atadas, solo que este no restringe el supuesto a la compraventa sino que abarca cualesquiera actos, acuerdos o contratos a los que se ate injustificadamente una prestación no relacionada con el objeto del contrato.

Frente a este numeral es entonces de recibo todo lo dicho en el acápite de ventas atadas, simplemente con la anotación de que podría encuadrar en el tipo cualquier otro acto, acuerdo o contrato.

L. ABUSO POR IMPEDIR ACCESO A FACILIDADES ESENCIALES

Se considera abuso de la posición de dominio «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».

En este numeral encontramos una forma de negativa injustificada a contratar que ya habíamos mencionado y en la que ahora es momento de ahondar, se trata del acceso a facilidades esenciales, doctrina que se originó en Estados Unidos y que evidentemente permeó la legislación nacional.

«Si una compañía tiene acceso exclusivo a una facilidad “esencial” para la competencia y que tiene la posibilidad de compartir, puede exigírsela a la compañía permitir el acceso a esa facilidad, bajo una base razonable y no discriminatoria –incluso a sus competidores». Sin embargo, no es sencillo llegar a la conclusión de que una facilidad es esencial, la jurisprudencia norteamericana ha dicho que solo lo será si el poder para controlarla implica el poder para eliminar la competencia.²²⁹

A partir del caso *MCI Communications v. AT&T*, se estableció que «los cuatro elementos necesarios para que se configure este tipo son: (i) control de la facilidad esencial por un monopolista; (ii) la imposibilidad práctica o razonable de los competidores para duplicar la facilidad esencial; (iii) la negativa a permitir el uso a un competidor; y (iv) la posibilidad de proporcionar la facilidad».²³⁰

Algunos han criticado la sanción a esta práctica al considerar que impide el desarrollo, en la medida que las empresas no invertirían tiempo y dinero en la construcción o desarrollo de estas facilidades si de antemano saben que las van a tener que compartir y no les será tan fácil recuperar los costos en que incurrieron para obtenerla; máxime si se tiene en cuenta que usualmente se trata de facilidades costosas y difíciles de replicar (de lo contrario ni siquiera se considerarían esenciales); perdiéndose así el incentivo para innovar.²³¹

A pesar de que en el derecho anglosajón esta práctica se ha previsto para monopolistas, la redacción de la legislación ecuatoriana permitiría que no necesariamente se trate de un monopolista, sino más bien de un agente con poder de mercado.

Adicionalmente hay que recalcar que el numeral menciona «una remuneración razonable, es decir, que si el motivo de la negativa es que no existe una remuneración razonable de por medio, esta estaría justificada, en otras palabras, la ausencia de remuneración razonable excluye la antijuridicidad de la conducta.

Podría decirse que este elemento, la exigencia de remuneración para que el agente se vea obligado a permitir el acceso, supera la crítica del freno al desarrollo ya que no se está exigiendo que el agente que incurrió en costos para construir la facilidad deba renunciar a toda expectativa de ganancia para fomentar la competencia, sino que no puede abusar de su posición para ilegítima e injustificadamente excluir a sus competidores al negarle el acceso a una facilidad esencial.

229 MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE. *Antitrust*. Gilbert Law Summaries, cit., p. 49.

230 *Ibid.*, p. 49

231 CHRISTOPHER L. SAGERS. *Antitrust*. Examples and explanations, cit., p. 198

Ahora bien, la antijuridicidad también sería excluida si la facilidad no es verdaderamente esencial debido a que, por ejemplo, solo representa una ventaja competitiva, es fácilmente duplicable por los competidores o existen alternativas a su uso. Pasemos ahora al ejemplo de este tipo de conducta:

Ejemplo 45

Abuso por impedir acceso a facilidades esenciales

A*	B	C
Propietario de la infraestructura para provisión de servicios de internet	Necesidad de permiso para uso de la infraestructura para provisión de servicios de internet	
Negativa a permitir acceso	Exclusión del mercado	

En este caso, encontramos a los proveedores del servicio de internet A, B y C, para cuya realización es indispensable el acceso a la infraestructura correspondiente de torres, cableado y demás. A tiene posición de dominio en el mercado relevante, entre otros factores, porque es dueño de buena parte de dicha infraestructura. Naturalmente esa infraestructura es difícil de replicar e indispensable para proveer el servicio de internet.

A decide abusar de su posición de dominio para excluir a sus competidores, B y C, del mercado al simplemente negarles el acceso a la infraestructura, incluso a sabiendas de que nunca habían tenido problema alguno con el canon ni las condiciones contractuales.

Si B y C no pueden acceder a la infraestructura, no podrán desarrollar su actividad y por supuesto tampoco percibir ingresos con ella, configurándose así una forma de abuso exclusorio, una indebida apropiación del excedente del productor y una lesión a su libertad de permanencia en el mercado en condiciones de igualdad.

M. ABUSO POR DESCUENTOS CONDICIONADOS

El numeral 16 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado menciona que resulta ser abuso de la posición de dominio:

«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».

En este supuesto encontramos una forma de condicionamiento diferente al de las ventas atadas, en este caso no se condiciona una prestación a la aceptación de otra, sino que se condiciona la aplicación de un descuento a la aceptación de una prestación que representa un gasto para el consumidor. Es decir, se trata de supuestos en los que la persona debe incurrir en gastos como «tarjetas de afiliación, fidelización u otro tipo de condicionamientos» para poder acceder a un descuento.

Se trata de un abuso explotativo en la medida que el agente económico con posición de dominio se apropiá del excedente del consumidor al forzarlo a gastar más bajo la promesa de un descuento. Al respecto, la doctrina ha hablado de descuentos por fidelidad y rebajas totales, estas últimas son las otorgadas a clientes que adquieren todos o casi todos los productos del mismo productor. «El efecto de los descuentos por fidelidad, por ejemplo, es tentar e inducir al minorista a no comprarle a los rivales, por lo que son similares a los contratos de exclusividad y las rebajas totales son similares en sus efectos a las ventas atadas o a la adquisición obligada de toda la línea o gama».²³²

En Europa se ha dicho además que «cualquier sistema de descuentos de fidelidad aplicado por una empresa que ocupe una posición dominante produce el efecto de obstaculizar el acceso al mercado de los competidores (...) con independencia de la cuestión de si el sistema de descuentos es discriminatorio o no».²³³

Sin embargo, los dos supuestos recién mencionados no encajan completamente con lo exigido por este numeral para que se configure la práctica restrictiva, ya que el artículo no solo habla de la fijación del descuento sino de que para acceder a él se le exija al consumidor pagar un precio, es decir, no pretende proteger el derecho a la entrada de los competidores, sino el excedente del consumidor y su libertad de escogencia. Es una proscripción de ciertos descuentos basada en un enfoque diferente.

Sin embargo, una postura que se ha adoptado también en la Unión Europea y que sí sería pertinente frente a este numeral, es que cualquier descuento puede ser restrictivo si tiene «atibos de fidelización»,²³⁴ bajo este orden de ideas si lo que se está obligando al consumidor a pagar como condición para el descuento, implica «amararlo» a la empresa en cuestión, se estaría afectando también al productor, su excedente y su libertad de entrada y permanencia, ya que se le está quitando un cliente.

232 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., pp. 580-581.

233 JAVIER RUIZ CALZADO. «Los descuentos y su problemática». Artículo dentro del trabajo *El abuso de la posición de dominio*, dirigido por Santiago Martínez Lage y Amadeo Petibó Juan, Madrid, Fundación Rafael del Pino, 2006, p. 314.

234 *Ibid.*, pp. 316-317.

Lo mismo podría aplicar, por ejemplo, frente a los descuentos por volumen, que aunque tradicionalmente se consideran legítimos y no discriminatorios, quien escribe considera, en cambio, que pueden representar una barrera de entrada al mercado y que solo contribuyen a que los grandes se hagan más grandes y los pequeños se queden pequeños; reducirle los costos a los que compran grandes cantidades de insumos y mantenerlos altos a quienes están empezando y solo pueden comprar poco, lo único que logra es contribuir a la monopolización. En todo caso, bajo esta tesis de la Comunidad Europea, los descuentos por volumen serían sancionables si conllevan un intento de fidelización.²³⁵

Teniendo en cuenta que según el efecto de fidelización que puedan tener los descuentos, condicionales o no,²³⁶ puede configurarse un abuso exclusorio; volvamos al supuesto específico de este numeral, que no es exclusorio sino explotativo, y veamos el ejemplo correspondiente:

Ejemplo 46

Abuso por descuentos condicionados, con posición de dominio en mercado relevante

A*	
Precio del producto X para quienes no son miembros del «club de beneficios de A»	300
Precio del producto X para quienes son miembros del «club de beneficios de A»	180
Membresía mensual del «club de beneficios de A»	50

En este caso, encontramos que A, productor del producto X, con posición de dominio en el mercado relevante, decide ofrecer un descuento del 40 % a quienes se afilien a un «club de beneficios», en el que supuestamente se premia la fidelidad de los clientes y se ofrecen mejores descuentos. La membresía para pertenecer a dicho club tiene un precio de cincuenta dólares mensuales y se incluye una cláusula de permanencia mínima de un año.

Lo anterior quiere decir que, si los clientes quieren acceder al descuento de 40 %, que representa 120 dólares, deben adquirir una membresía que les representará un gasto de al menos 600 dólares. Con ello se está viendo afectado el excedente del consumidor ya que de una u otra forma se le está

²³⁵ *Ibid.*, p. 317.

²³⁶ *Ibid.*, pp. 333-336.

forzando a gastar más, ya sea porque no puede acceder al descuento o porque terminó pagando una membresía que si no fuera por el descuento no querría.

Cabe aclarar también que, si además no se le informó al cliente sobre la cláusula de permanencia o no se le reconocieron los beneficios prometidos con la afiliación al club, podría dar lugar también a acciones por derecho del consumidor y publicidad engañosa.

Si A no tuviese posición de dominio, seguramente los precios de sus productos serían más cercanos a los de sus competidores, por lo que los consumidores simplemente podrían comprarlos a productores que no los fueran a aceptar productos o servicios que no quieren para acceder a un descuento.

N. ABUSO DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

El numeral 17 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado menciona que es abuso de la posición de dominio:

«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».

Se ha indicado que la propiedad intelectual es un área del derecho determinante para el desarrollo de la innovación y de nuevas tecnologías a partir de la cual se otorgan derechos monopólicos sobre determinadas creaciones. En un mercado competitivo, tener exclusividad sobre tecnologías que faciliten la producción o mejoren la calidad, entre otras, puede representar una enorme ventaja con respecto a los demás.

Cuando un agente económico tiene legítimamente exclusividad sobre el uso y explotación de obras, signos distintivos o nuevas creaciones debe obrar con cautela para que la exclusividad no se convierta en abuso. Se trata de monopolios legítimos y conferidos por el Estado, que deben ejercerse en condiciones que no falseen la competencia: «un derecho de propiedad privada como es la propiedad inmaterial puede quedar limitado en la plenitud de su disfrute a fin de preservar una competencia libre». ²³⁷ Por ejemplo, en materia de patentes se ha dicho que «el “monopolio legal” creado con la concesión de la patente se extiende solo hasta el uso o la razonable explotación de la

²³⁷ PEDRO CALLOL GARCÍA. El posible abuso de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Captura de estándares y abuso de acuerdos para el establecimiento de estándares. Artículo dentro del trabajo *El abuso de la posición de dominio*, dirigido por Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan, Madrid, Fundación Rafael del Pino, 2006, p. 391.

invención del titular de la patente. No le permite “extender” su monopolio mediante conductas anticompetitivas en el licenciamiento o distribución del producto patentado».²³⁸

El abuso de derechos de propiedad intelectual puede revestir muchas formas, puede concurrir por ejemplo con una forma de levantamiento de barreras de entrada al mercado, negativa a contratar, impedir el acceso a facilidades esenciales, límites al desarrollo y la innovación, y muchas otras de las conductas que se han visto y se estudiarán dentro de este artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Para determinar si estamos frente a un ejercicio legítimo de los derechos de propiedad intelectual debe observarse la normativa respectiva, que abarca, entre otras, las Decisiones 486, 351, 345, 391 de la Comunidad Andina de Naciones y el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación; esta última menciona expresamente la necesidad de protección a la competencia en artículos como el 85, el 96, aquellos que hablan de licencias o contratos de transferencia, el 362 que faculta al examinador para denegar un registro de derechos intelectuales con el que se consolide un acto de competencia desleal, y aquellos que regulan el uso de las marcas.

En el derecho anglosajón se han presentado cuestiones de este tipo en casos como *Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Co* y *California Computer Products Inc. v. International Business Machines Corp. (Calcomp)*.

Algunos encuentran cierta tensión o contraposición entre los derechos de propiedad intelectual que permiten exclusividad de uso y explotación, y el derecho de la competencia que pretende evitar la monopolización; sin embargo, de una u otra forma, ambas figuras propenden por un adecuado desarrollo del mercado y las tensiones entre las distintas finalidades pueden resolverse con figuras como las licencias obligatorias.²³⁹

Se ha hablado por ejemplo de la configuración de este tipo en el marco de acuerdos de estandarización, en los que la parte con posición de dominio no informa a sus competidores que tiene patentes u otros derechos exclusivos sobre elementos necesarios para alcanzar el estándar;²⁴⁰ cuando

238 MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE. *Antitrust*. Gilbert Law Summaries, cit., p. 157.

239 Ibidem.

240 PEDRO CALLOL GARCÍA. «El posible abuso de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Captura de estándares y abuso de acuerdos para el establecimiento de estándares». Artículo dentro del trabajo *El abuso de la posición de dominio*, cit., pp. 399-409.

en una licencia hay imposición de precios de reventa, restricciones al uso, restricciones territoriales o prestaciones atadas; algunos consorcios de patentes; y bloqueo de patentes, entre muchas otras.²⁴¹

Pasemos entonces al ejemplo pertinente:

Ejemplo 47

Abuso de derechos de propiedad intelectual

A*	B	C
Productores de medicamentos		
Titular del modelo de utilidad de los empaques de las pastillas	Necesidad de obtener licencia sobre el diseño del empaque de las pastillas	
Negativa a licenciar	Imposibilidad de comercializar sin tal licencia	

En este caso, encontramos que en el mercado relevante A, B y C son productores de medicamentos; A tiene posición de dominio y pensemos que además es el titular del modelo de utilidad de los empaques en los que tradicionalmente se comercializan las pastillas, es decir la tableta plástica sellada con aluminio.

Si A decide abusar de su posición de dominio y de la exclusividad que le concede la titularidad del modelo, negándose a otorgar licencias sobre el mismo, incluso ante la oferta de regalías proporcionales, estará afectando el excedente del productor ya que B y C no podrán comercializar sus productos ni obtener ingresos con ello, lo que podría llegar a excluirlos del mercado, lesionando su libertad de permanencia y aumentando el poder de A.

A pesar de que A legítimamente puede evitar que otros usen el modelo y tiene derecho a no contratar con otros si no lo desea, en este caso la negativa se traduce en una afectación al excedente del productor y al mercado en general, por lo que deviene restrictiva y sancionable a título de abuso del poder de mercado por abuso de derechos de propiedad intelectual.

Ahora bien, hay que resaltar que, si los competidores tienen otras alternativas de empaque igualmente atractivas y aceptadas por los consumidores, o no están ofreciendo una remuneración proporcionada por la licencia, se excluiría la antijuridicidad y la negativa estaría justificada.

241 MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE. *Antitrust. Gilbert Law Summaries*, cit., pp. 157-161.

O. ABUSO POR IMPLEMENTACIÓN INJUSTIFICADA DE ACCIONES LEGALES

El numeral 18 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado considera que es abuso de la posición de dominio:

«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».

Lo primero que debe decirse frente a este supuesto es que el ejercicio de acciones judiciales es un derecho de todo ciudadano consagrado en el artículo 75 de la Constitución Nacional, por lo que la aplicación de este supuesto como abuso del poder de mercado debería ser más bien restrictiva y con estricta observancia de que se haya presentado antijuridicidad en la conducta.

Este tipo contempla una forma de abuso exclusorio que, según la redacción del numeral, solo se sancionará si efectivamente se presentó el resultado. Si el agente instauró acciones legales injustificadas con el objeto de excluir a sus competidores, pero no lo logró, no podrá ser sancionado al menos bajo la tipología de este numeral. Entonces, a diferencia de la mayoría de las conductas vistas hasta el momento, esta no se sanciona por objeto o efecto, sino solo por efecto. Importa el resultado, no la intención con la que se adelantó la conducta.

Lógicamente, no habrá antijuridicidad si la acción interpuesta está justificada. El numeral incluso lo menciona expresamente. Esta forma de abuso de la posición de dominio se ha evaluado en Europa, donde la Comisión estableció que «el hecho de ejercitar una acción judicial, expresión del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, no puede calificarse de abuso, a menos que la empresa en posición dominante ejercite acciones judiciales: (i) de las que no pueda considerarse razonablemente que tengan por objeto hacer valer sus derechos y que, por tanto, solo puedan servir para hostigar a la parte contraria, y (ii) que estén concebidas en el marco de un plan cuyo fin sea suprimir la competencia». ²⁴²

Del primer requisito debe resaltarse que no se refiere a que el demandante ejercite la acción sin tener derecho a ello, sino que razonablemente lo haga para hacer valer sus derechos; es decir que si las pretensiones de la

242 LUIS VEGA-PENICHET LÓPEZ. «Ejercicio de acciones judiciales. Un posible abuso de posición dominante». Artículo dentro de la *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* n.º 202, Madrid, edita multimedia Einsa, Agosto/Septiembre 1999, p. 22

empresa demandante no fueron acogidas, o la acción instaurada fue declarada improcedente, pero la empresa razonablemente creía tener el derecho o estar legitimado para demandar, no habría lugar a la sanción por abuso de posición dominante.²⁴³ No puede simplemente sancionarse a todo agente con posición de dominio que pierda un pleito o le rechacen una demanda, sino que la instauración de la acción debe ser a todas luces injustificada y servir para hostigar a un competidor, además de concurrir con el segundo requisito.

Del segundo requisito planteado por la Comisión puede extraerse que la conducta se sanciona por objeto o por efecto, ya que se exige la intención de suprimir la competencia, mas no la efectiva materialización de tal propósito. Sin embargo, la redacción del numeral aquí estudiado es incompatible con dicha forma de aplicación, a la luz de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, solo podrá sancionarse por abuso de la posición dominante la imposición de acciones injustificadas a partir de las cuales efectivamente se restringió el acceso o permanencia de competidores en el mercado. Entonces, entre nosotros, el segundo requisito no sería el objeto sino el efecto anticompetitivo.

Ahora bien, en ordenamientos como el español, se ha contemplado la posibilidad de estructurar esta conducta a partir de la figura del abuso del derecho, dado que, como ya dijimos, el ejercicio de acciones judiciales es un derecho de todo ciudadano, y que «incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o la sociedad», con la anotación de que «la figura del abuso del derecho tiene carácter excepcional y por ello ha de aplicarse con carácter restrictivo; solo cuando sea patente y manifiesto el abuso y cuando el interesado no encuentre amparo para sus pretensiones en la ley o en el contrato».²⁴⁴

En el derecho anglosajón, por su parte, se ha dicho que constituye una práctica contraria al derecho de la competencia aquella con la que un monopolista instaura una acción judicial improcedente, a sabiendas de que lo es, con el «objetivo y efecto» de excluir a un competidor que pretende acabar con el monopolio; si, por el contrario hay «causa probable», es decir, una expectativa razonable de prosperidad de la acción no habría práctica restrictiva. Lo anterior se ha dicho en casos como *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries*.²⁴⁵

243 *Ibid.*, pp. 23-24

244 *Ibid.*, p. 25.

245 *Ibid.*, pp. 27-28.

En ordenamientos como el canadiense también se ha considerado la posibilidad de este tipo de abuso de posición dominante, pero en contraste, en el derecho inglés la jurisprudencia ha considerado que el ejercicio de acciones judiciales siempre es un derecho y por ende no puede constituir un abuso de poder de mercado.²⁴⁶

Veamos entonces un ejemplo de este tipo de conducta:

Ejemplo 48

Abuso por implementación injustificada de acciones legales

	A*	B
Costo	300	350
Precio	450	380
Comportamiento	Instauración de múltiples acciones improcedentes	Quiebra por los altos costos de concurrir a los procesos

Encontramos que el competidor con posición dominante es A, que sabe que el margen de utilidad de su competidor B es muy bajo, de manera que cualquier aumento en los costos lo podría llevar a la quiebra y excluirlo del mercado. Para sacar ventaja de tal situación A decide interponer varias acciones judiciales de distintas índoles contra B, a todas luces improcedentes pero que sabe que le representarán costos, cuanto menos, para contratar abogados. Las acciones instauradas por A representan para B unos gastos tan grandes que termina por volvérsele económicamente imposible continuar su actividad; termina quebrando y saliendo del mercado.

Claramente aquí se configura un abuso exclusorio por parte de A, que teniendo la posición de dominio instaura acciones judiciales improcedentes con el fin de obligar a su rival a incurrir en gastos que terminan por sacarlo del mercado. La conducta no solo tuvo un objeto sino también un efecto anticompetitivo exclusorio, por lo que se cumplen los requisitos del numeral y se configura una afectación real al excedente del productor y su libertad de permanencia en el mercado.

Si A no tuviera posición de dominio, seguramente estaría en condiciones más cercanas con B y no le sería tan fácil llevárselo a situación de pérdidas al hacerlo incurrir en costos legales y judiciales.

246 *Ibid.*, p. 28.

P. ABUSO POR INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD O NO COMPETENCIA INJUSTIFICADAS

El numeral 19 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, menciona:

«Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados».

La Real Academia de la Lengua Española define *establecer* como «fundar, instituir», *imponer* como «poner una carga, una obligación u otra cosa», y *sugerir* como «proponer o aconsejar algo». Teniendo en cuenta las definiciones de estos verbos encontramos que los dos primeros, es decir *establecer* o *imponer* se refieren a que es el agente con poder de mercado el que las fija, es decir, que los destinatarios serían agentes que tengan una relación contractual directa con el agente dominante. Mientras que el tercer verbo, *sugerir*, implicaría que el dominante influye sobre la decisión de otro para que sea este quien la fije, es decir, que podrían presentarse en contratos en los que el agente con poder de mercado no es parte, pero sí influenció la conducta de alguien que lo es.

Las cláusulas de exclusividad, sobre todo entre productores y distribuidores, pueden estar restringidas territorialmente o según el producto; con ellas se logra disminuir, si no evitar, la competencia efectiva, ya que se está privando a los agentes de contratar con cualquier empresa diferente a la dominante, facilitándole así el aumento de precios que afectará el excedente del consumidor.²⁴⁷ Se ven afectados entonces tanto el consumidor que tendrá que pagar más caro, como el distribuidor que no puede contratar con otros, y los productores a los que nadie les quiere distribuir porque tienen exclusividad con la dominante.

Con la imposición de estas cláusulas podrían configurarse otras conductas anticompetitivas, ya vistas, ya que podrían representar una barrera a la entrada, una restricción al desarrollo, un impedimento para el acceso a facilidades esenciales o ir de la mano con una subordinación de prestaciones, entre otras.

En Estados Unidos se han presentado sanciones por imposición de cláusulas de exclusividad en relaciones verticales en casos como *Houston v. Standard Fashions*, donde la determinación del poder de mercado de la empresa fue determinante para considerar la práctica como restrictiva; y usando el mismo criterio se determinó que no había lugar a imponer sanción en el caso *Tampa Electric v. Nashville Coal*.²⁴⁸

247 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., pp. 403-404.

Entonces, en el ordenamiento anglosajón las cláusulas de exclusividad se han tratado mediante la regla de la razón bajo el argumento de que, en principio, todo agente tiene derecho a decidir con quien contrata y con quien no, sin embargo, si la empresa tiene poder de mercado, tal precepto se ve bastante restringido, según la afectación que ello represente para el mercado, aunque pueden estar justificadas, la presencia de poder de mercado hace mucho más difícil constatar su legitimidad.²⁴⁹

Ahora bien, en cuanto a las cláusulas de no competencia, usualmente se han definido como aquellas que «expresan que una persona se obliga a no competir con otra, es decir a no vender o producir ciertas mercancías o prestar determinados servicios, durante un cierto tiempo, en un territorio delimitado, (...) las cláusulas de no competencia excluyen completamente el ejercicio de una determinada actividad comercial, industrial o profesional, mientras que los pactos de exclusiva no la excluyen sino que solo la limitan a ser ejercida exclusivamente respecto de una persona determinada». ²⁵⁰

Tribunales mexicanos y estadounidenses las han considerado legítimas en supuestos como la terminación de contratos laborales, cuando un socio va a retirarse de la empresa y similares; sin embargo, y a pesar de no estar expresamente consagradas como una forma de práctica restrictiva en esos países, pueden falsear injustificadamente la competencia si, por ejemplo, son excesivas para proteger los intereses de quien la fija, o no están delimitadas temporal, espacialmente y según la actividad.²⁵¹

Por su parte, en la Unión Europea se ha sancionado la imposición de estas cláusulas por resultar anticompetitivas en casos como *Reuter v. BASF*, donde se puntualizó que el análisis sobre la legitimidad o no de esas cláusulas debe estudiarse según el caso concreto. Sin embargo, a partir del caso *Nutricia v. Remia* se fijaron parámetros para determinar la proporcionalidad o no de las cláusulas, como «que cuando la transferencia de un negocio implica la de clientela y know-how, un periodo de cinco años es, por lo general, suficiente, y cuando sólo implica la transferencia de clientela, bastan dos años». ²⁵²

248 GERMÁN COLOMA. *Defensa de la competencia*, cit., pp. 204-205.

249 MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE. *Antitrust*. Gilbert Law Summaries, cit., p. 5 & 90-91.

250 JORGE ADAME GODDARD. «¿Deben ser válidas las cláusulas de no competencia en el Derecho mexicano?», *Boletín mexicano de Derecho comparado* n.º 102. Universidad Nacional Autónoma de México. [En línea] Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3689/4516>.

251 *Ibid.*

252 *Ibid.*

En Europa, entonces, estas cláusulas se han considerado como «restrictiones accesorias»; en el último caso citado «el TJUE reconoció que una cláusula de no competencia puede ser una parte esencial de la compra de una empresa, toda vez que un comprador podría no estar dispuesto a comprar una empresa o negocio sin tener certeza de que el vendedor no competirá una vez la operación se realice. Sin embargo, limitó estas cláusulas a la restricción que sea apenas necesaria para hacer viable la transacción».²⁵³

Lo dicho anteriormente sería de recibo en el ordenamiento ecuatoriano dada la redacción de este numeral, que precisa que para ser restrictivas las cláusulas deben ser injustificadas, con lo que una vez más aparece la antijuridicidad con un papel protagónico exigiendo una lesión real o potencial a productores o consumidores para la imposición de la sanción. Para determinar la restrictividad o no de cláusulas de no competencia deben ponderarse la protección de los intereses de quien se ve favorecido por ellas, y la afectación a los bienes jurídicos tutelados por las normas de competencia.

Ya que la protección de los intereses, por ejemplo, de un franquiciante, es legítima, lo que debe observarse es que la cláusula sea proporcionada en relación con ellos, de lo contrario la restricción a la competencia será injustificada y sancionable. Tal estudio debería hacerlo la Superintendencia de Control del Poder de Mercado al evaluar las operaciones de concentración económica que las incluyan. Al respecto consideramos que si la Superintendencia hace un estudio completo de la afectación al mercado, que puede derivar de la operación de concentración, debería estudiar con detenimiento estas cláusulas, y autorizarlas o condicionarlas expresamente, de lo contrario, no serían legítimas.

En conclusión, las cláusulas de exclusividad, de no competencia, y similares, son en principio legítimas, ya que su fin puede ser la protección de los intereses económicos de las partes de un contrato, de manera que para que sean sancionadas como práctica restrictiva de la competencia debe configurarse sin duda alguna el elemento de la antijuridicidad. Si la cláusula es justificada o no lesiona las libertades de entrada o escogencia ni los excedentes de consumidores y productores, por ejemplo, porque oferta y demanda son bastante elásticas, o porque el agente que las fijó o sugirió no tiene poder de mercado, no habrá lugar a declarar la responsabilidad.

Veamos ahora un ejemplo de este supuesto:

253 CARLOS IGNACIO ARBOLEDA SUÁREZ. «El régimen de las cláusulas de no competencia», Bogotá, *Revista de Derecho de la Competencia* de la Pontificia Universidad Javeriana. Vol. 12 n.º 12 enero-diciembre 2016, p. 164.

Ejemplo 49

Abuso por inclusión de cláusulas de exclusividad

	A*	B	C	D
W	Exclusividad	Imposibilidad de distribuir. Posible exclusión del mercado de los productores		
X	Exclusividad			
Y	Exclusividad			
Z	Distribución no exclusiva	Único distribuidor insuficiente para comercializar.		

En este caso A, B, C y D son productores en un mercado relevante donde A tiene posición de dominio, y W, X, Y y Z son distribuidores. A decide abusar de su posición de dominio imponiendo cláusulas de exclusividad a tres de los cuatro distribuidores. Con ello se están viendo afectados B, C y D porque solo les quedará un distribuidor que seguramente no tendrá suficiente capacidad, la reducción en la comercialización de sus productos podría llegar incluso a excluirlos del mercado. También se ven afectados los consumidores, ya que, al haber menor competencia, por la falta de los productos de B, C y D, seguramente A podrá aumentar aún más los precios.

Si A no tuviese poder de mercado, seguramente W, X y Y preferirían terminar los contratos con A antes que aceptar la exclusividad porque estarían perdiendo a tres de los cuatro productores, que, al estar en condiciones más parejas, representarían una baja importante en los ingresos de los distribuidores.

Q. ABUSO POR FIJACIÓN DE PRECIOS DE REVENTA

El numeral 20 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado menciona:

«La fijación injustificada de precios de reventa».

En este numeral encontramos otra forma de abuso vertical, según el cual el agente con posición de dominio impone los precios de reventa de sus productos. Naturalmente, los fabricantes pueden decidir a qué precio venden sus productos, pero una vez se celebra el negocio jurídico el comprador se convierte en propietario de la cosa y por lo tanto es el único que puede decidir qué hace con la cosa, incluyendo la decisión de si la revende o no y a qué precio.

Tal pérdida del derecho de disponer sobre la cosa vendida se conoce como agotamiento del derecho o agotamiento de marca, tema que, aunque se ha tratado ampliamente en materia de propiedad intelectual, es considerado por algunos «no como una limitación al ejercicio de un derecho de propiedad intelectual sino como una medida indispensable para el logro de un mercado de libre comercio que tiene como condición necesaria la libre circulación de mercancías».²⁵⁴

«El agotamiento del derecho de propiedad intelectual significa que el derecho exclusivo del que goza un titular de un derecho de propiedad intelectual termina en el momento en que él introduce (o permite introducir) en el comercio productos o bienes que están protegidos por dicho derecho. Con la primera comercialización el derecho de propiedad intelectual “se agota” de manera tal que los productos introducidos en el mercado podrán ser objeto de posteriores actos de comercialización sobre los cuales el titular original no podrá ejercer ningún control».²⁵⁵

Extrapolando lo anterior al tema de derecho de la competencia, tendríamos que el derecho de un fabricante de fijar los precios de sus productos se agota cuando lo pone en el comercio. Con ello se busca que los precios de los productos estén dados por las condiciones del mercado y no por decisiones arbitrarias de agentes económicos que solo pretenden aumentar sus ganancias. Se pretende proteger al consumidor de precios muy altos y al revendedor de precios muy bajos, para proteger ambos excedentes.

El problema de la doble marginalización se refiere a que si una empresa distribuye sus productos a través de un minorista, «ambas empresas desean maximizar su beneficio», por lo que el fabricante primero establecerá cuáles son sus costos y fijará un margen de utilidades sobre ellos para venderle al minorista, es decir, en el precio que el fabricante le da al minorista ya incluyó su margen de ganancia; y posteriormente, el minorista observará sus costos (que en principio serán el precio al que le compra al fabricante) y establecerá un margen por encima de ellos para percibir utilidades también. El consumidor termina pagando un doble margen de utilidad porque tanto fabricante como revendedor imponen el suyo.²⁵⁶ Entonces, de por sí lo usual es que cuando hay reventa los consumidores terminen pagando un doble margen de utilidad, y si los precios son fijados arbitrariamente por un agente con posición de dominio, puede que tal margen aumente injustificadamente.

254 JUAN DAVID CASTRO GARCÍA. «El agotamiento de los derechos de propiedad intelectual», Bogotá, Universidad Externado de Colombia, *Revista La propiedad Inmaterial*, n.º 13, 2009, p. 254.

255 *Ibid.*, p. 256.

256 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., pp. 366-368.

Por otro lado, según la redacción del numeral, la fijación de un precio de reventa justificado sería legítima y no daría lugar a responsabilidad; lo que lleva a la pregunta de qué hace que un precio esté justificado, la respuesta por supuesto no es sencilla, pero primeramente podríamos decir que razones de eficiencia, para lo cual deben observarse múltiples factores económicos y en particular, que no haya afectación alguna al excedente del consumidor o del productor. Una vez más la lesión real o potencial a los bienes jurídicos tutelados es factor determinante para declarar la responsabilidad. (Refiérase a la nota al pie n.^o 165, pág. 144 sobre la fijación de precios de reventa bajo la regla *per se*).

En Europa, la fijación de precios mínimos suele sancionarse y la de máximos no, por considerarlos económicamente justificados y beneficiar a los consumidores; sin embargo, se ha hecho la salvedad de que tal efecto beneficioso no es absoluto, ya que, si todos los revendedores empiezan a cobrar ese precio máximo, en realidad su efecto será como de fijación de precio fijo, lo cual sí perjudica a los consumidores.²⁵⁷

En este mismo ordenamiento se ha dicho también que la fijación es sancionable cuando haya sido directa o indirecta, esta última se logra, por ejemplo, mediante la fijación del nivel máximo de descuento que puede dar el distribuidor o la fijación del margen de utilidad que puede percibir. Con estas conductas no se le dice específicamente al revendedor cuál será el precio, pero los estándares fijados sí influyen sobre el precio.²⁵⁸

Veamos el ejemplo correspondiente:

*Ejemplo 50
Abuso explotativo*

Tiempo	Revendedores	Productor con posición dominante
		A*
T1	X	270
	Y	250
	Z	260
T2	X	378
	Y	350
	Z	364

257 SERGIO BACHES OPI. «Distribución y Derecho de la competencia. El reglamento de la Unión Europea sobre Restricciones Verticales». Madrid, Colección Economía y Derecho, Marcial Pons, 2014, pp. 246-252.

258 *Ibid.*, 239-246.

En este caso A es el productor con posición dominante y X, Y y Z son los revendedores. Aunque en un primer momento (T1) los revendedores fijaban sus precios autónomamente, posteriormente (T2) A decide abusar de su posición de dominio con el fin de aumentar su margen de utilidad y les impone a los revendedores un aumento del 40 % en el precio de reventa que usualmente manejaban.

Se habrá configurado entonces un abuso explotativo, ya que A, el agente con posición de dominio, está forzando a los clientes a pagar un 40 % más que antes, en detrimento de su excedente, con el propósito de aumentar sus ganancias y su poder de mercado.

Si A no tuviese poder de mercado, no le convendría aumentar el precio de reventa de sus productos porque habría otros productores compitiendo a los que los consumidores recurrirían para evitar el aumento de los precios de A, en lugar de beneficiarse, este terminaría perdiendo clientes por el aumento en el precio.

R. ABUSO POR SUBORDINAR COMPRA O VENTA A NO CONTRATACIÓN CON TERCEROS

El numeral 21 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado menciona:

«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...».

Consideramos que este numeral recoge de forma general conductas de negativa a la compra o venta, influencia para no contratar, imposición de condiciones contractuales, o prestaciones atadas; consagradas en los numerales 9, 10, 11 13 y 15 respectivamente de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, motivo por el cual no se repetirán las consideraciones, los ejemplos y las matrices hechas frente a tales conductas, sino que al respecto se remitirá a los acápite correspondientes.

Bastaría por ahora con mencionar que según este numeral lo que se condiciona es la compra o la venta y se condicionan a evitar relaciones con un producto o servicio de un tercero, ya sea que este lo produzca, procese, distribuya o comercialice. Es decir, el agente con poder de mercado decide no comprarle o venderle a alguien si usa, compra, vende o abastece productos o servicios del tercero.

S. ABUSO POR EXCLUSIÓN DE COMPETIDORES

El numeral 22 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado menciona:

«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».

La redacción de este numeral guarda identidad con la del numeral 20 del artículo 11 que habla de carteles, de manera que al igual que en aquel supuesto, consideramos que más allá de la proscripción general de abusos exclusorios, de los que tanto se ha hablado, este en realidad lo que contiene es una justificación para la exclusión de agentes por motivos de eficiencia.

Cuando hablamos de eficiencia en el capítulo de antijuridicidad, dijimos que hay eficiencia cuando «no resulta posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguna otra»,²⁵⁹ en otras palabras, cuando el beneficio de todos los agentes es lo máximo posible; así que, en últimas, esta es la que conlleva a la maximización de excedentes de productor y consumidor; cuando un productor es eficiente buscará reducir sus costos y aumentar su productividad, lo que no solo se traducirá en un mayor margen de utilidad, sino también en un mejor precio que beneficiará al consumidor, que a su vez, cuando es eficiente buscará maximizar sus ingresos, que le alcance para más con menos, con lo que adquirirá más productos, beneficiando con ello a los productores también.

Aquí se evidencia entonces la relación de este concepto con el de antijuridicidad y los bienes jurídicos tutelados, si se consigue eficiencia es porque no se están afectando los bienes jurídicos tutelados. La eficiencia no solo es uno de los fines de las normas de competencia sino también una responsabilidad de las empresas.

Aunque se ha mencionado que un mayor número de empresas y la proscripción del monopolio en principio son beneficiosas, puede que la naturaleza del bien o servicio, o las características que deben tener sus oferentes impliquen que sea mejor que solo unas pocas empresas o incluso que una sola participe en el mercado. Es preferible que haya unas pocas empresas eficientes y no muchas poco eficientes.

Si las empresas son eficientes, aunque sean pocas, los precios tenderán a ser justos y ni consumidores ni productores se verán afectados, por lo que impedir la entrada de una empresa ineficiente puede incluso ser mejor;

259 GERMÁN COLOMA. Defensa de la competencia, cit., p. 29.

mencionamos que ello se evidencia también, por ejemplo, en la justificación que tiene el Estado para levantar ciertas barreras de entrada legales frente a mercados sensibles, y como se verá en su momento, también es un motivo para permitir operaciones de concentración económica.

Con esto se reafirma entonces que ni las conductas de abuso de poder de mercado, ni ninguna otra práctica restrictiva pueden ser sancionadas *per se* en el ordenamiento jurídico nacional; razones como la eficiencia excluyen la posibilidad de sancionar prácticas restrictivas aun cuando se ajusten expresamente a la descripción del tipo. Reiteramos que, en el ordenamiento ecuatoriano, a diferencia de otros que han decidido copiar el sistema anglosajón, ninguna práctica restrictiva de la competencia es absoluta, ninguna incluye una presunción de derecho que no admita prueba en contrario. Siempre es posible exonerarse de responsabilidad probando la ausencia de alguno de sus elementos.

T. ABUSO POR IMPOSICIÓN DE CONDICIONES INJUSTIFICADAS

El numeral 23 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado menciona:

«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».

Este numeral podría ser una reiteración de imposición de condiciones contractuales o de prestaciones subordinadas, por lo que no se elaborará ejemplo ni matriz de responsabilidad, sin embargo, se hará algunas menciones a los elementos que menciona expresamente, es decir, los plazos y la devolución de productos.

Para empezar, el *plazo* o *término* se define como «un acontecimiento futuro del que depende ora la exigibilidad, ora la vigencia del derecho»,²⁶⁰ y según el artículo 1510 del Código Civil Ecuatoriano, «el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y puede ser expreso o tácito. Es tácito el indispensable para cumplirla».

260 FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico*. Vol. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 663.

Ahora bien, la determinación de si el plazo es excesivo o no, dependerá del caso concreto, para lo cual se observará la afectación real o potencial a los intereses de la contraparte del agente dominante. Lo anterior va de la mano además con la consideración de que, sobre todo en materia de consumo, las cláusulas se interpretan en contra de quien las redactó, que es un profesional comerciante, y a favor del consumidor;²⁶¹ y que además los proveedores tienen prohibido «dejar de fijar plazo para el cumplimiento de sus obligaciones, o dejarlo a su único criterio», de conformidad con el numeral 7 del artículo 55 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Por su parte, el derecho de devolución aparece definido en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor como la «Facultad del consumidor para devolver o cambiar un bien o servicio, en los plazos previstos en esta ley, cuando no se encuentra satisfecho o no cumple sus expectativas, siempre que la venta del bien o servicio no haya sido hecha directamente, sino por correo, catálogo, teléfono, internet, u otros medios similares».

El artículo 45 de la misma ley también lo consagra al establecer que «el consumidor que adquiera bienes o servicios por teléfono, catálogo, televisión, internet o a domicilio, gozará del derecho de devolución, el mismo que deberá ser ejercido dentro de los tres días posteriores a la recepción del bien o servicio, siempre y cuando lo permita su naturaleza y el estado del bien sea el mismo en el que lo recibió. En el caso de servicios, el derecho de devolución se ejercerá mediante la cesación inmediata del contrato de provisión del servicio».

Según estas definiciones, se vulneraría el derecho de devolución cuando no se permita incluso si no se cumplió las expectativas del consumidor y la compra fue hecha por medios no tradicionales. Al respecto, y para determinar si las condiciones de devolución fueron injustificadas y restrictivas, deberán observarse las condiciones del bien o servicio, del medio de compra y de los usos comerciales; nuevamente se observará el caso concreto y lo importante será que se haya configurado una verdadera afectación a los bienes jurídicos tutelados.

En la última parte de este numeral que menciona «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» sí encontramos la típica definición de ventas o prestaciones atadas, a la que ya nos habíamos referido, entendiéndola como la subordinación de contratos o prestaciones a otras que no tienen relación alguna con el objeto del contrato y que representan algún detrimiento para el agente.

²⁶¹ *Ibid.*, pp. 195-197.

Finalmente, se hace necesario citar los últimos incisos del artículo 9, según los cuales:

«La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará también en los casos en los que el poder de mercado de uno o varios operadores económicos haya sido establecido por disposición legal.

No será admitida como defensa o eximente de responsabilidad de conductas contrarias a esta Ley la valoración del acto jurídico que pueda contenerlas».

Para hablar del primer inciso se debe partir de la base de que, para declarar la responsabilidad de un agente económico por cualquiera de las conductas descritas en este artículo, debe probarse tanto la posición de dominio como el abuso de esta; sin embargo, hay casos en los que previamente existe una disposición, por ejemplo, una Resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la que se determinó que cierta empresa ostenta posición de dominio.

En esos casos, en un eventual proceso por abuso de poder de mercado de la empresa en cuestión, solo deberá probarse el abuso, ya que en cuanto a la posición de dominio se parte de una presunción legal de la resolución de la Superintendencia que la declaró. Por supuesto, ello no significa en lo absoluto que para que una empresa tenga poder de mercado deba haber una disposición legal que lo contemple.

Finalmente, el artículo contempla también que la validez de los contratos en que se manifiesten las conductas restrictivas no será admisible como excluyente de responsabilidad. Como se ha dicho a lo largo de todo este libro, la responsabilidad se excluirá solo desvirtuando los elementos que la contienen, que, si se trata de responsabilidad administrativa sancionatoria, serán *tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*.

U. ABUSOS EXCLUSORIOS

Se considera abuso de poder de mercado «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».

Este supuesto contiene una prohibición general de abuso. No describe un comportamiento sino que contiene una consecuencia de mercado que en el fondo cuida inicialmente el excedente del productor.

Se dice que una conducta exclusoria es sinónimo de expulsión. «La prohibición de conductas excluyentes encaja mucho más limpiamente con

el sentido genérico de la prohibición de abuso: se trata de “mantener los mercados abiertos a la competencia” (...) Las conductas excluyentes son aquellas –en el lenguaje norteamericano- que contribuyen a que el dominante mantenga, refuerce o prolongue su posición monopolística».²⁶²

Para determinar si un abuso de posición de dominio es exclusorio, la doctrina habla de tres tipos de prueba, el del sacrificio, el de la expulsión del competidor igualmente eficiente, y el de daños a los consumidores.

Con el primero se dice que son excluyentes las conductas mediante las cuales el agente con posición de dominio se sacrifica dejando de recibir un beneficio inmediato a cambio de recibir uno futuro pero mayor, que solo se obtendrá si se logra excluir a la competencia.²⁶³

El de exclusión del competidor igualmente eficiente se refiere a que habrá abuso cuando las conductas sean idóneas para sacar del mercado a un agente tan eficiente como aquel dominante que está adelantando la conducta, por ejemplo, elevando los costos de los rivales mediante cláusulas de exclusividad o cerrando el mercado.²⁶⁴

Finalmente, la prueba de daño a los consumidores observa la afectación a estos, aunque en realidad podría entenderse como la contrapartida del criterio de exclusión a un competidor igualmente eficiente, porque las conductas que saquen a agentes del mercado implicarán también una lesión a la libertad de escogencia de los consumidores.²⁶⁵

En este numeral básicamente encontramos una cláusula general de proscripción de abusos exclusorios, donde por un comportamiento ilegítimo se expulsa a un competidor del mercado o se impide su ingreso.

La eficiencia aparece nuevamente como una justificación para adquirir la posición de dominio. Si la razón por la que un agente alcanzó posición de dominio es porque fue más eficiente que las demás, o algunos agentes se están viendo excluidos es por inefficientes, no se configurará abuso alguno. Al respecto vale la pena aclarar que, para algunos se ha dicho que el abuso de la posición de dominio no admite defenderse argumentando razones de eficiencia;²⁶⁶ sin embargo, consideramos que, si no hubo lesión

262 JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL. «Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio». Artículo dentro del trabajo *El abuso de la posición de dominio*, dirigido por Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan, Madrid, Fundación Rafael del Pino, 2006, p. 216.

263 *Ibid.*, pp. 218-219.

264 *Ibid.*, pp. 218-220.

265 *Ibid.*, pp. 218-221.

266 INMACULADA GUTIÉRREZ y JORGE PADILLA. «Una racionalización económica del concepto de posición de dominio». Artículo dentro del trabajo *El abuso de la posición de dominio*, cit., p. 18.

a un bien jurídico tutelado, bajo la tradición romano-germánica, no habrá antijuridicidad y, por lo tanto, tampoco responsabilidad a la luz del artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Por ejemplo, en un caso donde se presente publicidad engañosa, lo que puede ocurrir es que un mercado que tiene un empresario el cual emite una pauta publicitaria la cual contiene una falsedad acerca de un producto, lo cual lleva a que el consumidor en gran porcentaje quede convencido que dicho bien cuenta con las características mencionadas en la pauta de publicidad, en este caso la totalidad de la demanda puede presentar una desviación hacia ese empresario deshonesto, lo que tendría una consecuencia en los demás competidores tanto directos como no directos, teniendo como resultado la exclusión del mercado si dicho comportamiento no es atacado rápidamente y se convierte en permanente, afectando así el excedente del productor, en la medida que tenga posición dominante.

V. ABUSOS EXPLOTATIVOS

El numeral 2 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado menciona:

«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».

Nuevamente se trata de una cláusula general que abarca muchas formas de abuso de posición de dominio, individual o colectiva. Esta vez cuida que no se presenten abusos explotativos que defrauden inicialmente el excedente del consumidor.

Cuando un agente decide aprovechar que el mercado depende de él puede adelantar conductas con las que se vean perjudicados los consumidores al no tener otra opción más que soportar lo que el agente decida aprovechar extrayendo ese excedente falseando la competencia, haciendo que, por ejemplo, pague más aprovechando que no tiene alternativa.

En un caso de publicidad engañosa, en donde el consumidor mediante engaños gasta pensando que hay una satisfacción a una necesidad, se debe encadenar la falsedad con el valor que se está pagando, un encadenamiento entre la falsa afirmación de la publicidad y lo que está pagando el consumidor. Es decir, la elección y el precio que este paga, es debido a la falsa afirmación. Con este hecho lo que se ve afectado es el excedente del consumidor que deviene de la publicidad, cuando este ostente posición dominante.

CAPÍTULO SEXTO

ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE CONTRACTUAL

Habiendo visto y explicado los supuestos de abuso del poder de mercado, se hace necesario evaluar otra forma de posición dominante, que como ya habíamos anticipado, no es en relación con un mercado y la forma en que este se desenvuelve, sino con la contraparte contractual dentro de un negocio jurídico. Este supuesto puede estructurarse a partir del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, motivo por el cual se empezará a analizar.

«Art. 10. Abuso de Poder de Mercado en Situación de Dependencia Económica. Se prohíbe la explotación, por uno o varios operadores económicos, de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus clientes o proveedores, que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares».

De este primer inciso debe decirse que, aunque se le da el nombre de «Abuso de Poder de Mercado en Situación de Dependencia Económica», el contenido del artículo permite evidenciar que en realidad no debe observarse la posición del agente con relación al mercado sino con relación a su contraparte; si esta última está en situación de dependencia con respecto al agente se entenderá que puede ser víctima de este supuesto. Al respecto, es importante ver este supuesto dentro de la ley de competencia desleal de España, el cual lo trata de igual manera, dándole la connotación de libre competencia, pero también de leal competencia.

Entonces, a pesar de que este artículo está contemplado como si fuese otra forma de abuso de poder de mercado, en realidad su objetivo principal no es cuidar el mercado y el bienestar general como las conductas vistas hasta ahora, sino que el bien jurídico tutelado es en este caso más bien la propiedad privada y el bienestar de un individuo en particular que está contratando con un agente que se aprovecha de la situación de dependencia económica dentro de un negocio jurídico.

El hecho de que el bien jurídico tutelado no sea el mercado sino la propiedad privada, quiere decir que esta conducta se asemeja más a una forma de competencia desleal que a una práctica restrictiva de la competencia.

Como habíamos adelantado, los actos de competencia desleal y las prácticas restrictivas de la competencia son los dos grandes grupos en los que se divide contemporáneamente el derecho de la competencia y se diferencian en que los primeros cuidan a los individuos que compiten para que su propiedad privada no se vea afectada por el actuar desleal de otro agente económico, mientras que las segundas protegen el interés común y el adecuado desarrollo de los mercados.

Según esta clasificación vemos que, efectivamente, aunque el abuso de posición dominante contractual aparece inmerso dentro de las prácticas restrictivas de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se configura más bien como un acto de competencia desleal. Sin embargo, como habíamos anticipado, en los últimos años en el mundo ha habido una tendencia a considerar que actos de competencia desleal pueden devendir como actos restrictivos si alcanzan tal magnitud que afectan, no solo la propiedad privada de un individuo, sino el mercado y el bienestar general.

Tal postura no es pacíficamente aceptada en la doctrina, ya que algunos argumentan que este supuesto no debería estar dentro de los actos de competencia desleal, sino dentro de las prácticas restrictivas de la competencia, debido a que la consideran más cercana a un abuso de posición dominante. Ordenamientos como el alemán lo contemplan dentro de la Ley Contra las Prácticas Restrictivas de la Competencia, mientras que otros, como el español, sí lo contemplan dentro de la Ley de Competencia Desleal.²⁶⁷

En tales casos, es decir, cuando se configura un acto desleal restrictivo, habría una doble afectación a bienes jurídicos tutelados. Por un lado, la conducta lesionaría o pondría en peligro las libertades de un individuo y su propiedad privada y por otro, la magnitud de la afectación sería tal que además se verían lesionados o puestos en peligro, el mercado y el bienestar general, que cobija tanto a productores como consumidores. Al estudiar actos de competencia desleal restrictivos estamos entonces frente a comportamientos unilaterales que aún sin que el sujeto activo tenga posición de dominio, llegan a afectar el mercado.

La posibilidad de esa doble afectación a bienes jurídicos tutelados se encuentra recogida en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que por su claridad vale la pena citar textualmente:

267 MARTA ZABAleta DÍAZ. *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, cit., pp. 28-30.

«Art. 26. Prohibición. Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando **impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.** (Negritas fuera del texto original).

Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia».

Aquí encontramos entonces, una clara referencia a lo que se ha dicho sobre la antijuridicidad, esto es, para que con un abuso de posición dominante contractual (o cualquier otro acto desleal) se configure una práctica restrictiva de la competencia, deben haberse visto lesionados o puestos en peligro los bienes jurídicos tutelados por estas normas, es decir «la competencia, la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios».

Por la naturaleza del supuesto, dado que recae sobre competidores, diremos que aún si llega a afectar el mercado, el bien jurídico tutelado directamente sería la libertad de empresa, el bienestar del productor, su excedente y su libertad de concurrencia. En otras palabras, una conducta de abuso de posición dominante contractual, o cualquier otra forma de competencia desleal que tenga la magnitud suficiente para afectar el mercado, lesionará tanto la propiedad privada del agente en situación de dependencia económica, como la libertad de empresa y el excedente del productor en un mercado relevante. Por supuesto, también puede llegar a haber una afectación mediata al consumidor y su excedente.

De todas las consideraciones anteriores concluimos que, independientemente de la denominación que se le haya dado, este supuesto a lo que se refiere es a un abuso de posición dominante contractual, cuyo bien jurídico tutelado es la propiedad privada, pero que puede alcanzar también la magnitud suficiente para lesionar el mercado, caso en el cual habría una doble afectación a bienes jurídicos tutelados y estaríamos frente a un acto desleal restrictivo, es decir, una conducta sancionable tanto por ser desleal como restrictiva de la competencia, de conformidad con el artículo 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Sin embargo, se debe mencionar que la tendencia actual del derecho antitrust no solo es proteger la eficiencia económica, sino que también se intenta proteger con su aplicación la entrada y permanencia de las pequeñas empresas que tienen cada vez más difícil su participación en el mercado dado que las grandes empresas ya tienen muy consolidada su posición y sus ventajas. Así, bajo normas como la mencionada, a pesar de que protegen principalmente la propiedad privada, se pretende que la libre competencia tenga mayores protecciones y cuidados. En lo personal, nos quedamos con esta tesis y es que el derecho antitrust no solo cuida la eficiencia, sino que también debe buscar que las empresas pequeñas no estén llenas de trabas como consecuencia de posiciones muy consolidadas de algunas empresas que ya cuentan con poder de mercado. Esta tendencia está consolidada en Europa y se abre paso en EUA tras el poder de las grandes empresas de tecnología, y se le pretende dar otra visión al derecho antitrust.

Ya teniendo clara la doble naturaleza que puede revestir este supuesto, adentrémonos más en sus elementos:

Para hablar de este supuesto debemos partir de que, en ciertas relaciones negociales, como en los contratos de adhesión, aunque no exclusivamente, existe una asimetría entre las partes. Una de ellas es fuerte y la otra débil debido a cualquier clase de elementos que impliquen una desigualdad entre las partes y el poder negocial con el que cuentan. Se trata de «una mayor fuerza en uno de los extremos contractuales».²⁶⁸

Tal desigualdad no resulta por sí sola reprochable, ya que la existencia de agentes fuertes y débiles es una realidad económica que el derecho no puede desconocer, mal haría una legislación en asumir que todos los individuos que negocian a diario tienen exactamente las mismas prerrogativas y están al mismo nivel de forma que ninguno sea más fuerte que otro. Es inevitable que se presenten contratos en los que una parte sea fuerte y la otra débil.

Ahora bien, para saber si estamos frente a uno de estos contratos deben observarse todos los elementos del caso concreto, ya que la disparidad entre las partes puede estar dada por múltiples factores; se reitera que los contratos de adhesión no son el único indicio de asimetría, sino que esta puede venir de varios aspectos derivados, por ejemplo, de la relación entre las partes o de las características del mercado relevante,²⁶⁹ por lo que todos estos deben estudiarse para determinar si se está frente a un contrato donde una de las partes es dominante.

268 MAURICIO VELANDIA. *Derecho de la competencia y del consumo. Competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor*, cit., p. 190.

269 MARTA ZABAleta DÍAZ. *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, cit., pp. 87-90 & 135-140.

Para referirse a la dominancia contractual también se ha usado el término «dependencia económica», que se define como «una situación de hecho en la que se encuentra una empresa en sus relaciones con otra, cliente o proveedora. Esta sumisión no resulta de una dominación objetiva del mercado, sino de un poder relativo que coloca a la otra parte en una situación de vulnerabilidad».²⁷⁰ Algunos hablan entonces de un «poder relativo de mercado», es decir, un poder de una empresa, que deriva de, y se limita a «la relación entre la empresa fuerte y alguno o varios de sus clientes o proveedores como adquirentes o suministradores de determinados productos o servicios. No deriva, por tanto, ni de la dominación de un mercado ni de la restricción de la competencia, sino de la especial relación que une a la empresa con poder relativo con la dependiente».²⁷¹

De la definición de dependencia económica, puede extraerse entonces que lo primero que debe corroborarse es que efectivamente haya una relación negocial actual o potencial, para después determinar si en ella hay dominancia contractual, tomando en cuenta todas las vicisitudes del contrato, y en particular si la parte a la que se le adscribe posición de dominio tiene el poder de interpretar y ejecutar unilateralmente el contrato, independientemente de si es deudor o acreedor. Dicha dominancia, una vez más y al igual que en la posición dominante de mercado, no es reprochable por sí sola.

Es necesario resaltar una parte muy importante de la definición, que es la referencia a la falta de alternativas; según el artículo, estarán en situación de dependencia económica los clientes o proveedores de un agente «que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad»; elemento al que se le ha dado prelación también en ordenamientos como el francés.²⁷² Lo anterior quiere decir que si la contraparte contractual del agente investigado tiene otras alternativas que no impliquen contratar bajo las condiciones impuestas por este, o que no le es fácil cambiarse por los costos que tiene esto para él, no podrá decirse que está en situación de dependencia económica, lo cual, traducido a términos de responsabilidad, quiere decir que no hay antijuridicidad.

Según la Real Academia de la Lengua Española, la definición de *equivalencia* es «Igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas o personas». De manera que, para hablar de verdadera dependencia económica, no basta con que haya alternativas, sino que estas deben representar para el agente económico un valor o estimación más o menos igual. Su eficacia y viabilidad deben ser suficientemente similares como para

270 *Ibid.*, p. 64.

271 *Ibid.*, pp. 227-230.

272 *Ibid.*, p. 63.

que tengan el mismo valor para el agente. Tal exigencia se ha desarrollado particularmente en el derecho alemán, donde se ha dicho que no basta con que la alternativa sea suficiente, sino que también debe ser viable.²⁷³

No habrá antijuridicidad y, por lo tanto, tampoco declaración de responsabilidad, si el agente no está en situación de verdadera dependencia económica y no lo estará si tiene alguna alternativa equivalente que no le represente perjuicio alguno y le permita seguir desarrollando su actividad a cabalidad. «La dependencia viene determinada por el hecho “de que las partes no puedan evitarse en el mercado”. Según los Tribunales (franceses) el estado de dependencia económica caracteriza una situación, en la que una empresa está obligada a continuar sus relaciones comerciales con otra, ante la imposibilidad de abastecerse de productos similares y en condiciones equivalentes de otras empresas».²⁷⁴

Ahora bien, si hay alternativas equivalentes es porque hay elasticidad, bien sea en la oferta o en la demanda. Al haber elasticidad, los clientes o proveedores no necesariamente deben someterse a las decisiones del agente en cuestión y a los perjuicios que ellas le acarrean, por lo que una vez más, no hay antijuridicidad. «La empresa cliente o proveedora es dependiente cuando no puede prescindir de las relaciones comerciales que mantiene con la empresa (...) fuerte sin que su capacidad competitiva se vea seriamente afectada».²⁷⁵

En Francia se han establecido criterios, no exclusivos ni suficientes de forma individual, para determinar la dependencia económica. Para el distribuidor se observan cuatro, que son: «la notoriedad de la marca, la cuota de mercado del proveedor, la parte que los productos del proveedor representan en el volumen de negocios del distribuidor, y la imposibilidad del distribuidor de acceder a productos equivalentes». Mientras que cuando se trata de la situación de dependencia de un proveedor se han observado, «el volumen de negocios realizados entre el proveedor y el distribuidor, la importancia del distribuidor en la comercialización del producto en cuestión, la concentración de las ventas y la existencia de otros canales económicamente viables para la distribución de sus productos».²⁷⁶

También en Francia y en Alemania, se ha hablado además de distintas formas de dependencia, como la derivada de la selección de productos

273 *Ibid.*, pp. 133-135.

274 *Ibid.*, p. 65.

275 *Ibid.*, pp. 230-231.

276 *Ibid.*, pp. 66-68.

o servicios, la derivada de una situación de escasez, la derivada de la organización de la empresa, y la derivada del poder de la demanda.²⁷⁷ No nos detendremos en tales conceptos, sino que recalcamos que para determinar la dominancia contractual deben observarse todas las vicisitudes de la relación negocial en concreto.

Como ya se adelantó, la diferencia entre este tipo de posición dominante y la que observa el mercado, radica en que con la tipificación de esta se protegen intereses privados, los de la parte débil contractual, ya que es «un asunto de interés particular que sólo interesa a las partes»,²⁷⁸ mientras que con la proscripción del abuso de la posición de dominio en el mercado se protegen intereses colectivos, el bienestar general y la economía, en los términos que ya hemos visto suficientemente. «Así, mientras el abuso contractual es un tema entre partes y sólo a ellas les interesa, el abuso de mercado es un tema de orden público económico que nos interesa a todos. Sin embargo, puede ocurrir que las dos figuras coincidan como cuando alguien abusa de la posición de mercado imponiendo además contratos abusivos».²⁷⁹

Una vez se haya determinado la existencia de posición dominante contractual, debe determinarse si se abusó de ella. Puede considerarse que el abuso de posición dominante contractual es una forma de incumplimiento contractual, por lo que se hace necesario volver a hablar un poco de la teoría de los contratos.

En primer lugar, debe decirse que, según el principio de relatividad de los contratos, arraigado en la tradición romano-germánica, el contrato es ley para las partes y es obligatorio para ellas todo lo que haga parte del contenido del contrato. Es importante saber cuál es el contenido del contrato porque a partir de ello se sabrá cuáles son las obligaciones de cada parte cuya inobservancia se traducirá en un incumplimiento contractual.

Entonces, ¿cuál es el contenido del contrato? Cuando hablamos de responsabilidad civil contractual dijimos que el contrato tiene un contenido primario y uno supletivo. El contenido primario es el definido y establecido por las partes consensualmente, es decir, el expresamente estipulado por ellas. El contenido supletivo o secundario es el contenido que viene a integrarse gracias a disposiciones legales o principios generales del derecho, dentro de

²⁷⁷ *Ibid.*, pp. 91-92 & 142-196.

²⁷⁸ MAURICIO VELANDIA. *Derecho de la competencia y del consumo. Competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor*, cit., p. 191.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 191.

él se encuentran, verbigracia, los mandatos de buena fe. Será la suma de estos dos elementos, primario y supletivo, lo que nos mostrará el contenido íntegro de las obligaciones contractuales.

El abuso BGF posición dominante contractual es un incumplimiento consistente en la inobservancia del contenido supletivo del contrato, cuando estamos frente a este supuesto no nos referimos a un incumplimiento de lo pactado por las partes, sino al incumplimiento del contenido supletivo derivado puntualmente de la buena fe, cuyo mandato básico en materia contractual es el de obrar de forma que no se dañe a la contraparte. Si la parte fuerte cumple cabalmente con el contenido primario, pero no con los mandatos de buena fe en cuanto a la interpretación y ejecución que adelanta, se estará frente a un cumplimiento defectuoso del contrato. Es de recordar las cargas de buena fe dentro de un contrato. Cargas de salvamento, protección, cuidado e información a la contraparte. Existe una asociación contractual donde dos partes esperan el mejor comportamiento de su contraparte en pro del negocio jurídico que los ata.

En estos supuestos partimos entonces de que las cláusulas contractuales y todo el contenido primario son válidos, pues no se trata de un estudio sobre la validez o de la existencia del negocio jurídico sino sobre la conformidad o no del actuar de la parte dominante con los mandatos de la buena fe en materia de interpretación y ejecución del contrato.

Ahora bien, cabe aclarar que si la parte débil no manifiesta siquiera su inconformidad y desacuerdo con el actuar de su contraparte, podría entenderse que hubo consentimiento de la víctima o un acto propio y que si no hay verdadera posición dominante las partes estarían en condiciones más parejas y la «fuerte» no podría interpretar ni ejecutar tan arbitrariamente, por lo que sería muy difícil que la «débil» argumente que vio afectados ilegítimamente sus intereses y que no tuvo alternativa menos lesiva.

Incluso si no existiera una consagración legal del abuso de posición dominante como la del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, una conducta de ese tipo sería sancionable por la vía civil a título de incumplimiento contractual, por ir en contra del artículo 1562 del Código Civil, que prevé que los contratos deben ejecutarse de buena fe y que obligan no solo a lo que en ellos se estipula, sino también a lo que de este principio emana.

Es pertinente mencionar también la diferencia de esta figura con la de las cláusulas abusivas y la de abuso del derecho. En primer lugar, el estudio de cláusulas abusivas observa la validez o no del contenido primario del

contrato, mientras que el abuso de posición dominante contractual parte de la base de que el contenido primario es válido y lo que observa es si hubo una violación al contenido supletivo por desconocer la buena fe al momento de interpretar o ejecutar unilateralmente el contrato.

En cuanto al abuso del derecho, esta figura parte de que en el caso concreto no hay disposición legal que proscriba la conducta cometida y lo que resulta reprochable es un exceso dañino en el ejercicio de un derecho legítimo, mientras que en materia de abuso de la posición dominante contractual sí hay prohibición, no solo la establecida en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de mercado, sino también la que deriva del artículo 1562 del Código Civil.

Como ya adelantamos, el ordenamiento ecuatoriano no es el único que ha previsto la sanción de estas conductas como actos de competencia desleal, de forma muy similar, la Ley Española de Competencia Desleal prevé que se «reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad» al ser considerado un acto de discriminación.²⁸⁰

Además, la Ley de Defensa de la Competencia de este mismo país contempla que «queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas: (...) b. De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedoras que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares». ²⁸¹

Continuando con el artículo 10 encontramos cuatro supuestos de abuso particularmente contemplados por la ley:

«El abuso consistirá, en particular, en:

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».

280 MARTA ZABAleta DÍAZ. *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, cit., p. 12.

281 *Ibid.*, p. 55.

Este numeral sanciona la terminación abusiva del contrato. Naturalmente la ruptura contractual debe ser abusiva para ser sancionada, por lo que, si está justificada no sería reprochable. Según este artículo, serían legítimas las terminaciones en las que se haya dado preaviso escrito de 30 días, o que hayan respondido a incumplimientos graves de la contraparte o a fuerza mayor.

Este numeral también encuentra su par en España, en el literal f del numeral 2 del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, con una redacción casi idéntica y con la única diferencia de que exige seis (6) meses para el preaviso, en lugar de treinta (30) días como en Ecuador.²⁸²

Pasemos al segundo supuesto:

«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».

Este segundo numeral se traduce en uno de los vicios de consentimiento contemplados por el Código Civil, es decir, la fuerza. Dicho vicio se encuentra consagrado en los artículos 1472 y 1473 del Código Civil ecuatoriano.

Cuando este numeral menciona que se sanciona «obtener o intentar obtener» se observa que no se exige que el resultado lesivo haya sido alcanzado o haya tenido trascendencia. La conducta se sanciona entonces por objeto o por efecto. Y adicionalmente cuando se obtiene el resultado podríamos estar en presencia de un escenario previo a un cartel de precios.

Conforme a este numeral se sancionan entonces todas las amenazas a la contraparte cuyo propósito sea obtener condiciones contractuales más favorables y posiblemente desproporcionadas. Entonces, a pesar de que no se exige la consecución del resultado, sí se exige que haya estado de por medio la intención de obtener condiciones más favorables que otros.

Este numeral también se encuentra en España, donde la única diferencia es que no se menciona «cualquier otro tipo de amenaza», es decir que, a diferencia de Ecuador, en España, en principio, la única conducta que cabría dentro de este supuesto sería la amenaza de ruptura de relaciones contractuales.

282 *Ibid.*, p. 55.

Miremos el tercer supuesto:

«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».

El comportamiento descrito en este numeral puede traducirse en una conducta discriminatoria sobre la base del poder de mercado del agente. Se parte de que este aprovecha su posición dominante para reforzarla y mantenerla, con el fin por supuesto de obtener ventajas. Tal propósito, al igual que en el numeral anterior, debe estar presente de lo contrario no habría discriminación injustificada ni antijuridicidad.

Como hemos visto en otros supuestos de discriminación, esta solo es sancionable en la medida que sea injustificada, por lo que aún en situaciones de posición dominante contractual, si la discriminación está justificada y responde legítimamente a la libertad de negociación de las partes, no podrá ser sancionada.²⁸³

El cuarto supuesto indica:

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

Este numeral se refiere a conductas de fijación de precios o condiciones o incluso ventas atadas. Aunque un agente económico no tenga posición dominante en el mercado que le permita implementar satisfactoriamente precios predatores o excesivos, o ventas atadas, puede que su poder frente a otro agente, que sería la parte débil de la relación contractual, sí le permita imponer dichos precios o condiciones a dicho agente.

De esta forma, puede también configurarse una conducta discriminatoria debido a que los precios o condiciones pueden imponerse a algunos agentes sí y a otros no, con el fin de explotar a aquellos que no tienen alternativas y obtener ventajas de ello.

Finalmente veamos el último inciso de este artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado:

«Las entidades públicas encargadas de la regulación de la producción en cada uno de los sectores productivos vigilarán la estricta

283 *Ibid.*, pp. 70-73.

observancia de esta prohibición, especialmente en los intercambios de los pequeños y medianos productores agroalimentarios y de la economía popular y solidaria con las redes de intermediación del sector privado, y, en caso de identificar incumplimientos, tomarán las medidas correspondientes en el ámbito de su competencia, además de informar obligatoriamente a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para la investigación y sanción respectivas».

Con este último inciso vemos que el legislador ecuatoriano ha buscado proteger a las mipymes o micro, pequeñas y medianas empresas. Para fomentar su desarrollo se busca protegerlas tanto de aquellos que tienen posición de dominio, como de los que, sin tenerla, tienen suficiente poder en la relación contractual.

Son justamente ellas las principales protegidas por este artículo, debido a su pequeño tamaño, pues seguramente en el desarrollo de su actividad tendrán que contratar con empresas mucho más grandes que ellas, que serían la parte fuerte cuyos excesos se quieren proscribir.

El fomento a las mipymes también está contemplado a partir del artículo 53 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, allí se definen como «toda persona natural o jurídica que, como una unidad productiva, ejerce una actividad de producción, comercio y/o servicios, y que cumple con el número de trabajadores y valor bruto de las ventas anuales, señalados para cada categoría, de conformidad con los rangos que se establecerán en el reglamento de este Código».

Adicionalmente, el Código otorga competencias al Consejo Sectorial de la Producción y a los Ministerios Sectoriales para coordinar políticas públicas de fomento y desarrollo de las mipymes. A este tipo de unidades productivas también se le da prioridad en materia de compras públicas y de economía popular y solidaria de conformidad con los artículos 288 y 311 de la Constitución Nacional y el artículo 55 del ya citado Código.

CAPÍTULO SÉPTIMO

INTEGRACIONES ECONÓMICAS

I. INTRODUCCIÓN

El control de concentraciones económicas al igual que cualquier otro tipo de figura contemplada por el derecho antimonopolio responde también a la protección de la competencia y al mercado, sin embargo, a diferencia de los demás supuestos ya tratados, este supuesto no reprime comportamientos adelantados dentro del mercado sino que responden al régimen de autorizaciones administrativas previas que otorga el Estado. Es decir, estamos frente a casos en que «una actividad privada es consentida por la administración previa valoración de la misma a la luz del interés público que la norma aplicable en cada caso pretende tutelar». Sin la autorización previa la actividad no podría desplegarse válidamente o no surtiría efectos jurídicos una operación entre empresas que integran su posición en el mercado.²⁸⁴

Se ha dicho por ejemplo que «es legítimo que los comerciantes busquen “expandir sus negocios, reducir costos o aumentar su poder de mercado” mediante operaciones de integración entre empresas, sin embargo, puede que estas “representen una amenaza para la competencia dependiendo del tipo de integración y el tamaño y poder de las empresas involucradas. La estructura entera de una industria puede cambiar debido a una integración»²⁸⁵ Puede que ello sea beneficioso para el mercado, por lo que no puede prohibirse *per se*. Sin embargo, si se sancionaran aquellas operaciones que traigan consecuencias negativas para los bienes jurídicos tutelados por las normas de control de poder de mercado.²⁸⁶

Entonces, las concentraciones empresariales no se proscriben ya que pueden generar eficiencias en el mercado y son una consecuencia económica de la autonomía de la voluntad de la que goza toda persona, fundamentada en los numerales 5, 13, 15, 16 y 26 del artículo 66, y el artículo 319 de la Constitución Nacional.

²⁸⁴ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*. Tomo II, cit., p. 133.

²⁸⁵ E. THOMAS SULLIVAN & JEFFREY L. HARRISON. *Understanding antitrust and its economic implications*, cit., p. 303.

²⁸⁶ MAURICIO VELANDIA. *Derecho de la competencia y del consumo. Competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor*, cit., pp. 223-224.

Sin embargo, el legislador sí ha decidido que debe prestárseles especial atención a ciertas operaciones que están por suceder dentro del mercado para garantizar que el libre ejercicio de la autonomía privada en estos casos no vulnere el interés público y la eficiencia (artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado). Se busca que los agentes económicos no lleguen a tener el poder de mercado simplemente pagando la compra de las empresas con las cuales compiten o por fusiones, en lugar de la lucha a través de la competencia.²⁸⁷

Ahora bien, es importante indicar que la libertad de acción y contratación de los particulares se ve limitada con este régimen de autorizaciones de integraciones empresariales que otorga una autoridad de control de poder de mercado. Tal limitación es legítima ya que responde a la primacía del interés general y la prevención de una afectación a la economía mediante la estructuración de un monopolio que se desata como consecuencia de una integración empresarial. Y está justificada además por la posibilidad que tiene el Estado de intervenir en la economía.²⁸⁸

Las integraciones empresariales, también conocidas como concentraciones económicas, han sido definidas como operaciones que implican que dos unidades económicas que funcionaban de manera independiente entre sí pasan a convertirse en una única entidad o en parte del mismo grupo empresarial, básicamente son modificaciones derivadas de un negocio jurídico, horizontales o verticales en la estructura del mercado, ya que antes de la integración hubo más empresas que después de ella, debido a una fusión o adquisición de empresas.²⁸⁹

En atención a la especial salvaguarda del bien jurídico tutelado y al mantenimiento de la elasticidad de la demanda, la Superintendencia debe decidir si autoriza, niega o condiciona la operación a la adopción de ciertas medidas preventivas, medidas que han sido denominadas por la doctrina como remedios estructurales, cuando se exigen modificaciones en la estructura de la empresa, por ejemplo, mediante venta de activos o remedios conductuales cuando se le exige a la empresa comportarse de cierta manera o abstenerse de ciertas conductas. El fin de este régimen es prevenir que a futuro se presenten, por ejemplo, abusos de posición dominante debido a que no se le prestó suficiente atención cuando se estaba gestando.²⁹⁰

287 MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE, *Law Summaries*, 2010, página 104.

288 EUGENIO SORIANO, *Derecho Público de la Competencia*, Marcial Pons, pág. 577.

289 CHRISTOPHER L. SAGERS, *Antitrust*, Wolters Kluwer, 2011, página 261.

290 *Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia*, Fundación Rafael del Pino, página 179.

Teniendo en cuenta esta introducción y en claro el fundamento y los aspectos básicos de este régimen de control, empecemos a estudiar los diferentes aspectos contemplados por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y los elementos que deben estudiarse frente a este tipo. En esta edición se tratarán los aspectos teóricos del tema, la óptica bajo la cual se autoriza, condiciona u objeta una operación de integración y los remedios que pueden existir al respecto. La parte del trámite interno y procesal dejaremos que se decante un poco más y ella será tratada en la siguiente edición.

Es importante indicar que existe una Guía de Concentraciones Empresariales emitida por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado que debe ser tenida en cuenta para abordar este tema cuando se pretenda estudiar la parte procesal para este régimen de autorizaciones.

II. LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

Una concentración empresarial es calificada como tal cuando se cumplen los parámetros subjetivo, objetivo y temporal.

A. PARÁMETRO SUBJETIVO

El primer inciso del artículo 14 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado prevé:

«Art. 14. Operaciones de concentración económica. A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos tales como: (...)»

Este primer inciso está en consonancia con algo que ya habíamos anunciado y es que la concentración es una consecuencia económica. Esto es sumamente importante y no debe perderse de vista ya que, aunque en la mayoría de los casos proviene de un negocio jurídico, la integración económica no es el negocio jurídico, sino la consecuencia de este.²⁹¹ Tal consecuencia se puede alcanzar mediante diversos actos, como los que el artículo empieza a enunciar después. Sin embargo, no todo negocio jurídico implicará una integración empresarial; para determinar cuándo la hay, la doctrina ha establecido varios criterios: subjetivo, objetivo y temporal. Los casos que señala la ley están descritos en el mismo artículo 14 de ese ordenamiento,

291 MAURICIO VELANDIA. *El Ocaso del monopolio*, cit., tomo I, Capítulo XX. Integraciones empresariales. Disponible en: <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

así como en el artículo 17 del reglamento de la ley, que fue modificado por el artículo 7 del Decreto Ejecutivo 1193 de 2020:

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

El criterio subjetivo exige observar que las partes de la operación sean empresas y que además su actividad esté relacionada.²⁹² De conformidad con el artículo 14 del Código de Comercio ecuatoriano, «empresa es la unidad económica a través de la cual se organizan elementos personales, materiales e inmateriales para desarrollar una actividad mercantil determinada. El establecimiento de comercio, como parte integrante de la empresa, comprende el conjunto de bienes organizados por el comerciante o empresario, en un lugar determinado, para realizar los fines de la empresa. Podrán formar parte de una misma empresa varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá ser parte de varias empresas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales». Tal definición de empresa responde entonces principalmente a un criterio económico, ya que se trata de una unidad a través de la cual se organizan los elementos necesarios para desarrollar una actividad mercantil. Lo importante no es entonces la denominación que se le dé, ni si se trata de una persona jurídica o natural, ni que se hayan constituido sociedades, sino que haya una unidad económica tendiente al desarrollo de una actividad mercantil. De lo anterior se puede concluir que, para poder hablar de operaciones de concentración económica es necesario que concurran mínimo dos empresas, entendidas como unidades económicas tendientes al desarrollo de una actividad mercantil.

292 MAURICIO VELANDIA. *Derecho de la competencia y del consumo. Competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor*, cit., pp. 231-236.

Ahora bien el criterio subjetivo también contiene la demostración de que las dos o más empresas que concurren a la operación desarrollen la misma actividad económica, para ello deben compararse los mercados relevantes en que se desenvuelve cada una, abarcando todas las etapas de la cadena de valor, es decir, «serán sujetos calificados para esta norma las empresas que colaboren indistintamente en labores de producción, comercialización y abastecimiento dentro de una actividad específica».²⁹³ En otras palabras, no se exige que las empresas se encuentren en la misma etapa de la cadena de valor, sino que se trate de la misma actividad económica. Ahora bien, tal referencia a la cadena de valor nos lleva de una vez a mencionar que existen dos tipos de operaciones de concentración económica: las horizontales y las verticales. En las integraciones horizontales, las dos o más empresas presentes en la operación pertenecen al mismo nivel de la cadena de valor del mercado relevante. Se presenta «entre competidores, es decir, compañías que desarrollen funciones similares en la producción o distribución de bienes o servicios comparables»²⁹⁴, es decir, ambas son productoras o ambas comercializadoras, entre otras. Se trata de dos empresas que antes eran competidoras directas y ahora, debido a la integración empresarial, ya no lo son. Donde, por ejemplo, antes existían cinco empresas competidoras, cada una con un dominio del 20 % del mercado, ahora, debido a la integración, solo existen cuatro, de las cuales una tiene el 40 % y las restantes 20 % cada una. Por el contrario, cuando se trata de integraciones verticales es porque las empresas en cuestión hacen parte de un mismo mercado relevante, pero están en diferentes etapas de la cadena de valor, solo están “relacionadas verticalmente”²⁹⁵, es decir que una es proveedora de los insumos necesarios para producir el producto X, y la otra es fabricante del mismo producto. En estos casos, a diferencia de las integraciones horizontales, en principio no disminuye la cantidad de competidores, pero sí hay un riesgo ante el cambio en las relaciones entre ellos puesto que donde antes había independencia en el actuar de una empresa en una etapa de la cadena y el de otra empresa en otra etapa, ahora ya no la habrá.²⁹⁶ Adicionalmente, la doctrina ha hecho referencia a un tercer tipo de integración, que es por creación de empresa nueva o empresa en común. Este tipo de integración no corresponde con una integración horizontal ni vertical, porque lo que ocurre es que dos empresas aportan capital para formar una nueva, pero las inversionistas no se fusionan ni desaparecen del mercado. Las empresas no se combinan entre sí, sino

293 *Ibid.*, pp. 233-234.

294 MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE. *Antitrust*. Gilbert. Law Summaries, cit., p. 109.

295 MASSIMO MOTTA. Política de competencia. Teoría y práctica, cit., p. 360.

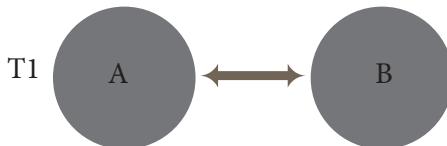
296 MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE, Gilber. Law Summaries, 2010, página 115.

que orientan sus actuaciones para crear una nueva empresa, compartida, no necesariamente competitidora de ellas, pero que les presta soporte en el mercado. Esta última forma de integración suele presentarse, por ejemplo, cuando dos fabricantes deciden aportar capital para crear una nueva empresa proveedora de insumos, lo que reduciría sus costos en la obtención de estos. Se trata de una forma de colaboración que, como se ha indicado, puede generar eficiencias en el mercado o barreras lesivas para el bienestar general.²⁹⁷

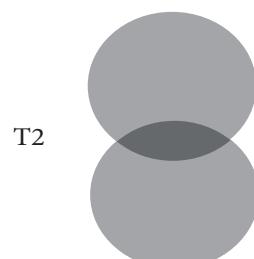
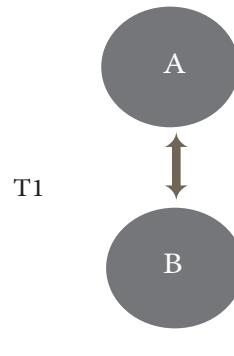
Las clases de integración vertical, horizontal o por empresa en común están descritos en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, así como por el literal d) del artículo 14 de la misma ley.

Los tres tipos de integración que acabamos de mencionar se entenderán mucho mejor a partir de las siguientes gráficas:

Integración horizontal:

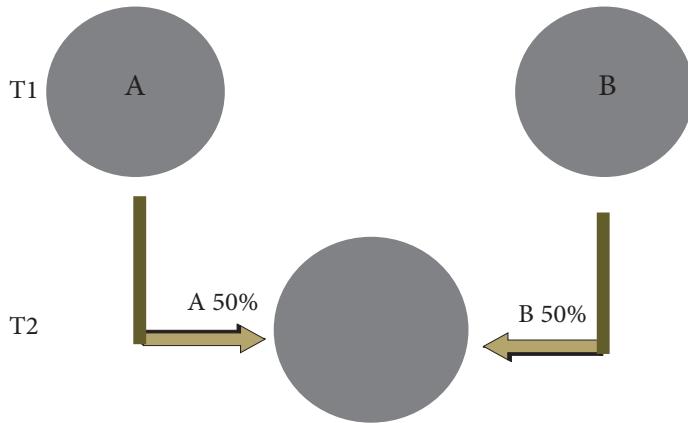


Integración vertical:



²⁹⁷ Mark A. Lemley & Christopher R. Leslie, Gilber Law Summaries, 2010, página 120.

Integración por empresa nueva a administración común:



En este punto, y antes de pasar al siguiente criterio se debe aclarar que si estamos frente a dos empresas de un mismo grupo empresarial, en la práctica, y para efectos del control de concentraciones empresariales, debe entenderse como si fuesen una sola empresa y la fusión entre ellas resulta ser neutra para el mercado, puesto que al pertenecer a un mismo grupo ya no actuaban como competidoras ni con independencia, por lo que, aún si se fusionaran, ello no tendría consecuencias ni representaría cambios en el mercado. Naturalmente, debe partirse de la base de que la operación que dio lugar al grupo económico sí estuvo sujeta al régimen de autorización previa y que fue aprobada. Pero si nacieron de cero, dicho control no tiene incidencia para las normas de competencia.

B. CRITERIO OBJETIVO

Pasemos al segundo criterio que se requiere demostrar para saber si estamos en presencia de una integración económica. Ese segundo criterio es el objetivo, según el cual deben observarse parámetros contables de las empresas en cuestión a fin de saber si dicha operación debe ser informada o avisada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

En cuanto a los parámetros contables, es necesario observar los artículos 16 y 17 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Los cuales son actualizados periódicamente.

Por ahora basta decir que el legislador definió parámetros relativos al volumen de negocios de las empresas en cuestión para ser notificados, los cuales son definitivos a fin de establecer si la operación requiere ser notificada. El artículo 16 exige, en primer lugar, confrontar el volumen de negocios de las empresas con un umbral o monto de «Remuneraciones Básicas Unificadas» que haya fijado la Junta de Regulación, y, en segundo lugar, se debe observar la cuota de mercado ostentada por la o las empresas resultantes de la concentración, de manera que, si esta supera el 30 %, califica para ser objeto del control de concentraciones económicas y debe ser notificada. Por su parte, el artículo 17 lo que nos presenta son los aspectos que deben tenerse en cuenta para determinar el volumen de negocios de las empresas, que como recién mencionamos, es de necesaria observancia.

Es importante indicar que el artículo 15 del Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Mercado contiene parámetros para definir cuándo y cómo se suman esas cuotas de mercado, esto es cuándo se cambia de control o cuándo se trata de una empresa por creación común.

En cuanto al monto de las operaciones cuyo monto no supere el valor que en remuneraciones básicas unificadas vigentes establezca la Junta de Regulación no estarán sujetas al procedimiento de notificación de concentración establecido en el artículo 16 de la ley. Eso quiere decir que existirán operaciones de integración económica donde por su poca relevancia no requerirán ser estudiadas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y se entienden autorizadas y otras que deben ser notificadas, entrando al estudio que para el efecto debe adelantar la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Entonces, lo que tenemos hasta el momento es que para que una operación sea objeto del régimen de control de concentraciones económicas, debe incluir por lo menos dos empresas que se dediquen a la misma actividad y que además estén adelantando una operación que tenga como consecuencia el cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos (parámetro subjetivo) y cuyo volumen de negocios sumado supere el monto determinado por la Junta de Regulación, o que tras la operación den como resultado una cuota de mercado mayor al 30 % en cabeza de la o las empresas resultantes de la concentración (parámetro objetivo).

Las operaciones que no cumplan alguno de estos requisitos no deberán someterse al régimen de control ni notificar previamente a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado sobre el negocio que se celebrará. Sin embargo, existe la posibilidad de que los interesados se presenten a un estudio previo donde la Superintendencia de Control del Poder de Mercado analizará si, efectivamente, es una operación que debe estar sujeta a autorización como lo indica el artículo 24 del Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

C. PARÁMETRO TEMPORAL

Finalmente, antes de empezar a estudiar los actos expresamente mencionados por el artículo 14, veremos el último criterio mencionado por la doctrina, que es el temporal. Según este criterio puede que la notificación y el control de las operaciones se hagan antes o después de la celebración de esta. En Ecuador, de conformidad con el último inciso del artículo 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se siguió la forma de aviso *ex ante*. Es decir, la operación debe ser notificada y autorizada antes de que se adelante o ejecute la operación.

Se les exige a los operadores económicos que pretendan celebrar un acto con el que se configure una concentración económica, notificar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en los ocho días siguientes a la conclusión del acuerdo. No debe confundirse «la conclusión del acuerdo» con la celebración del negocio jurídico, puesto que, si se trataran de lo mismo, el control sería *ex post*. Este inciso debe leerse asumiendo que la notificación debe hacerse después de que las partes llegaron a un acuerdo dentro de las precontractuales, pero antes de que se celebre o ejecute el negocio jurídico que genere consecuencia de consolidación de mercado.

Lo anterior resulta lógico ya que si las partes no han llegado a un acuerdo pues no habría una hipotética operación sobre la cual ejercer el control, pero el control es previo, por lo que, si se celebra y ejecuta el contrato sin haber hecho la notificación correspondiente o sin la autorización de la Superintendencia, el negocio jurídico adolecería de nulidad absoluta por ir en contravía de una norma de orden público no sujeta a disposición de las partes.²⁹⁸

El artículo 18 de la LORCPM bien dice que no solicitar la autorización genera multa, siendo un supuesto restrictivo de la competencia no dar aviso en tiempo, así como no obtener autorización y en todo caso adelantar la operación (artículo 15 de la LORCPM y 26 del Reglamento ejecutivo 1193 de 2020).

Dentro de este parámetro temporal lo indispensable es saber la fecha mínima en la cual se puede presentar la operación a estudio. En este sentido el contenido del artículo 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado contiene las reseñas donde se puede desprender que una operación debe ser avisada una vez sea concluido el negocio jurídico del cual nace, pero eso no quiere decir que se puede ejecutar ese negocio jurídico sin haber obtenido la autorización necesaria por parte de la autoridad de control del poder de mercado. Para ese efecto el artículo 17 del Reglamento de la Ley (modificado por el artículo 7 del Decreto Ejecutivo 1193 de 2020), indica

298 *Ibid.*, p. 240.

cuándo se entiende concluido el negocio jurídico y desde cuándo se cuentan los ocho (8) días para dar aviso de la operación, esperando siempre ejecutarlo hasta tanto no se obtenga la autorización a la cual se ha hecho referencia. Veamos desde cuándo se toma el conteo para cada caso:

En el artículo 7 del Decreto Ejecutivo 1193 de 2020, se presentan las formas de fusiones y se indica a partir de cuándo se da el conteo del plazo de los ocho (8) días mencionados en cada una de estas:

- a) En el caso de la fusión entre empresas u operadores económicos, desde que la junta general de accionistas de los operadores económicos involucrados, o sus órganos competentes de conformidad con el estatuto correspondiente, hubieren acordado llevar a efecto la operación de fusión.
- b) En el caso de la transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante, desde el momento en que los operadores económicos intervenientes consientan en realizar la operación, y determinen la forma, el plazo y las condiciones en que vaya a ejecutarse. Cuando los participantes sean compañías, se considera que el acuerdo existe cuando la celebración del acto en cuestión sea autorizada por la junta general o socios, o el órgano competente, de los operadores económicos involucrados, de conformidad con el estatuto correspondiente.
- c) En el caso de la adquisición, directa o indirecta, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derechos a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia de las personas que los emita, existe acuerdo desde el momento en que los partícipes consientan en realizar el acto que origine la operación concentración económica y determine la forma, el plazo y las condiciones en que vaya a ejecutarse, cuando los participantes sean compañías, se considerará que el acuerdo existe cuando la celebración del acto en cuestión sea autorizado por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente, de los operadores económicos involucrados , de conformidad con el estatuto correspondiente.
- d) En el caso de la vinculación mediante administración común, existe acuerdo desde el momento en que los administradores han sido designados por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente de conformidad con el estatuto correspondiente, del operador económico respecto del cual recaiga el cambio o toma de control.

- e) En el caso de cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico, o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico, existe acuerdo desde el momento en que los partícipes consientan en realizar el acto que origine la operación de concentración económica, y determinen la forma, el plazo y las condiciones en que vaya a ejecutarse.

III. ACTOS DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

Habiendo terminado con los criterios enunciados para determinar cuándo hay una concentración económica, pasemos ahora a los actos enumerados por el artículo 14 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y que se entienden como integración empresarial:

«a) La fusión entre empresas u operadores económicos».

Cuando hablamos de fusión nos referimos a casos en que «una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva»,²⁹⁹ el principal efecto de una fusión es «la aparición de una persona jurídica nueva que sucede en los derechos y obligaciones a las compañías fusionadas».³⁰⁰

Para mayor precisión hay que citar el artículo 337 de la ley ecuatoriana de compañías según el cual, la fusión se presenta «a) Cuando dos o más compañías se unen para formar una nueva que les sucede en sus derechos y obligaciones; y, b) Cuando una o más compañías son absorbidas por otra que continúa subsistiendo». Es decir, puede que un tiempo uno (T1) existan las compañías A y B, que en un tiempo dos (T2) se unen y desaparecen, quedando así solamente la empresa C; o puede que en un tiempo uno (T1) existan las compañías A y B, y que en un tiempo dos (T2) solo subsista A, que absorbió a B.

Demás vicisitudes de la fusión en las que no vale la pena detenernos, se encuentran contenidas en los artículos 337 a 344 de la ya citada Ley de Compañías.

«b) La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante».

299 *Ibid.*, p. 237.

300 DIEGO PÉREZ-ORDÓÑEZ Y JOSÉ URIZAR. «Ecuador». Artículo dentro del trabajo *The Merger Control Review*, editado por Ilene Knable Gotts, London, third edition, Law Business Research, 2012, p. 152.

En este caso estamos frente a «una enajenación comercial, y un contrato que involucra todas las mercancías y efectos de un comerciante».³⁰¹ Este literal se referiría entonces al supuesto en que un comerciante transfiere libremente todos sus bienes o activos, hay que resaltar que no se habla de los efectos de una compañía sino de un comerciante, por lo que se podría aplicar entonces, por ejemplo, para la compra de la filial de una compañía extranjera, que no encajaría en los otros supuestos ya que no tiene su capital dividido en acciones o participaciones, ni es una compañía propiamente dicha, por lo que no se podría hablar tampoco de fusión.³⁰² El supuesto también incluye la compra de fábricas o marcas de una empresa. Es de señalar que las operaciones modernas no son de compra de sociedades sino de activos, desmembrando lo que le interesa a un comprador para no llenarse de bienes que no le interesan. Esas operaciones generan integraciones empresariales de mercado, donde la resultante aumenta su participación de mercado.

«c) La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma».

Generalmente, una compañía tiene dividido su capital y el poder sobre la misma mediante acciones o participaciones. Para las compañías de responsabilidad limitada se habla de participaciones, mientras que para las compañías anónimas se habla de acciones. Mientras más acciones o participación tengan un socio, mayor será su poder y posibilidad de control sobre la compañía.

Las acciones o participaciones pueden negociarse y enajenarse y, a luz de este literal, se considera que hay concentración económica si la adquisición otorga control o influencia sustancial sobre la misma. Por supuesto, si una compañía adquiere el 90 % de las acciones de otra, tendrá control casi total sobre la misma y sus votos tendrán mayor peso, por lo que en la práctica será como si se hubiese presentado una fusión.

Naturalmente, lo anterior solo será cierto si la enajenación de acciones o participaciones efectivamente trae aparejado un control o influencia sobre decisiones estratégicas, si por ejemplo las acciones adquiridas no tienen

301 *Ibid.*, p. 152.

302 *Ibid.*, pp. 152-153.

derecho a voto, será más difícil considerar que hubo una concentración económica. Una proporción superior al 50 % en una sola cabeza genera control.

Necesario es para este caso no olvidar que puede tratarse de controles directos o indirectos o conjuntos por grupos familiares o económicos.

«d) La vinculación mediante administración común».

Como habíamos anunciado, la administración de una empresa no necesariamente implica control sobre la misma, solo será así si trae aparejada la toma de decisiones estratégicas. Si dos empresas empiezan a compartir administración, pero solo frente a temas no decisivos ni relacionados con las políticas de negocios de las empresas, no podrá decirse que quien administra ostenta control sobre ambas.

Si, por el contrario, se trata de dos compañías que tienen una misma administración, en la que se toman decisiones estratégicas vinculantes y sobre las políticas de negocios que debe adoptar cada una, se entenderá que quien controla la administración, controla a las dos empresas, por lo que habría una concentración económica. Por ejemplo, un mismo directorio y presidente.

Este caso de administración conjunta también se refiere en los supuestos donde existe paridad, por ejemplo, de 50 % y 50 %.

«e) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico».

En este último literal encontramos una cláusula general que significa que los actos recién mencionados no son taxativos, sino que habrá concentración económica mediante cualquier acto que transfiera los activos de un operador a otro, o que otorgue control o influencia determinante sobre el mismo.

Recordando que la concentración económica no es un negocio jurídico sino una consecuencia económica, diremos a modo de conclusión que habrá concentración económica cuando se presente una de dos consecuencias: i) que con ocasión de la operación haya disminuido el número de competidores, o ii) que con ocasión de la operación haya aumentado el poder de mercado de la o las empresas resultantes de la operación de forma horizontal o vertical. Si no se presenta ninguna de estas dos consecuencias económicas

no podrá decirse que existió una concentración económica o integración empresarial.³⁰³

Cada operación representa situaciones especiales. La clave para determinar si en realidad existe una concentración es definir la reducción de competidores como consecuencia de una operación. Ahora bien, no solo la eliminación de un competidor genera una concentración, pues esta puede incluso presentarse sin eliminar a una empresa, también puede ser resultado de la disminución de participación, transfiriendo capacidad de producción a otra empresa; entonces, la clave no será la eliminación de un competidor, sino cuando se está en presencia de una operación entre empresas que genera el aumento de participación en el mercado de una de ellas³⁰⁴.

Existe un catálogo casuístico que podría ayudar a considerar la existencia de una concentración:³⁰⁵

- Operación entre empresas cuya consecuencia es la eliminación de un competidor;
- Operación entre empresas cuya consecuencia es el aumento de participación de las empresas resultantes;
- Operación cuya consecuencia es la administración conjunta de empresas;
- Operación cuya consecuencia es la agrupación de la cadena de producción o de valor dentro de una misma empresa;
- Operación que congrega la distribución de productos principales o sustitutos;
- Operación que agrupa empresas productoras de insumos productivos con empresas productoras de bienes finales.
- Operación que genera control de la cadena de distribución.

La participación de capital extranjero dentro de un mercado es común, sin perjuicio de los inconvenientes de orden público que en muchas ocasiones crea un riesgo político sobre la actividad mercantil.

303 MAURICIO VELANDIA. *El ocaso del monopolio*, cit., Tomo I, Capítulo XX. Integraciones empresariales. Disponible en <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

304 GONZALO RUIZ. «Control de concentraciones versus regulación de conductas: ¿complementos y sustitutos?», *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n.º 5, noviembre de 1998.

305 Luis Ortiz Blanco, Jerónimo Maillo, Pablo Ibáñez, *Manual de Derecho de la Competencia*, Tecnos, página 281 a 292.

Hoy en día son muchas las multinacionales que participan dentro de nuestro mercado. Los movimientos societarios han sido una tendencia a nivel mundial. Existen casos en los cuales las empresas nacionales que han desarrollado su política comercial de manera independiente dejan de hacerlo, dejando su control en manos de una empresa internacional competidora directa o de un *holding* que participa dentro del mercado por medio de una filial.³⁰⁶ En este caso, la operación extranjera tiene un impacto directo en el mercado ecuatoriano, pues lo que anteriormente guardaba independencia hoy en día es controlado por un grupo que también tiene presencia en nuestro territorio, bien sea mediante sociedades constituidas o por medio de agentes comerciales o distribuidores exclusivos. En virtud de lo anterior, la operación extranjera está sujeta al aviso que trata la ley. No se puede pretender que el aviso contenga las implicaciones de la operación a nivel internacional, pues este mercado no le interesa a nuestro supervisor. Lo que sí debe contener es la información sobre los efectos de la operación en Ecuador, para que así pueda determinarse la connotación del negocio. Lo que se debe tener claro es que la operación debe ser informada bajo la perspectiva del mercado colombiano, es decir la presencia de esas empresas en el mercado nacional y su agrupación bajo una sola matriz.³⁰⁷

También debe señalarse que la segmentación de mercados permite determinar territorialmente algunas zonas en donde las empresas, no obstante se dedican a la misma actividad, terminan no siendo competitadoras en esa circunstancia de lugar. Así, por ejemplo, se presentan empresas que desarrollan su actividad de manera regional pero no nacionalmente. La unión de dos empresas no aumenta su participación en las regiones, pero su consolidación lleva a la agrupación de regiones, lo que crea un aumento de un competidor dentro del mercado nacional. Situaciones como las comentadas deben ser avisadas para que el Estado estudie los efectos de la concentración, siempre y cuando los canales de los mercados regionales puedan comunicarse entre sí, pues de otro modo, se trata de una operación neutra para el mercado.³⁰⁸

Otro caso puede ocurrir con los mercados sustitutos. Dentro de la gama de productos y servicios en el mercado, se encuentra que algunos bienes tienen la capacidad de remplazar o de acercarse a satisfacer la necesidad esperada por un consumidor frente a un producto principal. Así, un jugo

306 Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Concepto n.º 00001365.

307 E. THOMAS SULLIVAN, *Antitrust and its Economic Implications*, Fifth Edition, página 357.

308 FERNANDO PONZ. “Derecho de la competencia, jurisdicción y extraterritorialidad: el caso Boeing/McDonnell Douglas”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n.º 3, marzo de 1998.

de botella puede llegar a ser sustituto de una gaseosa o de un refresco. Para determinar el grado de sustituibilidad de un bien es necesario suponer —si un consumidor no encuentra un producto dentro de un mercado— hacia qué bien se dirigiría para satisfacer su necesidad. En caso de encontrar un bien o unos bienes hacia los cuales se pueda desplazar la demanda, es decir, el consumidor promedio, se puede concluir que todos esos bienes son entre sí parte de un mismo mercado. Volviendo al ejemplo planteado, el jugo o el refresco, por ser sustitutos entre sí, harían parte del mercado de bebidas refrescantes. La unión de empresas que ofrezcan bienes que son sustitutos entre sí, genera la participación de empresas dentro de un mismo mercado, lo cual hace enmarcar la operación dentro de los supuestos de aviso.

Situación para resaltar es el caso de la venta de marcas. Hoy en día es muy usual la venta de marcas, más no de la fábrica o empresa. La marca es un signo distintivo perceptible capaz de distinguir en el mercado los productos o servicios producidos o comercializados por una empresa de los producidos o comercializados por otra empresa. Es esencia de la marca el elemento distintivo mediante el cual se permite diferenciar productos y empresarios. Existen negocios jurídicos cuyo objeto es la transferencia del derecho sobre una marca o el uso de la misma. Este tipo de negocios tiene que ser analizado desde el punto de vista del derecho de la competencia, puesto que la integración de marcas en una sola empresa puede generar una concentración empresarial, ya que se presenta una agrupación de identificaciones de productos grabadas en la mente del consumidor, máxime si se tiene en cuenta la fidelidad a la marca que poseen algunos productos. Para que este negocio jurídico sea parte de las operaciones que deben ser avisadas a la luz de las normas antimonopolio, se requiere que el negocio cuyo objeto sea la marca se presente entre empresas que participan dentro de un mismo mercado y que al momento de la operación se encuentren con presencia dentro del mercado, pues una marca inactiva no representa cuotas de mercado.

Para culminar este punto mencionar figuras jurídicas que han cobrado importancia en los últimos días como es la familia de los contratos de colaboración. Dentro de tales figuras encontramos, *joint venture*,³⁰⁹ consorcios, uniones temporales, fiducia, cuentas en participación, *outsourcing* y alianzas estratégicas. Cada uno de estos negocios puede ser fuente de concentraciones de mercado. Para tal efecto, los participantes tienen que determinar si la

³⁰⁹ Comisión Federal de Competencia. “Expediente CNT-68-98, Mobil Oil/Hoechst”, 21 de julio de 1998, *Gaceta de Competencia Económica*, año 1, n.º 2, México, septiembre-diciembre, 1998: “La transacción notificada consiste en la constitución de una nueva sociedad en coinversión (*joint venture*), que concentrará los activos que Mobil y Hoechst tienen en diversas regiones del área de Norteamérica, para la producción de películas de polipropileno biorientada (película BOPP)”.

colaboración por adelantar es la agrupación de empresas que dejan de competir para desarrollar un contrato en particular o representa la unión de empresas que agrupan mercados verticales. Si el contrato de colaboración se encuentra dentro de estos dos supuestos o si por cualquier cláusula se constituye una concentración de actividades en una sola empresa, bien sea involucrando uniones verticales u horizontales, el negocio por celebrar debería ser avisado en los términos comentados.³¹⁰

IV. NOTIFICACIÓN Y FASES DE ESTUDIO

En el artículo 20 y 20.1 del Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado aparece el procedimiento específico para presentar una operación y obtener la autorización.

En términos generales el proceso cuenta con dos fases.

En la primera fase los particulares presentan la información y con base en ella la Superintendencia de Control del Poder de Mercado puede decidir no continuar con el estudio dado que encontró que la operación no genera riesgos para el mercado. Dicha fase puede durar hasta veinticinco días. En este caso los particulares pueden adelantar posteriormente la operación.

La segunda fase se presenta cuando la Superintendencia de Control del Poder de Mercado encuentra riesgos en la operación. En este caso el estudio se hace más profundo acerca de las consecuencias de la operación en el mercado. Esta fase tiene una duración de sesenta días los cuales se pueden prorrogar.

La notificación de una integración empresarial debe adelantarse de la forma establecida en el artículo 18 del reglamento de la LORCPM, el cual fue modificado por el artículo 8 del Decreto Ejecutivo 1193 de 2020.

Para el desarrollo del estudio la Superintendencia cuenta con la facultad de disponer de los sistemas de información que considere pertinentes, y el deber de las entidades públicas de colaborar con el manejo de la información necesaria para el cumplimiento de los fines y el desarrollo de las competencias de la entidad de la forma que lo establece el artículo 20 de la LORCPM.

A criterio del autor el estudio que adelanta una autoridad antimonopolio se resume en observar las consecuencias que puede tener la operación

310 FRANCISCO CANTOS BAQUEDANO, ÁLVARO IZA MORENO y DAVID FRANCO GÓNGORA. “Legislación de control de concentraciones y OPASS: reflexiones a favor de una nueva reforma”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, septiembre-octubre, 2002.

en el mercado, particularmente estudiar y definir si existirá elasticidad de la oferta y de la demanda en caso de que la operación se adelante. Es decir, si la operación genera posiciones de dominio en el mercado y si se presentan barreras a la entrada o barreras a la salida dentro del mercado relevante.

Esto quiere decir que los interesados deben describir el mercado relevante (mercado territorio y mercado producto) y trabajar para que dentro de ese mercado se refleje que no existen barreras y que los interesados no dañan o afectan la elasticidad del mercado existente previa la operación. O que no se refuerza la posición de dominio de un agente dentro del mercado.³¹¹

V. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA, EXCEPCIÓN DE EFICIENCIA, REMEDIOS Y CAUSALES DE OBJECIÓN

El artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado menciona las posibilidades que tiene la Superintendencia en desarrollo del control de concentraciones económicas:

- a) Autorizar la operación;
- b) Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que la misma Superintendencia establezca; o,
- c) Denegar la autorización.

Si la operación no genera riesgos de competencia es autorizada.

Ahora bien, en el supuesto que la operación genere dichos riesgos procederá la objeción. A continuación describimos los principales riesgos por los que son objetadas las operaciones de integración:

A. QUE VENGAN PRECEDIDAS DE CARTELES O ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS

Respecto de esta causal, que se debería considerar como fundamental en dicha disciplina, no se ha dicho lo suficiente. Los diferentes autores son concluyentes en establecer que las concentraciones económicas pueden ser perjudiciales para los sistemas de libre competencia y de economía de mercado, en la medida que pueden conllevar distorsiones de la competencia efectiva y desincentivar a los agentes a competir. Lo anterior implica analizar hacia el futuro los posibles efectos que pueda tener la integración, pero poco

³¹¹ Antitrust Law, Richard A. Posner, Second Edition, The University Of Chicago Press, 2019, Página 118 - 157.

se ha hablado de la importancia de tener en cuenta, para hacer este tipo de proyecciones o prever este tipo de consecuencias, la conducta que han tenido anteriormente las empresas que pretenden integrarse.

Siendo que la cartelización es una conducta expresamente prohibida por las normas antimonopolio y que las empresas de manera libre y voluntaria deciden actuar contra derecho al cartelizarse, dicha situación se debe establecer como un hito o punto de referencia relevante a la hora de analizar el comportamiento competitivo de una empresa. A su vez, dicho hito debe ser el sustrato para hacer proyecciones sobre su conducta futura, el cual puede, incluso, constituir un indicio o antecedente —aunque fuera leve— de sus intenciones en el mercado.

Pues bien, pese a que de manera expresa no encontramos en la doctrina nacional e internacional esta situación como causal de objeción de las integraciones empresariales, consideramos que es una causal que deriva de la lógica misma que se desprende de la finalidad máxima del derecho antimonopolio, la cual es proteger la libre competencia. En consecuencia, siendo un motivo de objeción directamente deducible de los fines de protección de esta área del derecho, debe entenderse incluida y comprendida por los conceptos amplios que son usados por el legislador como causal genérica de objeción. Así las cosas, retomando los conceptos o criterios que vimos que usan las diferentes legislaciones como, por ejemplo, tender a restringir indebidamente la competencia, que implique una reducción sustancial de la competencia, tienda a crear un monopolio, que cree o fortalezca una posición dominante o impida significativamente la competencia; al ser criterios o conceptos amplios, permiten abarcar situaciones como la cartelización precedente a la concentración económica, toda vez que permite hacer un trazado —junto con el análisis detallado de las condiciones de la concentración económica— de los efectos que puede tener la integración empresarial en el mercado, y es que si el cartel fue declarado como antijurídico (daño a un bien jurídico tutelado) la misma antijuridicidad debe ser pregonada de la integración. Es decir, si el cartel es significativo (daña bienestar social, libertad de entrada, de escogencia y se genera un mercado no elástico desde la óptica de la demanda o de la oferta), dicha antijuridicidad se repite, pues la unión de las que antes se habían cartelizado conlleva el mismo resultado económico.

Es igualmente importante entender que el encubrimiento de un cartel por esta vía es posible y probable bajo otro tipo de consideraciones, especialmente de orden técnico. La doctrina ha establecido que uno de los motivos por los cuales resulta riesgosa, y por lo cual debe hacerse un control sobre las operaciones de integración empresarial, es el flujo de la información. Especialmente en los casos de integración por creación

de nueva empresa, debe tenerse en cuenta que no está desapareciendo un competidor del mercado; por el contrario, se está creando otro nuevo que opera bajo el control de otros dos competidores. Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que, del total de competidores participantes en un mercado específico, tres de ellos estarían compartiendo información sobre cómo participan en el mercado y esta circunstancia, aunada a un amplio poder de mercado, un alto grado de concentración y rivales sustancialmente más débiles, hace patente la existencia de un riesgo inminente para la libre competencia.

Ahora bien, de no tenerse como una causal expresa, esta situación fungiría como antecedente relevante para tener en cuenta a efectos de prever la posible afectación a la libre competencia y permitiría, por vía interpretativa, la configuración de una motivación suficiente para objetar una integración empresarial, de la mano con factores como la cuota de mercado, poder unilateral de mercado, barreras de acceso, entre otros.

B. QUE LA INTEGRACIÓN AUMENTE O REFUERCE LA POSICIÓN DE DOMINIO YA OSTENTADA POR LAS INTEGRADAS, O CREE UNA NUEVA EN CABEZA DE LA EMPRESA NUEVA

En el escenario internacional, especialmente en los ordenamientos jurídicos alemán y norteamericano, dicha causal no tiene discusión, dado que de manera expresa se ha dispuesto que la posición dominante resultante de una operación de integración, por virtud de factores como la alta cuota de mercado de las integradas, el alto grado de concentración del mercado y las barreras de acceso al mercado, constituyen un claro riesgo de que la operación de integración genere efectos nocivos en el sistema de libre competencia en el mercado específico, debiendo ser objetada o rechazada la autorización.

Igualmente, para la doctrina resulta claro que una integración económica debe ser objetada cuando presenta riesgos de crear o fortalecer una posición dominante,³¹² salvo que excepcionalmente se justifique la operación de concentración y el alto poder de mercado que ostenten las integradas o la nueva empresa bajo la excepción de ganancias en eficiencia.

312 Por ejemplo, el caso de la solicitud de integración presentada por General Electrics y Honeywell, en la cual existía un riesgo de dominancia en la operación de integración dadas las condiciones de la misma y de las integrantes en ese mercado tan particular (productos aeroespaciales y de aeronaves). General Electrics, a juicio de la Comisión Europea, ostentaba posición dominante en el mercado de los motores de reacción. Al respecto refiere Motta (2018): “La GE consideró que, tras la fusión, GE (General Electrics) iba a poder apalancar su poder de mercado a través de diversos mecanismos que describo a continuación (GE capital, GECAS, empaquetamiento), a fin de crear una posición dominante en los mercados donde Honeywell está presente, pero GE no”.

C. QUE LA INTEGRACIÓN GENERE EFECTOS PROCOLUSORIOS

Los efectos procolusorios, también llamados por Massimo Motta efectos coordinados, hacen referencia a los eventos en los que la concentración económica «(...) no supone una amenaza de poder de mercado por una sola empresa, pero genera condiciones más favorables para la colusión en la industria».³¹³

De esta forma, sale a flote la siguiente premisa: puede que no toda integración empresarial genere directamente un efecto restrictivo de la libre competencia, como el fortalecimiento de la posición dominante, pero puede desincentivar a los demás competidores del mercado a competir y prefieren actuar de manera cartelizada, ahorrando costos en esfuerzos por competir y teniendo ganancias fijas.

Hay integraciones empresariales que pueden favorecer la creación de carteles o aumentar la voluntad de las empresas para actuar de manera coordinada por dos motivos principales.³¹⁴

- i. La fusión, por definición, reduce el número de empresas independientes.
- ii. La fusión puede dar lugar a una distribución más simétrica de los activos.

Ahora, si una concentración económica puede propiciar este tipo de situaciones y cambiar el entorno del mercado, entonces la integración tendrá a afectar la libre competencia, aun cuando lo hace de manera indirecta.

Sin embargo, es pertinente también decir que dichos efectos procolusorios no solo se pueden generar por la forma en que esté diseñada la solicitud de integración, ni por la posición dominante que ostenten las integradas. Dicha propensión a caer en los efectos coordinados responderá igualmente a la estructura del mercado.

Ahora, si bien puede advertirse que es una causal con grandes dificultades, puesto que implicaría prever con un alto grado de certeza que se generarán efectos colusorios en el mercado, lo cual ciertamente resulta complicado, puesto que predecir este tipo de fenómenos *a priori* no es sencillo. En dado caso, dicha previsión tendría que tener un grado de certeza

313 MASSIMO MOTTA. Política de competencia. Teoría y práctica, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión Federal de Competencia Económica, Centro de Investigación y Docencia Económicas y Fondo de Cultura Económica, 2018, p. 304.

314 *Id.*, p. 304.

suficiente tal que sustente la objeción de una integración económica, pues, de lo contrario, se estaría cercenando su derecho a los empresarios y lo que procedería sería un condicionamiento o una entrada en vigilancia especial

Entonces, cuando quiera que pueda advertirse con un alto grado de certeza que la integración atiende a la estructura del mercado y si esta cuenta con elementos que favorezcan la colusión puede llegar a generar un desincentivo tal en los demás competidores que se vean más interesados en actuar bajo acuerdos anticompetitivos, deberá objetarse la integración empresarial en aras de proteger el mercado de eventuales y potenciales restricciones.

D. QUE LA INTEGRACIÓN GENERE EFICIENCIAS EXCESIVAS

Como expusimos previamente, hay situaciones en las que, pese a la existencia de posibles restricciones a la competencia producto de una integración empresarial, podrá igualmente aprobarse la operación cuando se exceptúe ganancias en eficiencia.

Las ganancias en eficiencia, en general, deberían predicarse de toda integración empresarial, pues estas implicarán que se incremente el excedente del consumidor y, por ende, el bienestar social. De esta forma, procederá la aprobación de una operación de integración cuando, pese a poder generar efectos disruptivos en la competencia, representen ganancias en eficiencia para la colectividad que sean prevalentes o redunden en un bienestar general.

Dicha excepción la encontramos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. El artículo 22, numeral quinto, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece la excepción de eficiencia, en concordancia con el artículo 18, numeral 11, del Reglamento de esta misma ley, modificado por el Decreto Ejecutivo 1193 del año 2020, Veamos:

Artículo 22 numeral quinto de la LORCPM:

5.- La contribución que la concentración pudiere aportar a:

- a) La mejora de los sistemas de producción o comercialización;
- b) El fomento del avance tecnológico o económico del país;
- c) La competitividad de la industria nacional en el mercado internacional siempre y cuando no tenga una afectación significativa al bienestar económico de los consumidores nacionales;
- d) El bienestar de los consumidores nacionales;

- e) Si tal aporte resultare suficiente para compensar determinados y específicos efectos restrictivos sobre la competencia; y,
- f) La diversificación del capital social y la participación de los trabajadores.

La Autoridad Nacional de Competencia podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios.

En este evento deberá acompañarse el compromiso de que los efectos benéficos serán trasladados a los consumidores.

Como es evidente, la integración se autorizará cuando las ganancias en eficiencia tengan cierta magnitud y cuando la única vía para alcanzarlas sea la integración económica. Empero, aun cuando se entiende que los principales beneficiados de la fusión serán los empresarios —puesto que ahorran costos de transacción y pueden obtener mayores utilidades— y solamente de manera indirecta se beneficia al colectivo, las ganancias en eficiencia cuando fueren excesivas, es decir, cuando representen beneficios excesivos para el empresario, pueden constituir un argumento en contra de la integración.

La Comisión Europea ha argumentado los beneficios excesivos o *efficiency offence*³¹⁵ como argumento para impedir algunas integraciones empresariales.³¹⁶ El argumento se sustenta sobre la base de teorías econó-

315 También lo llaman *delito de ganancias en eficiencia excesiva*.

316 Al respecto refiere Motta al caso de General Electric/Honeywell, en el cual la Comisión Europea tuvo en cuenta este factor, dentro de otros varios para impedir la integración empresarial entre las empresas mencionadas. En este caso, las empresas que se desempeñan en el sector aeronáutico pretendían integrarse económicamente, General Electric tomaría el control de Honeywell. No obstante, dada la dominancia ostentada por estos agentes en el mercado, su posición dentro del mercado aeronáutico, las características propias del mercado de venta de aviones, repuestos y servicios posventa, y la posibilidad de que las empresas integradas incurrieran, luego de la operación, en *bundling* (ventas mediante empaquetamiento de productos combinados que tienden a reducir los precios en el mercado y a forzar la salida de los demás competidores) (Motta, 2018, p. 454), la Comisión decidió impedir la integración entre estas empresas. Consideró que las ganancias en eficiencia producidas por el *bundling* podrían, en últimas, derivar en una pérdida de bienestar, puesto que se estaría excluyendo a los demás competidores del mercado. Sin embargo, critica el autor que en dicha decisión la Comisión no tuvo en cuenta otro tipo de factores, como la vida útil de los productos que se estaban vendiendo y que la exclusión eventual de los otros competidores sería un efecto a largo plazo, cuestión que permitiría reevaluar dicho argumento como causal de objeción de la integración económica.

micas, como por ejemplo la teoría de los portafolios,³¹⁷ que implican prácticas que terminan, en últimas, restringiendo la competencia en el mercado específico. Lo explica Motta de la siguiente forma: «A su vez, las empresas fusionadas podrían utilizar su poder de mercado de una manera contraria a la competencia, y los competidores se verían obligados a salir de la industria como resultado de la fusión».³¹⁸

Si bien la decisión tomada por la Comisión Europea en el caso General Electric/Honeywell se fundamenta en que para estas empresas la operación representaría ganancias en eficiencia excesivas, traducido en una reducción o ahorro en costos, y ello podría conllevar la exclusión de competidores en el mercado convirtiendo el mercado en inelástico desde la óptica de la oferta, hay una parte de la doctrina que es crítica de esta postura. Este sector establece que, si bien es cierto y probable que ese sea el efecto esperado de la concentración empresarial, es igualmente cierto que el uso de este argumento como causal de objeción puede llegar a resultar un tanto paternalista y a obstruir el desarrollo normal de las fuerzas del mercado, es decir que los competidores reaccionen y tomen medidas frente a esa concentración económica, por ejemplo, buscando formas alternativas para vender dichos bienes complementarios empaquetados.

La postura de la Comisión Europea pareciera más tendiente a proteger a los competidores fuera de las empresas integrantes, bajo el presupuesto de que estos no tienen la posibilidad de competir con la empresa integrada en igualdad de condiciones. En otras palabras, a juicio nuestro, la Comisión Europea está objetando dicha integración empresarial como quiera que, aunada a un mercado concentrado y a una posición dominante actual o futura, podría conllevar la exclusión de competidores manifiestamente más débiles. En este caso se protege a los competidores y la existencia de competencia.

En resumen, si bien las cláusulas generales de objeción de las integraciones empresariales contenidas en las diferentes legislaciones son bastante amplias, encontramos que estas pueden dotarse de diferentes sentidos, atendiendo a los casos concretos y a una interpretación teleológica y contextual del concepto que subyace a dicha causal genérica. Así, los

317 Dice Motta (2018): «Esta teoría se refiere a fusiones entre empresas que producen bienes que no pertenecen al mismo mercado de producto de referencia, pero que de alguna manera están relacionados o son complementarios. Las empresas que se fusionan podrían entonces venderlos juntos y ganar poder de mercado porque los compradores preferirían que fuera una sola empresa la que los suministrara y no varias» (p. 330). Como se puede evidenciar del texto citado, se hace referencia a prácticas empresariales de corte similar al *bundling*, en las que los empresarios buscan integrarse para vender productos relacionados de manera conjunta.

318 MOTTA, *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., pp. 330-331.

argumentos para objetar una integración empresarial son variados y sería un error establecerlos como *numerus clausus*. De otra parte, es importante notar que los efectos que puede tener la concentración económica en el mercado no se circunscribirán unívocamente a una posición dominante o a la ejecución de una práctica restrictiva de la competencia. Como lo vimos en el caso de los efectos procolusorios, muchas veces su efecto es indirecto y consiste en incidir en los incentivos para competir, motivo por el cual, insistimos, resulta de utilidad la existencia de una causal general de objeción donde tengan cabida toda esta multiplicidad de supuestos como los expuestos anteriormente.

Ahora, habiendo visto los motivos por los que una integración económica puede ser objetada, pasaremos a ver cuáles son los remedios aplicables a una integración cuando esta puede generar restricciones en la competencia, pero existe la posibilidad de aprobarla bajo condicionamientos.

El tema de las integraciones empresariales y su coordinación guarda relación con lo previamente hablado, pues se ha insistido a lo largo del texto en que el bien tutelado es la eficiencia, es decir lo que se plantea con esta excepción no es que no se lleve a cabo la integración sino que se demuestre que es eficaz y lo mejor para el mercado, con esto se estaría matando la tipicidad, dándole razón a todo lo anteriormente dicho, pues si no es antijurídico no se puede considerar que sea sujeta de objeción la integración.

E. REMEDIOS A LAS INTEGRACIONES EMPRESARIALES

Las operaciones de integración empresarial, dependiendo de los lineamientos impuestos por cada Estado, serán autorizadas, objetadas o autorizadas bajo condicionamientos impuestos por la autoridad de competencia de cada país.

Los condicionamientos son, esencialmente, remedios o soluciones que brinda el ordenamiento jurídico cuando las integraciones empresariales pueden generar un impacto restrictivo en la libre competencia, pero de modificarse las condiciones de la operación de integración, esta no tendrá efectos adversos o disruptivos en el mercado.³¹⁹

Estos condicionamientos, o como los llama la doctrina española, compromisos, son correctivos con los cuales se busca, aunque suene redundante, corregir el impacto que puede tener una concentración económica frente a la competencia, para lograr que de esta forma la operación tenga una

319 ANTONIO CREUS. *Varios remedios en busca de un daño a la competencia por una concentración. Conceptos e instrumentos clave en materia de remedios: Comprador adecuado, negocio viable, el trustee y otros.* En Martínez y Petitbo. *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

afectación mínima en el mercado, sin que se cercene la libertad de empresa como derecho constitucional.³²⁰

Los remedios o condicionamientos pueden ser de dos tipos: estructurales o de comportamiento.³²¹

Los estructurales harán referencia a la modificación en la estructura de las empresas que se integran.³²² Es por ello que, generalmente, estos remedios consistirán en la desinversión de activos o enajenación de activos. Los ordenamientos norteamericanos y comunitarios han formulado remedios estructurales como los siguientes: el fiduciario de seguimiento y de desinversión (*monitoring trustee* y *divestiture trustee*),³²³ el comprador adecuado o viable,³²⁴ el vallado de protección (*ring-fencing*),³²⁵ entre otros. Cada una de estas figuras es un remedio estructural que tiene como finalidad corregir, a partir de modificaciones en la estructura de las empresas que se integran, el impacto negativo que pueda tener la concentración en la competencia.

320 *Id.*, p. 242.

321 Enrique Cañizares, Remedios Estructurales en control de concentraciones. Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia, página 179.

322 Jesus Alfaro Águila-Real. El comprador de activos en la aplicación de remedios, Remedios Estructurales en control de concentraciones. Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia, página 205.

323 La figura general es la del fiduciario o *trustee*. La figura tiene dos modalidades: el fiduciario de seguimiento y el fiduciario de desinversión. Su objetivo sería la supervisión o vigilancia del negocio (la desinversión de activos) o de los compromisos que haya adquirido la empresa, dependiendo del caso. Básicamente cumplirá las funciones de vigilancia que debería cumplir la autoridad de competencia, en virtud de un contrato oneroso, es decir que el fiduciario tendrá derecho a una remuneración que corre por cuenta del vigilado (Creus, 2008, p. 248).

324 Creus (2008) afirma que hace parte de los remedios colaterales planteados a la desinversión como remedio de la integración. Se parte de la premisa de que, por regla general, los activos o empresas objeto de la desinversión por sí solos no son capaces de mejorar la competencia. De esta forma, tendrá que, como en el caso del fiduciario, existir un gestor de dichos activos para que se permita la incorporación de competidores ya existentes y así se mejore la competencia. El comprador adecuado o viable podrá ser un rival importante en el mercado, bien por adquirir los activos de la desinversión o por los suyos propios. Sin embargo, este comprador no tendrá vínculos con las partes de la operación ni podrá tener problemas de competencia (p. 250).

325 Es una medida que puede atender a dos objetivos y, por ende, tomar dos formas. La primera de ellas estará dirigida a evitar el intercambio o flujo de información entre las empresas que se fusionan o de las que se debe separar durante el periodo de desinversión de activos. Su otra interpretación es que se refiere a la separación de actividades internas de la empresa (Creus, 2008, p. 252).

De otra parte, los remedios de comportamiento buscan imponer obligaciones de hacer o de no hacer en el mercado, a las empresas que se pretenden integrar. Sin embargo, no siempre es posible encontrar obligaciones de conducta puras, dado que estas muchas veces conllevan como consecuencia alguna modificación estructural; ejemplo de esto es el dar acceso a infraestructura a terceros o la modificación de contratos de suministro o de otro tipo de relaciones contractuales.³²⁶ Ejemplos de estos remedios no estructurales usados por la Comisión Europea son: acceso de terceros a infraestructuras clave, modificaciones en contratos exclusivos a largo plazo y otro tipo de obligaciones de no hacer o deberes de abstención en el mercado.³²⁷

Es entendible la preferencia por parte de las autoridades de competencia por los remedios estructurales, toda vez que estos no exigen, como sí lo hacen los remedios de comportamiento, un esquema de seguimiento por parte de la autoridad administrativa. Adicionalmente, los remedios estructurales presentan otra ventaja con relación a los remedios de comportamiento: su carácter definitivo o, por lo menos, duradero. Lo anterior no significa que los remedios de conducta no sean útiles o efectivos. El punto es que no todas las situaciones requieren el mismo tipo de remedios. Es por ello que será la autoridad administrativa en materia de competencia la que deba escoger, o formular, los remedios más pertinentes, dependiendo del escenario concreto del caso y los condicionamientos o remedios que procedan.

En Colombia, la autoridad de competencia puede implementar condiciones de autorización, tal como lo indica el artículo 11 de la Ley 1340: «(...) Sin embargo, podrá autorizarla sujetándola al cumplimiento de condiciones u obligaciones cuando, a su juicio, existan elementos suficientes para considerar que tales condiciones son idóneas para asegurar la preservación efectiva de la competencia».

F. EXCEPCIÓN DE EFICIENCIA

De tal manera, en los casos en que se presente una causal de objeción, los interesados podrán evitarla cuando demuestren que la operación genera eficiencias económicas para el consumidor.³²⁸ La Superintendencia de Control del Poder de Mercado deberá autorizar la concentración cuando no

326 ÍÑIGO IGARTÚA. *Las soluciones de comportamiento*. En Martínez y Petitbo. Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 223.

327 *Id.*, p. 225.

328 Antitrust Law, Richard A. Posner, Second Edition, The University Of Chicago Press, 2019, Página 9.

obstante presentarse una causal de objeción, la empresa resultante demuestre que la operación por realizarse generará efectos positivos para el consumidor.

Recordando que el bien tutelado en materia de prácticas comerciales restrictivas, la excepción de eficiencia se presenta como la prevalencia de uno de estos dos componentes sobre el otro, es decir la supremacía de la libertad de escogencia de los consumidores sobre la libertad de entrada de las empresas.

Por más que se genere un importante poder de mercado en cabeza de la empresa resultante, lo cual es causa de objeción, los interesados podrán hacer uso de la excepción de eficiencia, demostrando la eficiencia en la libertad de escogencia del consumidor para dar aplicación a la concentración en el mercado. En este caso es importante determinar la situación del mercado antes de la operación y proyectar cómo sería la conformación de aquel luego de la concentración. De esta manera, si la concentración genera un importante poder de mercado, queda a cargo de los interesados crear y demostrar las eficiencias que posee la concentración en un mercado en particular, pudiendo proponer condiciones económicas futuras que permitan otorgar tranquilidad para que proceda la autorización de la operación

La excepción de eficiencia debe estar motivada en mejores formas de producción, mayores alcances de distribución, mantenimiento de oferta de productos, mejores precios, mejor calidad, mejor integración de instalaciones, especialización en planta, menores costos de transporte y reducción de gastos. En tal sentido, al momento de presentar la operación debe probarse la forma como se vería beneficiado el consumidor que generalmente sería por ahorro de costos, sin que sea la única forma, pues puede ser, por ejemplo, el mantener un producto dentro del mercado.

Para la aplicación de la excepción de eficiencia debe analizarse cada caso en particular. La excepción resulta aplicable cuando la causal de objeción es económica, pues cuando es formal, la situación es otra: cuando se trata de objeción por falta de información, lo que se requiere es la presentación de esta, como hecho nuevo, para que se tome la decisión económica.³²⁹

En conclusión, se trata de un mecanismo para que los particulares puedan manifestar a la autoridad de control que su operación, no obstante estar incursa en una causal de objeción por afectar la libertad de entrada (poder de mercado y barreras estructurales), beneficia al consumidor. Es el reconocimiento de la primacía de un principio sobre el otro, pero queda en manos de los participantes en la futura operación demostrar y probar dichos

329 E. Thomas Sullivan, Antitrust and economic Implications, LexisNexis, Fifth Edition, página 346.

beneficios, bien sea porque la variedad de precios y de bienes se incrementa, o porque el precio se disminuye o se congela por un tiempo, o porque se promete la existencia del producto sin perjuicio de las dificultades actuales. Dicho estudio mostrará que los consumidores reflejan un beneficio con ocasión de la operación.

La demostración de los beneficios y su promesa de cumplimiento se entienden como condicionamientos a la operación, que resolverían el negocio en caso de no ser cumplidos. No se trata de una simple conjetura económica futura, sino la obligación de su efectiva realización pero no como una prestación de medio sino como una prestación de resultado, quedando justificado su no cumplimiento solo en la causa extraña (caso fortuito, fuerza mayor y hecho de tercero).

Esta obligación de resultado debe estar garantizada con un colateral a fin de que el Estado tenga certeza del cumplimiento de la excepción de eficiencia y así pueda procurarse los medios idóneos para hacer gravoso su no cumplimiento por parte de los administrados. En tal sentido, en el supuesto de que no sea honrado lo prometido en la excepción, se procederá a hacer efectivo el colateral, que opera en este caso como una multa, y podrá ordenarse a la vez el cumplimiento; y de no tener justificación de incumplimiento (causa extraña) podrá ordenarse reversar la operación mediante una revocatoria directa de lo aprobado basada en el régimen de condición resolutoria, figura altamente estudiada en el derecho.

G. CONDICIONAMIENTOS

Como se indicó, cuando las concentraciones económicas generan una causal de objeción queda la posibilidad de que los interesados aleguen la excepción de eficiencia. Producto de dicha excepción podrá probarse que la operación es eficiente para el mercado y en tal sentido amerita condicionamientos, a los cuales debe sujetarse la operación autorizada.

Cabe expresar que una cosa es la excepción de eficiencia y otra los condicionamientos. La primera es la forma en que los particulares exponen los beneficios del consumidor, no obstante la reducción de oferta que se presenta o las barreras creadas con la operación. Los segundos son consecuencia de la primera; pero dichos condicionamientos pueden ser generados y creados por el Estado sin que compartan identidad en su contenido con lo expuesto por los administrados en la excepción de eficiencia. En tal sentido, son figuras independientes, que en algunas ocasiones son consecuencia de la búsqueda por el bienestar del mercado pero no necesariamente siempre tienen la misma fuente, pues la excepción de eficiencia nace de la voluntad

del solicitante de la integración y la otra nace de la voluntad del Estado que impide el condicionamiento.

La tendencia mundial para operaciones que generan un gran poder de mercado ha sido que el ente supervisor en materia de competencia condicione su realización a la creación de ciertas seguridades que le brinden tranquilidad al Estado sobre las bondades de la operación, especialmente los beneficios al consumidor y la eliminación de barreras de entrada y permanencia para posibles competidores. En caso de querer adelantar la concentración, la empresa resultante deberá observar los condicionamientos impuestos.

Entre otros condicionamientos que pueden presentarse figuran:

- Venta de marca;
- Prohibición de cláusulas de exclusividad;
- Compartimiento de canales de distribución;
- Mantenimiento de niveles de producción;
- Venta de maquinaria;
- Escisión de actividades;
- Prohibición de empaquetamiento;
- Venta al detal de productos.

VI. EJEMPLO Y MATRIZ

Para mantener la estructura explicativa que se ha desarrollado en los capítulos anteriores, procedería cerrar este capítulo con un ejemplo y la matriz de responsabilidad administrativa sancionatoria que recoge el supuesto; sin embargo, como este no es un régimen que sancione comportamientos, *a posteriori*, sino que emite autorizaciones, se procederá a resumir en una matriz los elementos que la autoridad administrativa, es decir la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, debe tener en cuenta al estudiar si emite o no la autorización.

Empezaremos con un ejemplo que resulta antijurídico y restrictivo y luego lo modificaremos para mostrar circunstancias con las que se excluye la responsabilidad.

Ejemplo 51

Operatividad de empresas en el mercado relevante (fusión A y B)

Tiempos	Cuota	Empresas productoras			
		A	B	C	D
T1	Cuota de Mercado	35 %	35 %	20 %	10 %
T2	Cuota de Mercado		70 %	20 %	10 %

En este ejemplo, tenemos que en el mercado relevante las empresas productoras son A, B, C y D, que en un primer momento (T1) operan de forma independiente, cada una con una cuota de mercado de 35 %, 35 %, 20 % y 10 %, respectivamente. Sin embargo, posteriormente (T2) las empresas A y B deciden fusionarse. La operación debe ser notificada por cumplir con el requisito del literal b del artículo 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es decir «que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante». La cuota de mercado de la resultante sería muy amplia, y pensemos que además la empresa A es dueña de una facilidad esencial para la producción y que la empresa B tiene contratos de exclusividad con una buena parte de los distribuidores.

Teniendo en cuenta todos los elementos de la operación, consagrados en el artículo 22 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la Superintendencia debería objetar la operación debido a que se aumenta bastante el poder de mercado de las empresas partícipes, lo que podría traducirse en barreras de entrada y un potencial para que se configuren abusos exclusorios y explotativos.

Ahora bien, si aun manteniéndose todo lo indicado anteriormente, las empresas A y B logran probar suficientemente que habrá ganancias en eficiencia que no solo las beneficiarán a ellas, sino también a los consumidores, la Superintendencia podría condicionar la operación e imponer remedios, tanto estructurales como conductuales, como por ejemplo exigir que se permita el acceso a los competidores a la facilidad esencial o dar por terminada la obligación de exclusividad de los distribuidores.

Hagamos ahora una modificación a este ejemplo que llevará a conclusiones diametralmente opuestas:

Ejemplo 52

Operatividad de empresas en el mercado relevante (fusión C y D)

Tiempo	Cuota	Empresas a fusionarse			
		A	B	C	D
T1	Cuota de mercado	35 %	35 %	20 %	10 %
T2	Cuota de mercado	35 %	35 %		30 %

Pensemos ahora que, en ese mismo mercado relevante, las empresas que se van a fusionar no son A y B, sino C y D, la cuota de mercado de la resultante sería del 30 %, por lo que también cumplirían con el requisito del literal b del artículo 16 y estarían obligadas a notificar la operación.

Teniendo en cuenta que ni C ni D son propietarios de facilidades esenciales, ni tienen exclusividad de los distribuidores, o similares, la Superintendencia debería autorizar la operación ya que no traerá un aumento desmedido del poder de mercado que le dé posición dominante a ninguna empresa, no se pondrá en situación de desventaja injustificada a los competidores, no hay razón para prever barreras de entrada ni potenciales abusos exclusorios o explotativos. La Superintendencia debería autorizar la operación debido a la falta de peligro para los bienes jurídicos tutelados, o, en otras palabras, antijuridicidad.

Ahora sí, terminemos el capítulo con una matriz recogiendo lo que se ha explicado en este capítulo:

Matriz del control de concentraciones económicas		
Operaciones con notificación obligatoria	Decisión de la Superintendencia	Criterios que deben concurrir para que la Superintendencia tome la decisión correspondiente
Volumen total de negocios de los partícipes mayor al monto establecido por la Junta de Regulación	Autorizar	No aumento injustificado de poder de mercado ni disminución importante de la oferta
		No riesgo para el mercado ni los excedentes de consumidores o productores
Adquirir o aumentar una cuota de mercado mayor al 30%	Condicionar	Riesgo para el mercado y/o los excedentes de consumidores o productores
		Ganancias de eficiencia para el mercado
		Posibilidad de mitigar el riesgo mediante remedios estructurales o conductuales
*Están exentas las operaciones que no transfieran derecho a voto o que involucren a una parte inactiva en el mercado	Denegar	Aumento injustificado de poder de mercado ni disminución importante de la oferta
		Riesgo para el mercado y/o los excedentes de consumidores o productores
		No ganancias de eficiencia para el mercado

CAPÍTULO OCTAVO

AYUDAS ESTATALES

I. LA AYUDA ESTATAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

A. EL RÉGIMEN DE AYUDAS ESTATALES TIENE UN ORIGEN INTERNACIONAL

Las ayudas públicas pueden afectar no solo mercados nacionales, sino supranacionales como el de la Unión Europea, de hecho, es en el ámbito internacional que nace el régimen de ayudas estatales en orden a eliminar barreras empresariales creadas entre los diferentes países para el libre comercio dentro de una región. Es por esto que, por ejemplo, uno de los propósitos del proceso de integración económica de la Unión Europa es el establecimiento de un mercado interior, para lo cual se requiere un espacio sin fronteras interiores para que los capitales, mercancías, servicios y personas circulen de manera libre y un sistema que garantice que la competencia no se va a ver falseada por la regulación interna de un país miembro.³³⁰ Dicho lo anterior, las ayudas estatales pueden distorsionar ese mercado interior con la regulación de un país miembro, en la medida en que con estas los Estados buscan proteger sus mercados nacionales y, por tanto, son incompatibles con aquél, salvo que de manera expresa se establezca una cosa diferente.³³¹

Así entonces, en los artículos 107 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se consagraron disposiciones relativas a las ayudas estatales.³³² En estas disposiciones se especifica que las ayudas estatales otorgadas mediante cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones son incompatibles con el mercado interior, en la medida en que es posible que afecten los intercambios entre los Estados miembros. Así mismo, se establece qué ayudas sí son compatibles y cuáles podrían considerarse compatibles con el mercado interior,³³³ es decir que, el TFUE contempla excepciones de

330 JUAN ARPIO SANTACRUZ. *Tratado de derecho de la competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

331 ANA BELÉN CAMPUZANO. *Las Ayudas Públicas*. En: CARMEN CALDERÓN; ALBERTO PALOMAR; ANA BELÉN CAMPUZANO. *Derecho de la competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019; ARPIO SANTACRUZ, Juan, cit.

332 Es importante advertir que, si bien esta es la norma vigente, en el anterior Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado CEE) también contenía normas relativas a las ayudas públicas.

333 Artículo 107 TFUE

1. Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados

manera automática así como excepciones que la Comisión puede llegar a declarar compatibles.

La Comisión es la encargada de examinar de manera permanente si los Estados miembros están siguiendo el régimen de ayudas estatales y de proponer las medidas necesarias para el desarrollo progresivo y el funcionamiento del mercado interior.³³⁴ Así entonces, la Comisión puede ordenar que, dentro de un plazo que esta determine, el Estado suprima o modifique una ayuda estatal en la medida en que esta sea incompatible con el mercado interior o que la misma se aplica de manera abusiva y si el Estado no cumple la decisión dentro del plazo establecido, la Comisión o cualquier otro Estado interesado puede recurrir directamente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.³³⁵

Para cumplir con su labor, la Comisión debe ser informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar con suficiente antelación para que esta pueda presentar sus observaciones, y si considera que el proyecto

miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

2. Serán compatibles con el mercado interior:

- a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;
- b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;
- c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división. Cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión por la que se derogue la presente letra.

3. Podrán considerarse compatibles con el mercado interior:

- a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de sub-empleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social;
- b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;
- c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;
- d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común;
- e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada a propuesta de la Comisión.

334 Artículo 108 del TFUE.

335 *Id.*

no es compatible con el mercado interior debe iniciar el procedimiento correspondiente y el Estado no puede ejecutar las medidas proyectadas hasta que exista una decisión definitiva.³³⁶

Como se puede observar lo que se pretendió con la regulación de las ayudas estatales fue abrir el comercio, para lo cual se hizo necesario evitar que los Estados ayudaran a sus «campeones nacionales», pues de lo contrario esas ayudas podrían distorsionar la competencia y crear barreras para empresas extranjeras. De tal importancia resulta ser esa protección de la competencia en el comercio interior que la Comisión debe vigilar el cumplimiento del régimen de ayudas estatales por parte de los Estados miembros de manera permanente.

B. LA AYUDA ESTATAL EN LA COMUNIDAD ANDINA

La Comunidad Andina (en adelante CAN) es una organización subregional con personería jurídica internacional, cuyos principales propósitos son: i) el desarrollo de manera equilibrada y armónica de los Países Miembros en condiciones de equidad; ii) acelerar el crecimiento a través de la integración y cooperación económica y social; iii) impulsar la participación en el proceso de integración regional, con el objeto de la formación paulatina de un mercado común Latinoamericano; y iv) procurar el mejoramiento del nivel de vida de los habitantes.³³⁷ Esta comunidad en la actualidad está conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.³³⁸

En orden a cumplir con los propósitos mencionados, la CAN ha buscado regular las relaciones comerciales entre los Estados miembros con el objeto de llegar a ser un mercado común, lo cual implica normas en materia de *dumping* y *antitrust*.³³⁹ Actualmente, la Decisión 608 de la CAN regula la protección de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad, con el fin de asegurar que no se menoscaben los beneficios de la integración.

El artículo 6 de la Decisión 608 dispone que los Países miembros pueden someter a consideración de la Comisión el establecimiento de exclusiones o excepciones en la aplicación de la Decisión respecto de actividades económicas sensibles necesarias para lograr los objetivos fundamentales

336 *Id.*

337 GRACIELA ORTIZ ORIGGI. La normativa comunitaria en materia de libre competencia en la Comunidad Andina. En: Temis 42, 2001, pp. 155-156.

338 <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=189&tipo=QU&title=somos-comunidad-andina>.

339 ABDÍAS SOTOMAYOR VÉRTIZ. El modelo de la Comunidad Andina: análisis y propuestas. En: Temis 42, 2001, p. 81.

de su política, siempre que se encuentren contempladas en la legislación de dicho país y que cumplan unas condiciones, las cuales consisten en: i) que representen beneficios significativos al desarrollo de la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios, o fomenten el progreso tecnológico o económico; ii) que representen la concesión de condiciones preferenciales a regiones deprimidas o actividades económicamente sensibles o, en todo caso, en situación de emergencia; iii) que no implique que los agentes económicos tengan la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción, comercialización o distribución de los bienes o servicios de que se trate; y iv) que sean compatibles con el ordenamiento jurídico andino.

Sobre las exclusiones o excepciones debe existir una decisión por parte de la Comisión, mediante la cual esta puede aprobarlas, modificarlas o eliminarlas, previa recomendación del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, que además debe revisar periódicamente esa medida.

Lo anterior es importante para el presente escrito en la medida en que, como se mencionó con anterioridad, las ayudas estatales pueden presentarse de diferentes formas, incluso excluir o excepcionar del ámbito de normas de competencia actividades económicas. En este sentido, el artículo 6 de la Decisión 608, sin decirlo de manera expresa, permite que la Comisión en algunas ocasiones decida sobre ayudas estatales consistentes en la no aplicación del régimen comunitario competencia, lo cual sin duda va a beneficiar al sector respecto del cual se toma la decisión de excepcionar o excluir la aplicación del régimen. Sin embargo, cabe resaltar que esa autorización de exclusión o excepción es para sectores sensibles o regiones deprimidas y que no puede implicar la eliminación de la competencia.

Esas exclusiones o excepciones están referidas a las conductas descritas en los artículos 7 y 8 de la Decisión, por lo que debe indicarse qué conducta es objeto de la medida, los cuales hacen referencia a acuerdos y abuso de la posición de dominio, y deben ser transitorias, esto es, no pueden establecerse como base de la estructura económica de manera permanente.³⁴⁰

Así entonces, si un país miembro pretende expedir una norma mediante la cual se permita a un sector o actividad económica sensible desarrollar una práctica anticompetitiva de las consagradas en los artículos 7 y 8 de la Decisión 608, debe informar a la Comisión, para que esta decida si la permite, la modifica o la elimina, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la Decisión.

340 SECRETARÍA GENERAL. COMUNIDAD ANDINA. Guía práctica para la aplicación de la Decisión 608 «normas para la protección y promoción de la libre competencia en la comunidad andina», 2007, pp. 21-22.

II. AYUDA ESTATAL EN EL ÁMBITO TERRITORIAL DE ECUADOR

A. NATURALEZA

Para referirnos a la naturaleza de los supuestos de ayudas estatales al interior de la ley de Ecuador se debe empezar por mencionar los participantes en un escenario de microeconomía: se trata de los productores, los consumidores y el Estado. De los dos primeros, su papel en el mercado y las conductas que despliegan se ha hablado ya bastante en todos los capítulos del presente libro, sin embargo, no se ha dicho mucho acerca del papel que desempeña el Estado.

En cuanto a la estructuración del sistema económico, el capítulo cuarto sobre Soberanía Económica de la Constitución de la República del Ecuador menciona que el sistema económico es social y solidario, el ser humano debe ser observado como sujeto y fin de este y debe buscarse una relación dinámica entre sociedad, Estado y mercado. Allí se definen los objetivos de las políticas económica y comercial, mencionando que el Estado promoverá el acceso equitativo, la democratización y la no concentración de los factores de producción.

Cuando hablamos de los bienes jurídicos tutelados, mencionamos que se legitima al Estado para intervenir en la economía de conformidad con la Constitución Nacional, que autoriza intervenir al Ejecutivo cuando lo considere necesario, para salvaguardar y promover el bienestar general, la racionalización de la economía y una mejor calidad de vida de sus habitantes.

Para lograr dichos fines, el Estado interviene de varias formas, por un lado, recauda información sobre los mercados,³⁴¹ lo cual, por supuesto, puede serle útil a los competidores actuales o potenciales, y por otro, se ha dicho desde el estudio del *marketing*, que los factores políticos y legales afectan el comportamiento de una empresa. Dentro de estos factores se mencionan las políticas monetarias y fiscales, la legislación y regulaciones sociales, las relaciones del gobierno con las industrias, dentro de las que se contemplan los subsidios y la legislación relacionada específicamente con el *marketing*.³⁴²

La regulación de las ayudas estatales parte de la base de que el Estado puede comportarse también como un agente anticompetitivo que daña la lucha en el mercado de las empresas utilizando indebidamente el erario para eso. Dicha posibilidad no solo se justifica en las actividades que acabamos de mencionar, sino además en el hecho de que el Estado también es un agente

³⁴¹ WILLIAM J. STANTON, MICHAEL J. ETZEL & BRUCE J WALKER. *Fundamentos de marketing*, cit., p. 91.

³⁴² *Ibid.*, pp. 43-45.

del mercado, incluso con prerrogativas mucho mayores que los demás, por lo que debe haber un control para que sus actividades no afecten el mercado y el bienestar general. Algunos parten incluso del argumento de que estos supuestos se justifican ya que a la luz de las normas de competencia el Estado debe ser considerado como una «persona», uno más de los sujetos destinatarios de la ley que, en consecuencia, debe orientar su actuar siempre a los fines de esta.³⁴³

Lo anterior guarda absoluta concordancia con la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, ya que de conformidad con su artículo 2, están sometidos a las disposiciones de la ley «todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional».

Ahora bien, el Estado no solo participa a través de sus empresas en el mercado, sino que también lo hace bajo la intervención en la economía con su regulación de mercados y de actividades comerciales.

El Estado es considerado un agente más del mercado ya que se desempeña tanto como consumidor, como oferente y como regulador. Se comporta como consumidor cuando abre licitaciones o procesos de contratación para satisfacer las necesidades de proyectos de interés general, consume bienes y servicios de la más amplia naturaleza, desde útiles escolares para las escuelas públicas hasta la construcción de estas.³⁴⁴ Se comporta como oferente de un gran abanico de productos y servicios también, que van desde los remates o subastas públicas, hasta los servicios públicos esenciales. Además, se comporta como regulador en la medida que es el encargado de intervenir y dotar de marco jurídico a las diferentes actividades económicas del país.

Lo que se busca entonces al tipificar supuestos de ayudas estatales es que un agente económico no adquiera mejor posición competitiva o mayores beneficios que los demás no por ser un buen competidor sino porque el Estado lo favoreció injustificadamente, entonces el margen de acción que se está limitando aquí no es el de los particulares sino el del Estado administrador y legislador, que debe observar los parámetros y objetivos de la norma-

343 CHRISTOPHER L. SAGERS. *Antitrust. Examples and explanations*, cit., pp. 367 y 368.

344 WILLIAM J. STANTON, MICHAEL J. ETZEL & BRUCE J WALKER. *Fundamentos de marketing*, cit., pp. 148-149.

tiva de mercados al momento de emitir una regulación, cualquiera que sea su rango, so pena de que esta pueda ser objetada y/o demandada y retirada del ordenamiento por restringir injustificadamente la competencia. Cualquier regulación debe tender siempre a la protección de intereses constitucionales, nunca a los intereses privados de los reguladores.

Ahora bien, enfocándonos en la actividad regulatoria, esta debe realizarse teniendo en cuenta la supremacía de la Constitución. Toda ley, acto administrativo, reglamento, etcétera, debe respetar los mandatos de la norma suprema de conformidad con los artículos 424 y 425 de la misma. Autores como GARCÍA DE ENTERRÍA dividen los actos administrativos, y creemos que puede extrapolarse a las distintas formas de regulación en general, en dos tipos, aquellos que crean o amplían situaciones activas favorables para el administrado, y aquellos que crean o amplían situaciones pasivas. Los primeros son aquellos que confieren derechos u otorgan prerrogativas, mientras que los segundos son aquellos que imponen gravámenes, limitaciones u obligaciones.³⁴⁵

Las regulaciones que emite el Estado, particulares o generales, que tienen repercusiones en el funcionamiento del mercado, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la racionalización de la economía no son solo el fundamento, sino también el límite de la intervención estatal en la economía, por lo que toda regulación relacionada con el desarrollo de los mercados debe estar en consonancia con dichos fines, nunca debe responder a la atención de intereses particulares de alguna o algunas empresas.³⁴⁶

Sin embargo, en la emisión de regulaciones, y en general en la actividad estatal, no solo confluyen los intereses comunes y públicos reconocidos en la Constitución, sino que suele haber intereses particulares de por medio, debido a que, por ejemplo, los miembros de las entidades regulatorias son a veces financiados o patrocinados por empresas y estas pueden pretender que los favores les sean pagados a través de regulaciones que les favorezcan. Es un riesgo.

Es decir, que al momento de proferir una regulación confluyen no solo los intereses generales y públicos, que, con base en la Constitución, son justamente los que deben orientar las regulaciones del Estado, sino también intereses particulares de algunas empresas o individuos. De manera que, si el Estado pone dichos intereses por encima del bienestar general, puede devenir

345 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II, cit., pp. 103-106.

346 MAURICIO VELANDIA. *Derecho de la competencia y del consumo. Competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor*, cit., pp. 291-297.

restrictivo para la competencia, y no mediante carteles, ni abuso de posición dominante, ni integraciones empresariales, sino vía ayudas estatales, es decir, vía regulación.

Se trata de casos en que el Estado abusa de ese poder de intervención que tiene para poner a minorías por encima de las mayorías y, como consecuencia, se genera la viabilidad para una acción contenciosa administrativa o constitucional, según si lo que está resultando lesivo es un acto administrativo o una ley.

Si el Estado emite una regulación que favorezca los intereses de alguna empresa en particular, esta seguramente resultará con una posición más cómoda que sus competidores en el mercado, lo que le permitirá desempeñarse mejor y obtener mayores beneficios, sin embargo, tal triunfo no será consecuencia de la eficiencia de la empresa o de haberle ganado a pulso a sus competidores en la puja por la clientela sino será consecuencia de una desigualdad de condiciones competitivas creada injustificadamente por el Estado bajo una ley o un decreto, lo que por supuesto vulnera el excedente de los productores.

Se prefiere el uso de las frases «ayudas estatales» o «ayudas públicas», por ser más amplias que «subsidios», que solo abarca una conducta activa consistente en la inyección de capital; en cambio, hablar de «ayudas estatales» permite incluir también supuestos de medidas pasivas, como exenciones fiscales discriminatorias.³⁴⁷

Puede hablarse además de dos tipos de ayudas estatales, las de intervención y las que exprimen el presupuesto estatal. Las primeras son aquellas en las que el Estado emite una regulación con la que crea desigualdad, es como si hubiese un cartel entre Estado y empresa, pero no vía contratación sino vía regulación. Es el Estado el que directamente daña el bien jurídico tutelado. Por el contrario, las que exprimen el presupuesto estatal son aquellas en las que los subsidios terminan yendo a las manos de grandes empresas, en lugar de las pequeñas que los necesitan, es decir, se trata de particulares que evitan que el Estado haga una repartición eficiente y justa de los recursos públicos.³⁴⁸

B. APLICACIÓN

Se ha manifestado que el Estado puede comportarse de forma anti-competitiva poniendo a algunos agentes del mercado en situación de ventaja

347 *Ibid.*, p. 292.

348 MAURICIO VELANDIA. *El ocaso del monopolio*, cit., Capítulo XXI. Actos restrictivos y ayudas estatales.

y a otros de desventaja, para el derecho administrativo esta idea de que el Estado le pueda causar daño a los particulares no es nada nueva, desde la Edad Media en Inglaterra se empezó a forjar el principio *The king can do not wrong*, cuya evolución ocurrió de la mano con la de los Estados modernos.³⁴⁹

Así, en ordenamientos como el español se tienen cláusulas generales como aquella según la cual «los particulares tienen derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa».³⁵⁰

Entre nosotros, el principio de responsabilidad extracontractual del Estado está contemplada en los artículos 15 y 330 del Código Orgánico Administrativo, según los cuales «el Estado responderá por los daños como consecuencia de la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos o las acciones u omisiones de sus servidores públicos o los sujetos de derecho privado que actúan en ejercicio de una potestad pública por delegación del Estado y sus dependientes, controlados o contratistas», y «las instituciones del sector público, con excepción de la función judicial cuya responsabilidad está determinada en su propia ley, responden por el daño debidamente calificado proveniente de sus actuaciones u omisiones, incluso cuando estas sean lícitas, siempre que el particular perjudicado no tenga la obligación jurídica de soportarlo, en los términos de la reparación por daños prevista en este Código».

De conformidad con lo anterior, las acciones pertinentes pueden revestir un carácter declarativo o indemnizatorio. El primer caso se refiere a la pretensión de que la autoridad competente declare que la regulación emitida por el Estado adolece, por ejemplo, de nulidad; mientras que lo segundo se refiere a que el particular especialmente lesionado con la actividad administrativa solicita que se le indemnice el daño sufrido que no tenía que soportar, esto último ocurriría si por ejemplo las obligaciones impuestas con la regulación llevaron a un individuo a la quiebra.

Ahora bien, dejando de lado el derecho administrativo y pasando al derecho de la competencia, encontramos que el sustento objetivo es el mismo. El Estado puede causar daño tanto a los particulares como al mercado y la competencia, teniendo en cuenta que como explicamos en el acápite anterior, el Estado es también un agente del mercado. Dicho potencial dañino debe

349 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II, cit., pp. 359-360.

350 *Ibid.*, p. 371.

ser vigilado y mitigado, y en caso de que se configure la afectación a la competencia, debe detenerse y eventualmente compensar a los particulares afectados; es justamente esta necesidad de mantener a raya al Estado y evitar los abusos de sus potestades la razón por la que aparece el régimen de ayudas estatales.

Hablando un poco del ámbito internacional, en Europa, repetimos que las ayudas otorgadas por los Estados están contempladas a partir del artículo 87 del Tratado de la Comunidad Europea, y se ha hablado de dos formas, la primera es vía subsidios, es decir, cuando el Estado financia a sus empresas nacionales, poniéndolas en ventaja por sobre las extranjeras en un mercado integrado. Y la segunda forma es cuando por vía fiscal el Estado le da ventaja competitiva a alguna empresa, o *a contrario sensu*, perjudica a alguna pudiendo llevarla incluso a la quiebra.

En el ámbito de las comunidades europeas las ayudas se prevén con respecto del mercado integrado de todos los miembros de la comunidad, y lo que se busca es que un gobierno no ponga en situación de ventaja injustificada a sus empresas nacionales con respecto a las de otros países de la comunidad, ni que perjudique a las empresas extranjeras que desempeñan actividades en su territorio. Y se ha contemplado que los beneficios o perjuicios causados por las legislaciones de un Estado pueden ser de forma «activa», es decir, otorgando derechos, como subsidios, que son el ejemplo más clásico; o de forma «pasiva» que puede ser creando exenciones fiscales para algunas empresas.

Se ha considerado que una regulación que subsidie a las empresas nacionales por encima de las demás en un mercado integrado, «distorsiona la competencia en el mercado y tiene efectos perjudiciales, ya que podría permitir que empresas ineficientes sobrevivan a expensas de otras más eficientes». ³⁵¹ No es beneficioso para el mercado que una empresa obtenga ventajas en el mercado como consecuencia de una intervención estatal injustificada y no de su eficiencia.

En la Unión Europea se han presentado varios casos, como el relativo al puerto de Génova y las disposiciones portuarias italianas; en dicho caso existieron varios pronunciamientos de la Comisión Europea, en los que básicamente determinó que a la luz del Tratado, no es admisible «una normativa de un Estado miembro que confiere a una empresa establecida en ese Estado el derecho exclusivo a organizar las operaciones portuarias y la obliga a recurrir, para la realización de dichas operaciones, a una compañía portuaria compuesta exclusivamente de trabajadores nacionales» ya que

351 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., p. 58.

ello puede afectar el comercio entre los Estados miembros al tener el efecto de «influir en el coste de las operaciones portuarias, con independencia de la nacionalidad del beneficiario del servicio» y recaer además sobre las importaciones entre los Estados miembros.³⁵²

En el citado caso se encontró que la regulación italiana no solo generaba una posición de dominio al conceder un monopolio legal, sino que además con ella se generaron abusos discriminatorios al aplicarle a las compañías navieras «condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en las maniobras de entrada, circulación o salida del puerto, lo que les ocasiona una desventaja desde el punto de la competencia.³⁵³ La Comisión suele exigir cambio de la legislación al estado infractor, y si es el caso, devolución de dinero; sin embargo, ve con buenos ojos ayudas tendientes al fortalecimiento de las Pymes con base en la regla *de minimis*.³⁵⁴

En Estados Unidos, por su parte, dada la estructura del ordenamiento, lo que se ha permitido es «inaplicar» leyes estatales para dar prevalencia a las federales cuando la normativa de algún Estado favorezca injustificadamente a ciertos grupos o genere formas de «inmunidad» a las leyes federales de competencia, permitiendo violaciones a la misma sin atender a motivos de interés público, siempre que un Estado vaya a emitir regulaciones independientes de la Ley Federal de Competencia debe estructurar una política pública al respecto y supervisarla, no puede simplemente autorizar algo que la Ley Federal prohibió.³⁵⁵ Se ha dicho, además, que aunque la Comisión Federal de Comercio (FTC, por su sigla en inglés) está legitimada para promulgar «normas sustantivas sobre la conducta de negocios», dichas normas pueden ser revisadas por la Corte de Apelaciones.³⁵⁶

Ahora bien, aterrizando en el contexto nacional, en Ecuador la figura está pensada de una forma diferente a la de la Comunidad Europea, no se prevé proteger la competencia en una economía integrada, sino al interior del territorio nacional únicamente. Se busca evitar que vía regulación el

352 Decisión de la Comisión de 21 de octubre de 1997 con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del Tratado CE relativa a las disposiciones en materia laboral de la legislación portuaria italiana (97/744/CE).

353 Decisión de la Comisión de 21 de octubre de 1997 con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del Tratado CE y relativa a las tarifas de pilotaje en el puerto de Génova (97/745/CE).

354 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., pp. 43-44.

355 E. THOMAS SULLIVAN & JEFFREY L. HARRISON. *Understanding antitrust and its economic implications*, cit., pp. 89-98.

356 MARK A. LEMLEY & CHRISTOPHER R. LESLIE. *Antitrust*. Gilbert Law Summaries, cit., pp. 145-146.

Estado dé ventajas o desventajas injustificadas a alguna o algunas empresas nacionales afectando la competencia dentro del país.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado está redactada de manera que no informa cuándo es restrictiva una ayuda estatal, sino cuando no lo es, sin embargo, el artículo 34 del Reglamento de esta misma ley sí la define e indica que: «... se entenderá que constituye ayuda pública, la ayuda concedida por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos, que: (i) suponga o pueda suponer una ventaja económica para uno o varios operadores, que no habrían obtenido en el ejercicio normal de sus actividades; (ii) tenga un carácter selectivo para determinados operadores económicos o sectores. Las ayudas pueden otorgarse mediante subvenciones directas, cuando el ordenamiento jurídico lo permita; o de manera indirecta, mediante el otorgamiento de beneficios, tales como el acceso privilegiado a líneas de financiación públicas; la compra de terrenos públicos a precios inferiores a los de mercado; préstamos o créditos en condiciones ventajosas; garantías; prestación de servicios gratuitos o por debajo del precio de mercado por parte de la Administración; realización de trabajos de infraestructura que beneficien exclusivamente a determinados operadores económicos o sectores.”

La doctrina de la figura con aplicación internacional sí ha fijado al menos cuatro condiciones necesarias para considerar una ayuda estatal como restrictiva de la competencia: que la otorgue el Estado o en uso de fondos estatales, que favorezca a algún o algunos agentes, que lesione o ponga en riesgo la competencia, y si se trata de competencia en «economías integradas en bloques de países», que afecte el intercambio entre los Estados miembros.³⁵⁷

Vale la pena hacer la anotación de que cuando hablamos de «economías integradas en bloques de países» estamos refiriéndonos a los supuestos previstos en la Unión Europea. Las ayudas estatales pueden devendir restrictivas de un país a otros o en el interior de un mismo Estado, es decir, puede que, en economías integradas en bloques de países, un Estado miembro establezca regulaciones para favorecer a las empresas nacionales, poniendo en desventaja a las empresas de otros Estados; o puede que, sin escapar del ámbito nacional, el Estado emita regulaciones que beneficien a unas empresas por encima de otras. En ambos casos se habla de ayudas estatales restrictivas y es importante que se haya visto afectado el excedente del productor para que se configuren, solo que en un caso se observarán los productores competidores del bloque de países, y en el otro solo los nacionales.

357 MAURICIO VELANDIA. *Derecho de la competencia y del consumo. Competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor*, cit., pp. 293-297.

Ahora bien, es posible que, aun cumpliéndose las cuatro características mencionadas, la ayuda estatal sea viable y legítima en los términos de los artículos 28 y 29 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, que son los que abren el capítulo III, sobre Acción del estado y Ayudas Públicas:

«Art. 28. Aplicación de restricciones. Será admisible el establecimiento de restricciones a la competencia mediante resolución motivada de la Junta de Regulación, por razones de interés público, en cualquier sector de la economía nacional, en los siguientes casos:

1. Para el desarrollo de un monopolio estatal en favor del interés público;
2. Para el desarrollo de sectores estratégicos de conformidad con la Constitución de la República;
3. Para la prestación de servicios públicos de conformidad con la Constitución de la República;
4. Para el desarrollo tecnológico e industrial de la economía nacional; y,
5. Para la implementación de iniciativas de acción afirmativa a favor de la economía popular y solidaria.

Procederá el establecimiento de restricciones a la competencia cuando se generen beneficios específicos, concretos y significativos para la satisfacción del interés general, en el ámbito o industria en la que se establezcan, se incremente la eficiencia y se generen beneficios a favor de los consumidores o usuarios, que justifiquen la aplicación de estas».

Este artículo va de la mano con algo que se ha reiterado bastante, y es que en un sistema de tradición romano-germánica no se contempla la sanción de prácticas restrictivas *per se*, siempre existe la posibilidad de que una restricción a la competencia esté justificada por motivos de eficiencia. Este artículo enumera cinco casos puntuales en los que el Estado puede dar prevalencia al interés público por encima de la libre competencia, y en esa medida está legitimado, previa resolución motivada de la Junta de Regulación, para establecer restricciones.

No nos detendremos en los cinco numerales del artículo ya que son suficientemente claros, pero sí resaltaremos el inciso final, que dispone que las restricciones impuestas por el Estado serán procedentes cuando haya beneficios puntuales y significativos para el bienestar general, la eficiencia

del mercado y los consumidores. Este inciso contiene la cláusula general de excepción a la prohibición de restringir la competencia e implica que los cinco numerales previamente enunciados no son taxativos.

Posteriormente, el artículo 29 habla expresamente de las ayudas estatales y enumera los casos en que son legítimas y procedentes:

«Art. 29. Ayudas Públicas. Se podrán otorgar ayudas por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos, por el tiempo que fuere necesario, por razones de interés social o público, o en beneficio de los consumidores. Procederá el otorgamiento de ayudas públicas en los siguientes casos:

- a) Las ayudas de carácter social concedidas a un sector de consumidores, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en quien provea los bienes y servicios que se puedan adquirir con dichas ayudas;
- b) Las ayudas destinadas a la garantía de derechos para personas o grupos de atención prioritaria, o que de acuerdo con la Constitución requieran de medidas de acción afirmativa.
- c) Las ayudas destinadas a reparar los perjuicios ocasionados por fenómenos naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;
- d) Las ayudas concedidas con el objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que las aquejen;
- e) Las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones y grupos sociales en los que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de desempleo o subempleo;
- f) Las ayudas para fomentar la realización de un proyecto estratégico de interés nacional, o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía nacional;
- g) Las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria a lo previsto en esta Ley o al interés común;
- h) Las ayudas orientadas a impulsar la producción y transformación de alimentos, destinadas a garantizar la soberanía alimentaria

y que se otorguen a pequeñas y medianas unidades de producción comunitaria y de la economía popular y solidaria;

i) Las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y el régimen de la competencia en contra del interés común; y,

j) Las demás categorías de ayudas que se establezcan mediante ley».

No es necesario detenernos a explicar cada supuesto, basta con anotar que todos responden a lo que ya se ha dicho que las puede justificar, es decir a la prevalencia del interés público o motivos de eficiencia. En muchos casos, son además respuesta a una ponderación de derechos, a una tensión entre la libre competencia y los derechos, por ejemplo, de grupos de atención prioritaria o de damnificados por desastres naturales, como prevén los literales b y c, respectivamente».

En el desarrollo de la vida en sociedad es frecuente que los derechos de algunos choquen con los de otros, sería utópico pensar que todo el tiempo se pueden amparar todos los derechos de las personas, ya que es inevitable que se presenten casos en los que sea imposible conciliarlos y alguno deba ceder en beneficio de otro. Los numerales previstos en este artículo responden a estos casos, a una tensión entre derechos sociales y el derecho a la libre competencia, donde el legislador, tras hacer un ejercicio de ponderación encontró que al menos en esos diez supuestos debe prevalecer lo social.

Vale la pena mencionar también que el artículo deja la puerta abierta para que, por ley, se establezcan otras formas de ayuda que también respondan a los mismos fines; quedando claro que los diez literales del artículo 29 no son taxativos. Una vez más no hay afectaciones a la competencia reprochables *per se*, si tras una ponderación de derechos se encuentra que debe dejarse pasar la afectación para darle prevalencia a un derecho, social, que en el caso concreto deviene más importante, la restricción a la competencia estará justificada.

Sin embargo, tal prevalencia de lo social tiene ciertos matices, ya que a pesar de que es legítima y justificada, puede que afecte significativamente a un particular, puede que la protección a la mayoría afecte particularmente a la minoría. En el mundo se ha dicho que aun cuando se trate de una situación en la que debe darse prevalencia al orden público, si se causa una lesión a un interés privado «no es justo que sea soportada a sus solas expensas por el titular del bien jurídico dañado».³⁵⁸

358 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II, cit., p. 358.

Para estas situaciones la doctrina ha considerado una figura denominada daño especial, que es una forma de responsabilidad extracontractual del Estado derivada del rompimiento del principio de igualdad que se configura cuando el Estado, en ejercicio legítimo de sus funciones, emite una regulación beneficiosa para el bienestar general, pero con ello lesiona a cierto particular; el principio de igualdad se rompe ya que ese particular soporta un daño que la colectividad no.

Estas regulaciones y el rompimiento del principio de igualdad que acarrean son legítimas ya que propenden por bien común, y existe un principio según el cual este debe primar sobre el individual; sin embargo, ello no significa que los particulares afectados deban soportar tal daño, es por eso por lo que el Estado está obligado a indemnizarlo. La responsabilidad del Estado en estos casos, y su deber de indemnizar, se configuran, aunque el Estado no haya hecho nada mal, por eso se conoce como una forma de responsabilidad sin falla; lo que justifica y da lugar a que la responsabilidad del Estado no es una falla en el servicio sino el rompimiento del principio de igualdad.

Aunque la legislación ecuatoriana no menciona expresamente el «daño especial» como uno de los fundamentos de la responsabilidad del Estado, el rompimiento del principio de igualdad sí es mencionado por el artículo 334 del Código Orgánico Administrativo, según el cual «daño calificado es aquel que la persona no tiene la obligación jurídica de soportar o que resulte de la violación del principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas y se deriva específica e inmediatamente de la acción u omisión de las administraciones públicas».

Un comerciante podría instaurar una acción solicitando que se declare la responsabilidad por daño especial y se le reconozca derecho a una indemnización de perjuicios, por ejemplo si la administración, amparada en el literal d del artículo 29, emite una regulación según la cual, en un municipio determinado, la empresa X, sin posición dominante pero con una cuota de mercado importante, debe permitir el acceso a sus facilidades esenciales a los competidores potenciales, cobrando un canon de arrendamiento muy bajo, o incluso sin posibilidad de cobrar. Si el municipio en cuestión atraviesa una crisis económica y los productos ofrecidos por la empresa X son de primera necesidad, está completamente justificado que se le exija facilitar la entrada de nuevos competidores; con la medida se beneficia a la comunidad del municipio, pero se le causa una afectación especial a la empresa X, que no está obligada a soportarlo, sino que puede perseguir una indemnización por parte del Estado.

Ahora bien, tanto las leyes como los actos administrativos se presumen legítimos y ajustados a derecho, por lo que, si se quieren impugnar, debe

demonstrarse que no lo son. Para el caso de los actos administrativos, los particulares están autorizados para demandarlos con fundamento en los artículos 283, 284 y 304 y siguientes de la Constitución Nacional y 28 a 34 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, alegando por supuesto la lesión a los bienes jurídicos tutelados por estos artículos, es decir, la antijuridicidad; el procedimiento que se sigue para la impugnación está consagrado a partir del artículo 217 del Código Orgánico Administrativo.

En cuanto a las leyes, los particulares cuentan también con la posibilidad de instaurar la acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, y los jueces están autorizados también para suspender la aplicación de una norma por hallarla contraria a la Constitución; estas posibilidades están contempladas en los artículos 428 y 436 #1, 2, 4 y 10 de la Carta Política Nacional.

Paralelo a las recién mencionadas posibilidades que tienen los particulares para impugnar leyes o actos administrativos que consideren restrictivos de la libre competencia, y a la vialidad de alegar daño especial; la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado trae dos artículos con los que podríamos estar frente a una especie de abogacía de la competencia *ex post* a cargo del mismo Estado previa a la expedición de la regulación a cargo de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, además de una autorización a la misma entidad para promover la supresión o modificación de normas:

«Art. 30. Notificación de Ayudas Públicas. Para efectos de control y evaluación, las ayudas públicas otorgadas en virtud del artículo precedente serán notificadas a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a más tardar después de quince días de haber sido otorgadas o establecidas».

Según este artículo la Superintendencia tiene competencia para conocer de las ayudas que se hayan concedido en virtud del artículo 29, pero solo después de haber sido otorgadas, es decir que el control que hace la Superintendencia no es *ex ante*, como en el control de concentraciones económicas, sino *ex post*. Las ayudas concedidas por el Estado solo deben ser notificadas a la Superintendencia en los quince (15) días siguientes a su establecimiento, de manera que al igual que cualquier acto administrativo, están dotadas de presunción de legalidad.

«Art. 31. Evaluación de las Ayudas Públicas. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado examinará permanentemente las ayudas públicas conferidas en virtud de las disposiciones de este capítulo, y evaluará que cumplan con los fines que motivaron su implementación. Salvo en los casos en que no se trate de

actividades o sectores económicos reservados exclusivamente al Estado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado propondrá las medidas apropiadas para el desarrollo progresivo del régimen de competencia en las actividades o los sectores beneficiarios.

Si la Superintendencia comprobare que una ayuda otorgada por el Estado o mediante recursos públicos no cumple con el fin para el cual se otorgó, o se aplica de manera abusiva o es contraria al objeto de esta Ley, mediante informe motivado, instará y promoverá su supresión o modificación dentro del plazo que determine».

La competencia que la Ley le da a la Superintendencia es para monitorear las ayudas estatales conferidas en virtud del artículo 29, y examinar que ellas se mantengan siempre orientadas al cumplimiento de los fines de salvaguarda del bienestar general y prevalencia del interés público y solo podrá sugerir su modificación.

Para mantener el cumplimiento de dichos fines, la Superintendencia puede promover las medidas necesarias para garantizar una adecuada competencia en el sector correspondiente, salvo que, por supuesto, se trate de actividades o sectores de monopolio estatal e incluso puede promover su supresión mediante informe motivado. De acuerdo con esta competencia de la Superintendencia, no se hace necesario tipificar expresamente las formas de regulación que están prohibidas, sino que siempre que una regulación no cumpla con los fines descritos por las normas de este capítulo, la Superintendencia está autorizada para promover su supresión o modificación.

De acuerdo a lo indicado, se tiene entonces que Ecuador adoptó una figura que en su naturaleza y aplicación se aleja un poco de lo que se conoce internacionalmente como ayuda estatal, pero por ese hecho no puede ser descalificada. Se incluye dentro del contenido normativo ecuatoriano no para ser aplicada dentro del campo interregional sino del campo nacional. Además, no tiene la virtud de poder eliminar una norma restrictiva emitida por el Estado, sino que tan solo genera un estudio sobre la regulación y en caso de encontrar que una norma es una ayuda estatal que distorsiona el mercado procederá a expedir sugerencias de cambio normativo. Así las cosas, resulta ser una figura muy moderna de derecho interno, pues deja como guardián a la autoridad especializada para que pueda estudiar la normatividad. Este escenario deja en libertad y autonomía a la autoridad. Ahora bien, para que la figura funcione se debe exigir que exista esa independencia, pues, dado que forma parte de la rama ejecutiva, puede existir el riesgo de que la figura sea poco efectiva, pero no depende de la figura, sino de la independencia del funcionario a cargo de ejercerla.

En suma, los afectados por una norma que otorga una ayuda estatal restrictiva, tienen la posibilidad de demandar al Estado por otorgar esa ayuda ilegal, dado que crea una distorsión. Ahora bien, sin perjuicio de ello, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado puede adelantar un análisis de la norma y sugerir cambios. Bajo tal sentido no se ve lejano tampoco que sea un particular quien le solicite a dicha autoridad el estudio de una norma y que la Superintendencia actúe a solicitud de un particular.

Ahora bien, cosa diferente ocurre cuando la ayuda estatal resulta rodeada de una motivación sin mácula, empero es aprovechada de forma abusiva por parte de las empresas beneficiadas, desbordando el objeto de la ley que las ampara. En ese caso la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá solicitar explicaciones del actuar sospechoso a las empresas y, si es el caso, iniciar una investigación y sancionar por el hecho abusivo de los beneficiarios de la ayuda estatal. Es decir, se investiga el hecho de que los beneficiarios actúen con esa ayuda estatal por fuera de los fines que motivaron su implementación. Nótese que la Superintendencia no puede derogar la norma, solo sugerir cambios. Otro es el caso donde la motivación de la norma es loable pero los beneficiarios se aprovechan de la norma y abusan en su aplicación y desarrollo, creando una distorsión no buscada por ley. En ese caso, la autoridad podrá iniciar la investigación a esas empresas que abusaron y proponer los cambios normativos. Sobre este punto es importante ver los artículos 32 a 39 del Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

En nuestro concepto, no obstante que es novedosa la figura, su existencia es bastante válida y muy contemporánea.

Ahora, en esta época de pandemia, el Estado otorgará muchas ayudas y ventajas para salir de la crisis que deja el COVID. Será en este momento donde cobrará importancia la figura y su tratamiento, no solo en Ecuador sino en el mundo.

C. INTERVENCIÓN EN PRECIOS

Tanto abogados como economistas siempre han discutido sobre qué tan amplia debe ser la intervención del Estado en la economía, algunos como Keynes, han defendido la idea de un Estado intervencionista que controle el desarrollo de la economía nacional con el fin garantizar el bienestar social; mientras que otros, como Hayek, han sostenido que es preferible dejar que el mercado se autorregule y sean las leyes de oferta y demanda las que ejerzan el control necesario, por lo que el Estado debe mantenerse al margen y dejar que sea «la mano invisible» la que dirija la economía.³⁵⁹

359 MAURICIO VELANDIA. *El ocaso del monopolio. Capítulo X. Filosofía económica de occidente.* Bogotá, Formato audiovisual, Disponible en: <https://www.mauricio->

Aquellos que defienden la segunda idea, es decir, la de permitir absolutamente el libre mercado y dejar que la oferta y la demanda dirijan la economía nacional, parten de la base que la intervención del Estado en cuestión de precios es indeseable, ya que interfiere con el funcionamiento normal del mercado e impide que sea la demanda la que fije el precio.

Pienso que esta premisa defendida por los partidarios libertarios radicales del libre mercado es errónea ya que olvidan que en el derecho de tradición romano-germánica existe una figura que permea todo el ordenamiento, incluido el derecho de la competencia; se trata del abuso del derecho. Puede que con su política de precios alguna empresa abuse de su derecho al libre mercado, lo que habilita al Estado, bien sea para sancionar ese abuso del derecho, o para observar la tensión entre derechos que se presenta en el caso concreto y decidir si con base en ello castiga los precios injustificadamente altos.

En Ecuador, la posibilidad de intervención estatal excepcional en precios está prevista por la Ley Orgánica de Regulación del Poder de Mercado dentro del capítulo de ayudas estatales en los siguientes términos:

«Art. 32. Autorización excepcional reservada al Ejecutivo. Corresponde a la Función Ejecutiva, de modo excepcional y temporal, mediante Decreto Ejecutivo, la definición de políticas de precios necesarias para beneficio del consumo popular, así como para la protección de la producción nacional y la sostenibilidad de esta.

En el sector agroalimentario se podrá establecer mecanismos para la determinación de precios referenciales.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado examinará permanentemente los efectos de las políticas de precios autorizada bajo este artículo. De determinar que se ha aplicado de manera abusiva o que el efecto es pernicioso en términos agregados, procederá inmediatamente de conformidad con el inciso segundo del artículo 31 de esta Ley».

A partir de este artículo la LORCPM permite que la rama ejecutiva implemente políticas de precios que beneficien «el consumo popular», «la producción nacional y la sostenibilidad de esta». Para el sector agroalimentario permite además la fijación de precios referenciales.

Adicionalmente prevé que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado también es competente para vigilar estas políticas de precios

velandia.com/ocaso/episodios.html o en Youtube: <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

y promover su supresión si se aplican de forma abusiva o tienen un efecto perjudicial.

Independientemente de las críticas que se puedan hacer a la fijación de precios por parte del Estado, esta no es muy usual, lo más cercano a ello que se presenta con cierta regularidad es la definición de fórmulas tarifarias en materia de servicios públicos, sin embargo, hay al menos un elemento de estas fórmulas que es variable, se trata de la «utilidad razonable». El Estado no fija entonces definitiva ni arbitrariamente el precio al que debe prestarse el servicio, sino que permite que las empresas prestadoras perciban un margen de utilidad razonable.

El inconveniente con lo anterior es definir cuándo un margen de utilidad está dentro de lo razonable, a partir del análisis que se haga en el caso concreto se llegará a una conclusión respecto de si una empresa está cobrando precios excesivos, o no.

«Naturalmente a quienes no les conviene la fijación de precios es a quienes tienen un amplio poder de mercado o un monopolio, ya que son ellos quienes pueden fijar precios altos sin que tengan una presión competitiva que se los impida o investigaciones que la analicen. Ya que la intervención estatal en precios impide que las empresas abusen de su posición imponiendo precios excesivos, se contribuye a la salvaguarda del excedente del consumidor; sin embargo, aquello que el Estado decide fijar no puede afectar el derecho de los productores a percibir una utilidad razonable y competir bajo reglas de oferta y demanda».

Como lo expresamos en la introducción de este libro gran parte del problema de la gran concentración de riqueza mundial en pocos fue la actuación de las autoridades de competencia para sancionar dicho comportamiento de «precios injustificados», situación que ha venido cambiando.

Imagen 1
Publicación *The Independent*, gigantes de la droga y precios altos



Restaría mencionar otro artículo de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que incluye otro tipo de mandato a las entidades del sector público:

«Art. 33. De los órganos, instituciones y empresas públicas. Los organismos, instituciones públicas, órganos de control, empresas públicas, de economía mixta, entidades públicas, gobiernos autónomos descentralizados, dentro de su potestad normativa, respecto de su contratación y de las prestaciones de servicios públicos realizadas en mercados relevantes de libre concurrencia, respetarán y aplicarán los principios, derechos y obligaciones consagrados en la presente Ley».

Este artículo básicamente contiene un mandato general a todas las entidades públicas para que, en desarrollo de su potestad normativa, al contratar y en la prestación de servicios públicos respeten lo consagrado en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Podría decirse que tal disposición sobra, ya que como se ha dicho, el Estado se desenvuelve muchas veces como un agente más del mercado, incluso con un poder más grande que el de los demás, ya que sus prerrogativas le permiten un margen de acción bastante amplio; al punto que algunos dicen que el Estado debe considerarse como una «persona» a la luz de las normas de competencia, ya que es uno más de los destinatarios de dichas leyes.³⁶⁰

Lo anterior se conjuga además con el artículo segundo de la LORCPM, según el cual están sometidos a dicha ley «todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional».

Es importante indicar la Sentencia n.^o 53-11-IN/21 de la Corte Constitucional ecuatoriana donde se determinó la constitucionalidad del artículo 28 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, siempre y cuando cumpla con la siguiente interpretación: «...las restricciones a la competencia establecidas en cada uno de los casos del artículo 28 de la (LORCPM) deben tratarse de medidas excepcionales y proporcionales que respondan al interés público y que busquen el ejercicio concreto y real de los derechos reconocidos en la Constitución...».

360 CHRISTOPHER L. SAGERS. *Antitrust. Examples and explanations*, cit., pp. 367 y 368.

CAPÍTULO NOVENO

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

I. GLOBALIZACIÓN Y COMERCIO REGIONAL

Sobraría recordarle al lector que vivimos en un mundo globalizado, en el que muchos de los ámbitos que antes eran reservados para las jurisdicciones nacionales, han llegado a trascender fronteras y convertirse en asuntos de interés internacional. El comercio es uno de los mejores, sino el mejor, ejemplo de dicha globalización, cada vez son más las transacciones y los agentes económicos que se desempeñan en más de un país.

Es por esto que, a lo largo de la historia, en el mundo, se han dado procesos de integración y cooperación regional que resultan en agrupaciones de más de un país y pretenden gestionar los intereses de toda la región; claros ejemplos de ello en el mundo son la Unión Europea (EU), la Unión Africana (AU), la Comunidad Económica y Monetaria de África Central (CEMAC), la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) y la Liga de Estados Árabes y en América se encuentran Unasur, Mercosur, la Alianza del Pacífico, y por supuesto, la Comunidad Andina de Naciones (CAN), entre otras.

Debido a que el desenvolvimiento del comercio en el mundo ha llevado a que se presenten estos procesos de globalización e integración regional, el derecho de la competencia tampoco ha sido ajeno a ellos. Como consecuencia de la cooperación se han producido, en materia de competencia y en otras áreas, regulaciones supranacionales, es decir normativas que no solo rigen y obligan a un país sino a varios Estados de la región que participaron en el proceso de integración que dio lugar a la regulación. Si hay tráfico comercial en la región, es natural que haya también regulaciones supranacionales que las rijan.

Habiendo visto por qué se presentan estos escenarios supranacionales empezaremos a enfocarnos en la Comunidad Andina de Naciones, estudiando primero sus antecedentes y luego centrándonos en la Decisión 608 de 2005, que es la que nos ocupa en materia de derecho de la competencia o de poder de mercado, que también aplica para Ecuador, pero cuando los comportamientos tienen efecto en dos países miembros de la CAN.

II. LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

La Comunidad Andina de Naciones se define como «una organización internacional que cuenta con diversos órganos e instituciones que integran el Sistema Andino de Integración (SAI) cuyo objetivo es alcanzar un desarrollo integral, equilibrado y autónomo, mediante la integración andina, con proyección hacia una integración sudamericana y latinoamericana».³⁶¹

La organización fue creada el 26 de mayo de 1969 mediante el Acuerdo de Cartagena, en este se definieron como objetivos de la organización:³⁶²

- Promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social.
- Acelerar el crecimiento y la generación de empleo productivo para los habitantes de los Países Miembros.
- Facilitar la participación de los Países Miembros en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.
- Disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional.
- Fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros.
- Procurar un mejoramiento persistente en el nivel de la vida de los habitantes de la subregión.

Actualmente la Comunidad Andina de Naciones tiene cuatro países miembros que son Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú; cinco países asociados que son Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay; y, un país observador que es España.³⁶³

Después de su creación vale la pena resaltar algunos momentos importantes en la historia de la organización, por ejemplo, en 1971 se anuló la doble tributación entre países miembros, en 1973 Venezuela se adhirió al

361 Información suministrada por la página web de la Comunidad Andina de naciones. Consultado en noviembre de 2019. [En línea] Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=189&tipo=QU&title=somos-comunidad-andina>

362 *Ibid.*

363 *Ibid.*

Acuerdo de Cartagena, en 1976 Chile se retiró, en 1979 se creó el Tribunal Andino de Justicia, el Parlamento Andino y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en 1993 se creó la Zona Andina de Libre Comercio, y en 2006 Venezuela se retiró y Chile se incluyó como país asociado.³⁶⁴ En este punto es necesario anotar que el retiro de Venezuela significó una baja importante para la Comunidad debido al protagonismo de este país en la industria petrolera.

Asimismo, valdría la pena mencionar el sustento normativo de la validez de los órganos de la Comunidad Andina de Naciones en el ordenamiento ecuatoriano. La Constitución Nacional reconoce la validez de los tratados internacionales en el orden interno en artículos como el 84, el 424 y el 425 que les reconocen rango constitucional en materia de derechos humanos, el 120 numeral 8 que le da competencia a la Asamblea Nacional para aprobar o improbar los tratados, el 147 numeral 1 que obliga al presidente a hacer cumplir las normas, entre ellas los tratados, y numeral 10 que le da competencia para suscribir y ratificar los tratados. El artículo 261 numeral 9 que permite que al Estado Central le sean atribuidas competencias en virtud de tratados internacionales y los artículos 436 numeral 1 y 438 que le dan competencias a la Corte Constitucional para interpretar y determinar la constitucionalidad de los tratados.

Finalmente, los tratados internacionales están específicamente regulados en el capítulo segundo del título VIII, que inicia en el artículo 417. El siguiente capítulo, es decir el tercero, solo contiene un artículo, el 423, que resulta especialmente relevante para lo que aquí nos ocupa, y menciona que la integración de los países Latinoamericanos y del Caribe es uno de los objetivos estratégicos del Estado, para lo cual define 7 compromisos del Estado ecuatoriano, en los que no nos detendremos pero que se encuentran en consonancia con los objetivos de la Comunidad Andina de Naciones. Adicionalmente el artículo 410 numeral 11 prevé que el Estado ecuatoriano debe impulsar «prioritariamente la integración política, cultural y económica de la región andina, de América del Sur y de Latinoamérica», y los artículos 276 numeral 5 y 284 numeral 2 mencionan la integración latinoamericana como uno de los objetivos del régimen de desarrollo y de la política económica, respectivamente.

De esta forma se evidencia que la integración regional en América Latina ha sido especialmente tenida en cuenta y promovida por el legislador ecuatoriano, que en cumplimiento de este objetivo ratificó el Acuerdo de Cartagena para volverse miembro de la Comunidad Andina de Naciones.

³⁶⁴ Información suministrada por la página web de la Comunidad Andina de naciones. Consultado en noviembre de 2019. [En línea] Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=195&tipo=QU&title=cronologia>

III. LA DECISIÓN 608 DE 2005

La Decisión 608 fue emitida el 28 de marzo de 2005 y recoge las normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina.

La Decisión empieza por mencionar las definiciones relevantes. Todas ellas guardan concordancia con las que hemos visto en el ordenamiento jurídico nacional, sin embargo vale la pena detenernos un poco en la de «personas vinculadas», que según la Decisión son «los agentes económicos que tengan una participación accionaria mayoritaria o que ejerzan una influencia decisiva sobre las actividades de otro agente económico, sea mediante el ejercicio de los derechos de propiedad, del uso de la totalidad o parte de los activos de éste o del ejercicio de derechos o contratos que permitan determinar la composición o el resultado de las deliberaciones o las decisiones de los órganos del mismo o de sus actividades».

La anterior definición inmediatamente lleva a pensar en el escenario de grupos empresariales e implicaría que si quienes ejercen el control de una empresa se entienden como vinculados a la misma, las empresas de un mismo grupo económico deben entenderse a su vez como una sola unidad económica a nivel andino. Lo anterior es relevante por ejemplo en materia de carteles, ya que no podría hablarse de cartel entre empresas de un mismo grupo, debido a que se toman como una sola unidad, y no puede haber carteles de un solo partícipe.

Posteriormente, en su artículo 2, la Decisión enuncia como su objetivo «la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores». En este artículo encontramos entonces los bienes jurídicos tutelados por la Decisión y así serán antijurídicas las conductas que atenten contra la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, la eficiencia de los mercados y el bienestar de los consumidores. Será el artículo faro en la aplicación de la ley.

El artículo 3 incluye los principios que deben observarse en la aplicación de la Decisión, se mencionan la no discriminación, la transparencia y el debido proceso, que abarcaría, por supuesto, los juicios de responsabilidad.

Ahora bien, el artículo 5 define cuándo puede darse aplicación a la Decisión 608:

«Artículo 5. Son objeto de la presente Decisión, aquellas conductas practicadas en:

- a) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y,
- b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.

Las demás situaciones no previstas en el presente artículo se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros».

Del anterior artículo podemos extraer que las conductas que interesan a la Decisión son aquellas que hayan tenido efectos a nivel andino. Lo importante es que la conducta haya tenido efectos en uno o varios países miembros, independientemente de si se originó en uno o más países, miembro o no miembro, con la salvedad de que en este último caso, es decir, que la conducta se haya originado en algún o algunos países no miembros, sí se exige que el efecto haya sido sobre dos o más miembros. Adicionalmente se aclara que no serán de interés de la CAN las conductas originadas y con efectos dentro de un único país.

A continuación, empezamos a encontrar el desarrollo de las tres categorías de conductas que prevé la Decisión: los comportamientos restrictivos, las recomendaciones y las ayudas estatales previas.

Los comportamientos restrictivos que trae la Decisión abarcan dos conductas que ya hemos desarrollado ampliamente, los carteles y el abuso de la posición dominante.

Por su parte, las recomendaciones se refieren a casos en que la CAN interviene para sugerirle a un país eliminaciones o modificaciones regulatorias al encontrar que alguna normatividad resulta restrictiva de la libre competencia.

Mientras que las ayudas estatales previas se refieren a eventos en que un Estado miembro consulta a la CAN antes de emitir una regulación con la que se configuraría una ayuda estatal, con el fin de que la CAN emita un concepto sobre si la norma sería indebidamente restrictiva de la competencia o no.

En los próximos acápitres empezaremos a estudiar la parte sustancial de las tres categorías recién mencionadas. En cuanto a los aspectos procedimentales de la Decisión 608 únicamente haremos algunas menciones a las sanciones, la prescripción y los entes competentes.

IV. COMPORTAMIENTOS RESTRICTIVOS

La Decisión 608 incluye los comportamientos restrictivos en los artículos 7 a 9, en ellos se habla de carteles y abuso de la posición de dominio individual y conjunta, esta Decisión no habla en absoluto de las concentraciones empresariales. Las disposiciones de este capítulo incluyen presunciones legales, es decir, que al igual que en la legislación nacional, admiten prueba en contrario. No basta la identidad de la conducta realizada con la descrita en la norma para declarar la responsabilidad, debe probarse además la antijuridicidad y la culpabilidad, que hace parte del régimen de derecho continental para un juicio de responsabilidad. Si no logra probarse alguno de estos elementos, la conducta no podrá ser sancionada. Una vez más evidenciamos que entre nosotros, a nivel andino, no existe la regla *per se* por tratarse de un ordenamiento de tradición romano-germánica.

Empezaremos por los carteles, que están contemplados en el artículo 7, transcritto a continuación:

«Artículo 7. Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

- a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;
- b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;
- c) Repartir el mercado de bienes o servicios;
- d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,
- e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.

Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral».

De conformidad con el artículo 1 de la Decisión 608, «acuerdo» se define como «todo contrato, convenio, arreglo, combinación, decisión, recomendación, coordinación, concertación u otros de efectos equivalentes realizados entre agentes económicos o entidades que los agrupen». Al igual que en el derecho interno, para que exista un acuerdo constitutivo de cartel, debe tratarse de dos o más agentes, con la salvedad de que, como ya mencionamos, a la luz de la definición de personas vinculadas, las empresas de un mismo

grupo económico deben entenderse como una sola unidad económica, por lo que no puede hablarse de cartel restrictivo de la competencia cuando exista un acuerdo entre ellas.

No nos detendremos en las cinco clases de cartel mencionadas por el artículo ya que fueron explicadas ampliamente en el capítulo correspondiente para el derecho nacional. Sin embargo, vale la pena recordar que estas conductas solo serán sancionables si se cumplen los elementos necesarios para la estructuración de la responsabilidad en un sistema de tradición romano-germánica, es decir, que la conducta sea típica, antijurídica y culpable.

La tipicidad de un cartel restrictivo de la competencia con efectos a nivel andino, la encontramos en el artículo 7 de la Decisión 608. Puede tratarse de la conducta descrita en cualquiera de los cinco literales o de otras, ya que el artículo menciona que estos cinco son restrictivos «entre otros», lo que implica la no taxatividad de las conductas enunciadas.

La antijuridicidad puede extraerse del artículo 2 de la Decisión, como ya anunciamos, para que un cartel con efectos a nivel andino sea sancionado debe lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos tutelados por la norma, es decir la libre competencia, la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores, a nivel andino, si ninguno de estos bienes se ve afectado, la conducta no sería sancionable aún si cumple con las características descritas por el tipo. Si se desvirtúa la presencia de antijuridicidad en la conducta, se habrá desvirtuado la presunción legal mencionada por el artículo.

Finalmente, en cuanto a la culpabilidad, esta se refiere a que la conducta haya sido cometida con culpa o dolo. Culpa entendida como falta al deber objetivo de cuidado y dolo entendido como intencionalidad. El artículo 7 menciona «los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de: (...), de manera que las conductas son sancionables por objeto o por efecto, tal como en el derecho interno.

Cuando hablamos de objeto nos referimos a que no importa si la conducta surtió efectos o no, lo importante es que los agentes hayan tenido la intención de obtenerlos, es decir, se exige dolo o culpa grave, pero no consecución de los resultados pretendidos.

Hay que recalcar que, aún en conductas sancionables por tener objeto restrictivo de la competencia, debe observarse la antijuridicidad, que en estos casos no se predicaría del resultado obtenido sino del pretendido, en otras palabras, no podrá sancionarse por objeto una conducta que aun habiendo sido iniciada con dolo, no hubiese lesionado ni puesto en peligro los bienes

jurídicos tutelados en caso de haber producido los resultados pretendidos. No puede perderse de vista que la sanción de conductas con objeto restrictivo es un análisis del elemento culpabilidad, y en esa medida debe haber también tipicidad y antijuridicidad en la conducta pretendida.

Por el contrario, cuando hablamos de efecto, no importa si hubo intencionalidad o no, lo importante es que se haya producido un efecto anticompetitivo, por lo que se admitirá la comisión de la conducta con culpa o con dolo, lo importante es que el efecto haya sido restrictivo de la competencia, independientemente de si el sujeto activo lo quiso así o no.

Lo anterior se resume en la siguiente matriz de responsabilidad:

**Responsabilidad Andina
por carteles restrictivos de
la competencia**

Típicidad: ➔ Art. 7 Decisión Andina 608 de 2005

Antijuridicidad: ➔ Art. 2 Decisión Andina 608 de 2005. El cartel debe haber lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos tutelados por la norma (libre competencia, eficiencia en los mercados y bienestar de los consumidores) en más de un Estado miembro

Culpabilidad: ➔ Conductas con objeto (dolo) o efecto (culpa o dolo)

Pasando ahora al abuso de la posición dominante, este se encuentra en los artículos 8 y 9 de la Decisión:

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

- a) La fijación de precios predatorios;
- b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

- d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;
- e) La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;
- f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y,
- g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica».

Al igual que en el artículo anterior, no nos detendremos a explicar las conductas descritas en cada uno de los numerales, sino que al respecto remitimos al lector al capítulo de abuso de la posición dominante de mercado en el contexto nacional.

Las conductas aquí enunciadas tampoco son taxativas, ya que, aunque no dice expresamente «entre otras» como el artículo 7, incluye en el literal g una cláusula general que cobijaría cualquier conducta que afecte la libertad de entrada o permanencia de los productores por razones diferentes a la eficiencia.

Finalmente, este artículo debe ser complementado con el 9, que cierra el tema de abuso de la posición dominante de la siguiente manera:

«Artículo 9. Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad».

Este artículo nos dice cuándo se considera que hay posición de dominio de una forma que guarda concordancia con la legislación ecuatoriana, que es básicamente, y de forma muy resumida, cuando el agente ostenta poder suficiente para manipular la oferta o la demanda en el mercado relevante sin que los demás partícipes actuales o potenciales puedan hacer nada al respecto por la gran cantidad de barreras.

Vale la pena resaltar que el artículo permite que la posición dominante sea ostentada por «uno o más agentes económicos», lo que se traduce en la posibilidad de que la posición de dominio sea individual o colectiva, tal como ocurre en el ordenamiento nacional y en ámbitos como el europeo, donde la posición dominante colectiva se ha entendido como la «relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración de mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados, a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes (...).». Aunque la anterior definición puede llevar a pensar en un cartel tácito, debemos considerar que el concepto determinante para hablar de dominancia conjunta es la «interdependencia entre empresas».³⁶⁵

Aunque fue necesario recorrer un largo camino jurisprudencial en Europa, hoy se reconoce que es posible que los integrantes de un oligopolio, «al adaptarse a las condiciones del mercado, adopten conductas individuales que reduzcan significativamente la competencia entre ellos y les permitan actuar, en gran medida, independientemente de sus competidores, sus clientes y los consumidores»,³⁶⁶ de manera que puede que sin necesidad de celebrar acuerdos tácitos o expresos, dos o más empresas abusen de una posición de dominio derivada de la interdependencia entre ellas.³⁶⁷

Será entonces la interdependencia entre empresas, frecuentemente presente en oligopolios, el factor determinante para hablar de posición dominante conjunta, haciendo la importante aclaración de que, si no hay solo interdependencia sino además alguna forma de acuerdo, ya no estaremos en el supuesto de abuso de la posición dominante conjunta, sino de un cartel tácito o expreso.

En el *common law* se ha llegado a una conclusión diferente; allí se entiende que siempre que haya dos o más empresas estamos frente a un cartel, ya que la posición dominante, por definición, no puede ser conjunta, únicamente individual.³⁶⁸ Pero es importante la opinión del profesor Richard A. Posner en la última edición de su libro en 2019.

365 JAIME FOLGUERA CRESPO y BORJA MARTÍNEZ CORRAL. La posición de dominio colectiva: Estado actual de una larga evolución, cit., pp. 75-77.

366 *Ibid.*, pp. 85-89.

367 Richard Posner, Antitrust Law, Secund Edition, 2019, página 51.

368 *Ibid.*, pp. 77-80.

La antijuridicidad del abuso de posición dominante estaría dada por el mismo artículo que la de los carteles, y también admitiría sanciones por culpa o dolo, de manera que la matriz de responsabilidad que recoge este supuesto a nivel andino es la siguiente:

Responsabilidad Andina por abuso de la posición dominante

Típicidad: → Art. 8 Decisión Andina 608 de 2005

Antijuridicidad: → Art. 2 Decisión Andina 608 de 2005. El cartel debe haber lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos tutelados por la norma (libre competencia, eficiencia en los mercados y bienestar de los consumidores) en más de un Estado miembro

Culpabilidad: → Culpa o dolo

V. RECOMENDACIONES EMITIDAS POR LA CAN

La posibilidad de que la Comunidad Andina de Naciones, a través del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia emita recomendaciones a los Estados miembros se encuentra en el artículo 36 de la Decisión 608:

«Artículo 36. En la adopción y aplicación de las políticas y medidas regulatorias de mercado, los Países Miembros no impedirán, entorpecerán ni distorsionarán la competencia en el mercado subregional. El Comité podrá elevar recomendaciones tendientes a eliminar, cuando corresponda, estos trámites y requisitos para promover el ejercicio de la libertad económica y la competencia».

Lo primero que se encuentra en este artículo es una prohibición a los Estados miembros de emitir regulaciones, que podrían o no configurar ayudas estatales, con las que se afecte la competencia en el mercado subregional. Se permite, además, que la CAN revise y evalúe tales políticas estatales y si lo encuentra necesario, emita recomendaciones de supresión o eliminación regulatoria, en la medida que con ello se promueva la libre competencia.

En este artículo encontramos entonces el tratamiento que la CAN le da a las ayudas estatales *ex post*, es decir, lo que puede hacer el órgano competente después de que un Estado miembro ha emitido una regulación que puede resultar restrictiva de la libre competencia.

Con este artículo se evidencia una vez más la posibilidad de que el Estado sea el agente de mercado que se comporte como restrictivo vía regulación, máxime si estamos en el contexto de un mercado regional, que como ya dijimos en el capítulo correspondiente, es el escenario en el que mayormente se ha desarrollado la tesis de las ayudas estatales restrictivas de la competencia. La CAN debe vigilar entonces que el mercado subregional no se vea afectado debido a las políticas de un Estado que pretendan darles ventaja a las empresas nacionales, independientemente de la eficiencia de estas. Con este régimen se busca evitar que empresas ineficientes sobrevivan a expensas de las eficientes debido a una regulación estatal arbitraria.³⁶⁹

Aunque la Decisión no menciona cual sería la fuerza obligacional de dichas recomendaciones, debe entenderse que están bastante cerca a ser de obligatorio cumplimiento para los Estados miembros, ya que derivan de una norma supranacional, como lo es la Decisión 608. Se trata de una sumisión voluntaria de los Estados miembros a las regulaciones y potestades de un órgano supranacional, como los de la CAN, que por ende no pueden simplemente desconocer cuándo resulte contrario a sus intereses, hacerlo sería *venire contra factum propium*, cuya prohibición constituye uno de los principios más antiguos del derecho.

Si los Estados miembros decidieron voluntariamente ceder parte de sus potestades a órganos regionales con el fin de alcanzar una adecuada integración, como lo ordena la misma Constitución, deben aceptar las decisiones tomadas por dichos órganos. Es legítimo el mandato de sacrificar el arbitrio legislativo de un Estado para darle prevalencia a la libre competencia regional, así se podría extraer de los mismos mandatos de la Constitución ecuatoriana, contenidos en artículos como el 284 numeral 2 y 423.

Finalmente, habría que decir que el órgano competente para proferir dichas recomendaciones es el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, del que se hablará más adelante en el acápite correspondiente a los entes competentes. Empero es importante señalar que esta facultad nunca ha sido ejercida por desconocimiento de la misma autoridad, o de los abogados, o de los ciudadanos, o de las mismas empresas y países.

369 MASSIMO MOTTA. *Política de competencia. Teoría y práctica*, cit., p. 58.

VI. AYUDAS ESTATALES PREVIAS DE LA CAN

También relacionado con las ayudas estatales, pero no observándolas *ex post*, sino *ex ante*, aparece el artículo 6 de la Decisión 608:

«Artículo 6. Los Países Miembros podrán someter a consideración de la Comisión, el establecimiento de exclusiones o excepciones al ámbito de la presente Decisión, de actividades económicas sensibles necesarias para lograr los objetivos fundamentales de su política, siempre y cuando éstas estén contempladas en la legislación nacional del país solicitante y que cumplan con las siguientes condiciones:

- a) Que reporten beneficios significativos al desarrollo de la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios, o fomenten el progreso tecnológico o económico.
- b) Que signifiquen el otorgamiento de condiciones preferenciales a regiones deprimidas o actividades económicamente sensibles o, en cualquiera de los casos, en situación de emergencia;
- c) Que no conlleven a dichos agentes económicos, la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción, comercialización o distribución de los bienes o servicios de que se trate; y,
- d) Que sean concordantes con el ordenamiento jurídico andino.

Las exclusiones y excepciones deberán ser aprobadas, modificadas o eliminadas mediante Decisión, previa recomendación adoptada del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (Comité) a que se refiere el Capítulo VI, que será el responsable de su revisión periódica.

No podrá solicitarse exclusiones o excepciones a actividades económicas que, en el momento de la solicitud, estén siendo objeto de investigación».

Este artículo prevé la posibilidad de que un Estado miembro que pretenda imponer una regulación con la que se pueda configurar una ayuda estatal, lo someta previamente a consideración del Comité, con el fin de que este revise si la política pretendida cumpliría con los cuatro fines descritos en los literales del artículo y si la restricción a la competencia regional no sería injustificadamente lesiva de los bienes jurídicos tutelados.

El Comité está facultado no solo para evaluar las ayudas estatales y decidir sobre su autorización, sino que posteriormente puede ordenar su modificación o eliminación, por supuesto en caso de que hayan cambiado las condiciones que dieron lugar a la aprobación y que la regulación se haya vuelto injustificadamente restrictiva.

Con este artículo, a diferencia del anterior, no se pretende reprimir comportamientos estatales restrictivos sino evaluarlos y calificarlos *ex ante* para evitar afectaciones a la competencia a nivel andino. Los cuatro supuestos que menciona el artículo en los que se permitiría la ayuda estatal guardan relación con los de la legislación nacional y responden también a motivos de eficiencia o prevalencia de derechos sociales; tales justificaciones fueron ampliamente explicadas en el capítulo de ayudas estatales, por lo que no nos detendremos en ello.

También este artículo nunca ha sido aplicado en materia andina. Pero los países sí otorgan estas ayudas. La CAN tiene una tarea pendiente.

VII. SANCIONES

Las medidas correctivas y/o sancionatorias están previstas por el artículo 34 de la Decisión:

«Artículo 34. Si el resultado de la investigación constatara una infracción a los artículos 7 u 8, la Secretaría General podrá disponer el cese inmediato de la conducta restrictiva y, de ameritarse, la aplicación de medidas correctivas y/o sancionatorias.

Las medidas correctivas podrán consistir, entre otras, en el cese de la práctica en un plazo determinado, la imposición de condiciones u obligaciones determinadas o multas, al infractor.

Para la graduación de las medidas sancionatorias deberá considerarse la gravedad de los hechos, el beneficio obtenido, la conducta procesal de las partes y el nivel de los daños causados a la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina en función de la modalidad y el alcance de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota del mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, las otras partes del proceso económico y los consumidores o usuarios; la duración de la restricción de la competencia; y, la reiteración de la realización de las conductas prohibidas.

La Resolución de la Secretaría General, en los casos en que establezca multas, deberá indicar el monto, la forma, oportunidad y lugar de pago. La multa será hasta un máximo del 10 por ciento del valor de los ingresos totales brutos del infractor, correspondiente al año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo».

Este artículo aplica por supuesto solo para los comportamientos restrictivos, es decir, carteles y abuso de posición dominante, previstos en los artículos 7 y 8. Para el régimen de ayudas estatales *ex ante* y *ex post* no tiene cabida, ya que para las primeras la consecuencia es la autorización o rechazo de la propuesta estatal, y para las segundas es la emisión de una recomendación al Estado miembro.

En los casos de carteles y abuso de la posición dominante, la Secretaría General puede ordenar el cese de la conducta e imponer obligaciones o condiciones a título de medidas correctivas. Adicionalmente, puede imponer multas de máximo el 10 % de los ingresos totales brutos del agente durante el año anterior al pronunciamiento definitivo de la Secretaría.

El artículo menciona que para fijar la multa deben tenerse en cuenta criterios como la gravedad de la conducta y del daño causado a productores o consumidores, y el beneficio obtenido por el infractor, entre otros. Sin embargo, no se menciona el destino de dichos dineros. Al respecto puede citarse la Resolución 2006 del 28 de mayo de 2018 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, en la que se sancionó a Kimberly Clark y Familia por conductas de cartelización. En la parte resolutiva de dicha Resolución se estableció que las multas debían ser pagadas a la autoridad de competencia de Ecuador (que fue quién denunció el cartel), pero sin que ello entrara a formar parte del Tesoro de la Nación y que el gasto de dichos montos debía ser autorizado por la Secretaría General, previa presentación, por parte de la autoridad de competencia ecuatoriana de un plan operativo de acción de gasto destinado a políticas regionales en favor del consumidor. Dicha decisión fue modificada mediante Resolución 2236 de 2021, ordenándose consignar a la Secretaría General de la Comunidad Andina, lo cual seguramente será invertido en recursos y personal para este tema de competencia que requiere sea implementado de forma más constante por dicho organismo. Si es que la sanción no es revocada por el Tribunal andino.

Vale la pena en este punto plantear el interrogante de si el 10 % de los ingresos del infractor es un límite adecuado para el monto de las multas, ya que según el tamaño de la empresa y los costos en que incurre, es posible que haya casos en los que ese 10 % resulte muy bajo en comparación con las utilidades percibidas por la empresa. Es decir, puede que ese 10 % de

los ingresos represente un porcentaje mucho menor de las utilidades, que es lo que la empresa gana y el rubro que sería más adecuado atacar. De cualquier forma, en el caso de cartelización más ampliamente conocido por la Comunidad Andina de Naciones, ya mencionado, en el que se sancionó a Kimberly Clark y Familia, la sanción no se acercó siquiera a ese monto, se sancionó solo por el 4,1 % y 3,5 % de los ingresos, respectivamente.³⁷⁰

VIII. PRESCRIPCIÓN

Las disposiciones sobre la prescripción de las acciones se encuentran en los artículos 43 y 44 de la Decisión 608:

«Artículo 43. Las infracciones a la libre competencia previstas en la presente Decisión prescriben en el plazo de tres (3) años de haberse realizado la conducta. En el caso de conductas continuadas, los tres años arriba citados, se empezarán a contar a partir del día siguiente a aquél en que cesó la conducta.

Artículo 44.- Una vez que la Secretaría General de la Comunidad Andina haya tenido conocimiento de una conducta denunciada o se inicie una investigación, deberá realizarse un pronunciamiento dentro de los tres años siguientes, caso contrario se dará por terminada la actuación correspondiente».

Los citados artículos dicen que las conductas restrictivas previstas en la Decisión prescriben en los tres años siguientes a la comisión de la infracción, y que la Secretaría General tiene tres años para fallar una vez que tenga conocimiento de la denuncia o abra la investigación. La única interpretación razonable de los dos artículos anteriores es que, si bien las infracciones prescriben a los tres años, el conocimiento de la denuncia y la apertura de la investigación suspenden la prescripción, y en cambio dan surgimiento a un nuevo plazo de tres años para que la Secretaría falle, so pena de que se dé por terminada la actuación.

IX. ENTES COMPETENTES

Para las conductas mencionadas en estos capítulos existen dos órganos de la Comunidad Andina de Naciones que son competentes, uno de ellos

370 REDACCIÓN DE LA SECCIÓN DE COMPETENCIA DE LA REVISTA DINERO. La cartelización divide a las autoridades de la Comunidad Andina, 07 de junio de 2018, consultado en noviembre de 2019 [En línea] Disponible en <https://www.dinero.com/edicion-impresa/negocios/articulo/problematica-en-la-can-por-sanciones-a-cardeles-de-precios/259108>

para lo relacionado con los comportamientos restrictivos, y el otro para los temas de ayudas estatales *ex ante* y *ex post*.

La competencia frente a los comportamientos restrictivos le corresponde a la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones y está prevista por el artículo 10 de la Decisión 608:

«Artículo 10. La Secretaría General podrá iniciar investigación de oficio o a solicitud de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia o de los organismos nacionales de integración de los Países Miembros, o de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, organizaciones de consumidores u otras entidades cuando existan indicios de que éstos han realizado conductas que pudieran restringir de manera indebida la competencia en el mercado».

La Secretaría General fue creada de forma concomitante con la Comunidad Andina de Naciones y está regulada en los artículos 29 a 39 del Acuerdo de Cartagena, donde se estipula que es el órgano ejecutivo de la CAN y por ende debe actuar conforme a los intereses de la subregión; está conformada por el Secretario General, elegido por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, y los Directores Generales; y su sede es Lima, Perú. Dentro de sus funciones están velar por el cumplimiento de las normas andinas, formular propuestas de Decisión, y adelantar estudios técnicos encargados por otros órganos, entre otras.

Por otro lado, la Decisión 608 crea el Comité Andino de Defensa de la Competencia en los artículos 38 a 41; este órgano está integrado por un representante de la autoridad nacional competente en materia de libre competencia de cada uno de los Países Miembros, y tiene como funciones, la emisión de autorizaciones y recomendaciones en materia de ayudas estatales, previstas en los artículos 6 y 36 respectivamente, así como otras funciones relacionadas con el trámite de investigación por comportamientos restrictivos.

Es decir, que será la Secretaría General la que investigue los comportamientos restrictivos, pero será el Comité de Defensa de la Competencia el que autorice ayudas estatales y emita recomendaciones al respecto a los Estados miembro.

Cabe indicar que las decisiones de la Secretaria General de la CAN pueden ser impugnadas frente al Tribunal Andino.

X. GRAVES PROBLEMAS PROCESALES

Los problemas que vamos a exponer han surgido dentro de denuncias y casos presentados ante la CAN (Comunidad Andina de Naciones), en contra de: i) Kimberly Clark; ii) Facebook, Amazon, Google y Apple; iii) Pfizer, Moderna y Aztrazeneca.

La denuncia en contra de Facebook y todo el trámite pueden ser consultados en el siguiente *link*:

<http://mauriciovelandia.com/docs/pdf/denuncia-facebook-y-respuesta-can.pdf>

La denuncia presentada en contra de Pfizer, Moderna y Aztrazeneca puede ser consultada en el siguiente link:

<http://mauriciovelandia.com/docs/pdf/denuncia-vacunas-y-respuesta-can.pdf>

A) PRUEBAS EN AVERIGUACIÓN PRELIMINAR: En el trámite de este tipo de investigaciones hay dos (2) etapas, la primera se denomina averiguación preliminar y la segunda es la de investigación. En la primera etapa no se está vinculado a los investigados, se da una especie de indagaciones que hace una autoridad antimonopolio frente a un comportamiento. Si encuentra dudas razonables que lo lleven a iniciar una investigación comienza la segunda etapa, denominada etapa de investigación y juzgamiento, en esta ya se está vinculado y por ende periodos probatorios con contradicción.

Del problema que vamos a plantear centrémonos en la primera etapa, la que se denomina Averiguación Preliminar. Esta etapa puede darse por solicitud de parte o de oficio. La tesis que planteó la secretaría andina en la denuncia presentada en contra de Facebook, Apple, Google y Amazon, es que al denunciante no le es válido presentar solicitud de pruebas dentro de la investigación preliminar, sin embargo, la Secretaría General de la CAN sí puede, según la ley, adelantar una averiguación preliminar de oficio. Entonces la tesis de la Secretaría es desigual, y a su vez discriminatoria, lo anterior debido a que cuando la Secretaría inicia la investigación de oficio sí se pueden prácticas pruebas, pero si se inicia a solicitud de parte se niegan todas las pruebas, pues considera que no se puede practicar pruebas en la averiguación preliminar cuando el trámite comienza de oficio. Entonces esto le pone una carga excesiva a la parte, pues se le exige más al denunciante que lo que la misma secretaría puede

hacer teniendo las facultades legales para practicar testimonios, pedir documentos o hacer visitas de inspección. Así, la Secretaría General de la CAN evade cualquier trabajo de pesquisa en una averiguación preliminar iniciada por un particular, volviéndolo así un imposible y negándose a hacer cualquier tipo de trabajo, aun siendo esta su obligación. Es importante indicar que a la fecha la CAN nunca ha iniciado una averiguación preliminar de oficio o una investigación de oficio, siendo un ente paquidérmico. No por no tener facultades, sino porque sus miembros no han aplicado nunca la ley de oficio.

- B) RECURSO DE REPOSICIÓN FRENTE A UNA DESESTIMACIÓN DE DENUNCIA: de conformidad con las normas procesales que rigen las actividades de la Secretaría General de la CAN, los actos que dan finalización a una actuación cuentan con recurso de reposición. La Secretaría General de la CAN en el expediente DG1/LC/002/2020, el de Facebook, señaló que el cierre o la desestimación de una denuncia no cuenta con recurso de reposición, dado que en su sentir no es un acto de fondo, interpretación que no compartimos, pues evidentemente es un acto que impide seguir con la actuación. La sorprendente tesis de la CAN es que el denunciante tiene la oportunidad de volver a presentar la denuncia las veces que quiera, argumentando que no es de fondo, tesis única en el mundo. Cabe indicar que en el proceso presentado contra las empresas Kimberly y Familia, al momento de cerrarse la denuncia presentada por el suscrito, sí permitió ese recurso. Entonces la CAN no ha sido coherente en su interpretación.³⁷¹
- C) PRUEBA DE POSICIÓN DOMINANTE: Erróneamente, la Secretaría General de la CAN no sigue todas las directrices y jurisprudencia europeas respecto de la prueba de posición dominante, y como se ha visto a lo largo de este libro esta jurisprudencia es basta y clara. Las normas y jurisprudencia europeas sobre la posición dominante establecen que es prueba de posición de dominio la participación de mercado superior al cincuenta por ciento (50 %). Esperamos que más adelante la CAN se dé la oportunidad de tomar en cuenta estas jurisprudencias propias del sistema romano-germánico.

Es importante recordar cómo en Europa se considera que una porción de más del 50 % de participación de mercado genera prueba de posición de dominio que puede ser desvirtuado por el investigado. [Refiérase a págs. 166, casos **Hoffman-La Roche** (1979); **Akzo Chemie BV** (1991); **Comunicación de la Comisión** (2018/C 159/01)].

371 <https://andina.vlex.com/vid/resolucion-n-1855-655881061>

D) DELACIÓN E INFORMACIÓN RESERVADA: Dentro del régimen de la Comunidad Andina no aparece regulada la figura de la delación. Es de recordar que la delación es una figura que le permite al imperante de un cartel entregar información acerca de ese acuerdo o arreglo, como son sus integrantes, el contenido del cartel, entre otros. A cambio el delator recibe unos beneficios, como la reducción de multa o el perdón de sanción; en la Comunidad Andina esto no ocurre.

Pero puede ocurrir, dado que la delación sí existe en los países miembros, que en un país se delate a un miembro de un cartel y resulte ser que dicho cartel también tiene efecto en otro de los países miembros de la Comunidad Andina. En ese caso algunos profesionales del derecho han querido exponer que esa delación tiene reserva, y que la autoridad nacional no le puede informar a la Secretaría Andina de la CAN porque se estaría violando la reserva del proceso impuesto legalmente para la figura de la delación. Se comete un grave error de interpretación, piensa el autor de esta obra, porque cuando una autoridad tiene conocimiento de un delito o de una infracción, de la cual no es competente, tiene que trasladarse la denuncia a quien efectivamente sí es competente, más cuando la infracción es supraregional.

Hay que recalcar que la CAN, mediante Resolución 2023 y 2017, sancionó y multó a las organizaciones Kimberly y Familia. Sobre dicha sanción las mencionadas organizaciones presentaron una solicitud de suspensión de dichas multas en tanto se discutía en la justicia interna de Ecuador, si la Superintendencia de Control del Poder de Mercado había cometido un vicio de procedimiento al revelar los documentos entregados por Kimberly al radicar la delación en dicha entidad ecuatoriana; se le endilgó que debía mantener una reserva sobre todos los documentos. En la denuncia presentada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado se tiene que reveló todos los documentos de la delación. Conocido el asunto por un juez ecuatoriano, se llegó a la conclusión de que, efectivamente, la Superintendencia había fallado en su deber de reserva, lo cual crea un gran vicio, dado que se tendrían pruebas indebidamente recaudadas, lo cual pone en riesgo la resolución de sanción emitida por la CAN.

A nuestro criterio, cuando una autoridad antimonopolio de un país integrante de la CAN conozca infracciones antimonopolio que desbordan su país, debe avisar a la CAN de dicha situación, pues su deber de reserva es sobre infracciones internas, pero nunca sobre infracciones externas. Una interpretación contraria conlleva a que la delación se convierta en una forma perversa de ocultar una infracción a nivel andino, lo cual, por ningún motivo compartimos.

Recientemente, la Secretaría General de la CAN emitió la Resolución 2236 de 2021, donde resuelve dicha investigación indicando que una investigación puede iniciar por indicios y que los indicios que se tuvieron en este caso eran de carácter público como fueron las resoluciones que al respecto profirió la Superintendencia de Industria y Comercio, donde dicha entidad incluyó afirmaciones propias o inclusión de transcripciones de correos electrónicos o testimonios, los cuales a su interior generan todos los indicios necesarios para la averiguación preliminar adelantada, que no dependen de los documentos desclasificados por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. En esta Resolución 2236 de 2021 se puede observar cómo las autoridades de competencia de Perú (Indicopi) y de Colombia (Superintendencia de Industria y Comercio) habían presentado recurso que atacaban la sanción, situación insólita. Resulta extraño ello, pero todo se explica dado que dichas autoridades adelantaron procesos sancionatorios en sus respectivos países y pueden estar en riesgo dichas decisiones, pues son varias las voces que consideran que cuando el comportamiento castigado involucra dos países miembros de la CAN la autoridad competente es la Secretaría General de la CAN, perdiendo competencia las autoridades nacionales. Nuestro criterio al respecto es que, efectivamente, la competencia para investigar dichas conductas que involucran dos países miembros es exclusiva de la CAN, perdiendo competencia las autoridades de los países miembros.³⁷²

La Resolución comentada es de obligatoria consulta en adelante dado la cantidad de temas procesales y sustanciales que trata.

XI. OPINIONES FINALES

Como mencionamos desde el comienzo de este capítulo, en un mundo globalizado como el nuestro es frecuente que las relaciones comerciales trasciendan las fronteras de un solo Estado. En esa medida es posible que los comportamientos restrictivos de la competencia afecten también el mercado en más de un país, máxime si se tiene en cuenta que varias empresas son más grandes y poderosas que algunos Estados.

El comportamiento anticompetitivo de alguna o algunas empresas puede ser de interés de varias jurisdicciones, puede haber varios países

372 https://www.youtube.com/watch?v=Wae2k_ynfEk&list=PLtMR0SjA8CreRMIzaKP0Vzk4ZrD3SNeSQ&index=4

buscando multar a esas empresas para resarcir el daño que causaron a los productores o consumidores nacionales. Sin embargo, cuando existe un órgano supranacional, como la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones, habilitado por los Estados miembro para investigar y sancionar las prácticas restrictivas que hayan trascendido fronteras, los órganos nacionales pierden competencia respecto de las empresas cuya conducta haya tenido efectos a nivel andino.

La competencia de la Secretaría General para los comportamientos restrictivos es preferente, es decir que siempre que se cumplan las condiciones definidas por el artículo 5 de la Decisión 608, la Secretaría General podrá asumir la investigación de la conducta por encima de lo que pretendiera adelantar internamente cada Estado miembro. La competencia de la Secretaría existe justamente para responder a las exigencias de la globalización y los mercados regionales y subregionales, por lo que, si se tienen en cuenta los fines de la integración regional, se encontrará que no tiene sentido que si una conducta tiene efectos andinos se permita que cada Estado juzgue y falle de manera independiente.

En todos los casos en que la práctica restrictiva haya tenido efectos en el mercado subregional andino, la competencia es de la Secretaría General de la Comunidad Andina y no de las autoridades de competencia de cada Estado. Si alguna de estas ya estaba tramitando el proceso o incluso si había fallado antes de que la Secretaría conociera el caso, debería poderse declarar nulidad de lo actuado en el derecho interno por falta de competencia, ya que el juez natural no era el de la autoridad nacional sino el de la Secretaría General de la CAN.

A pesar de que la competencia de la Secretaría General es preferente y suficientemente amplia, este órgano no ha sido muy proactivo en la investigación de carteles y abuso de la posición dominante. Aparte de la Resolución 2006 del 28 de mayo de 2018 que sancionó a Kimberly Clark y Familia, y la Resolución 1935 del 03 de julio de 2017 en la que se exoneró a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP de una denuncia por abuso de la posición dominante, no se encuentran en el sistema de búsqueda de Resoluciones de la Secretaría General otros casos en los que este órgano haya adelantado investigaciones por comportamientos restrictivos.

No se ha visto un papel muy activo de los órganos de la Comunidad Andina en materia de defensa de la competencia, y ello no debería ser así ya que estos órganos tienen suficientes potestades y capacidad para atender casos que afecten el mercado subregional. Tan solo el Comité de Defensa de la Libre Competencia cuenta con un representante de la autoridad de competencia de cada Estado miembro, lo que debería ser suficiente para que

el Comité ejerza un control eficaz y con una injerencia cada vez mayor en los Estados miembros, por supuesto cuando la defensa del mercado andino así lo amerite.

El acelerado desarrollo de las tecnologías y nuevas formas de comercialización harán cada vez más fácil y probable la presencia de conductas anticompetitivas a niveles internacionales, por lo que debería prestarse más atención al papel de los órganos regionales y lo que se puede lograr si estos se vuelven más activos y aprovechan mejor las potestades que los Estados miembros les han dado.

PARTE II

DERECHO ANTIMONOPOLIO CONTEMPORÁNEO

La parte anterior del libro contiene aspectos tradicionales del derecho de Control del Poder de Mercado. Quien lo hubiere leído tendría herramientas para conversar, opinar y trabajar dentro de esta rama del derecho.

Ahora, viene un cambio dentro del libro, se expondrán los temas contemporáneos del derecho de competencia. Aquellos casos y asuntos de los cuales se habla a nivel mundial. En esa medida la lectura en adelante exigirá un nivel de conocimiento ya alcanzado con la lectura de los capítulos anteriores.

Se hará referencia a cinco (5) temas:

- Las *Big-Tech* y el derecho de Control del Poder de Mercado o derecho antimonopolio
- Las *Big-Pharma* y el derecho de Control del Poder de Mercado o derecho antimonopolio
- La carrera espacial y el derecho de Control de Poder de Mercado o derecho antimonopolio
- Metaverso
- La física cuántica y lo que viene con sus cambios

La guerra comenzada por Rusia en el año 2022 ha permitido evidenciar que las grandes de tecnología tienen gran incidencia en el mundo contemporáneo. Ellas han sido limitadas en Rusia en periodos de guerra, por ejemplo FaceBook. La información que allí se maneja es de gran interés para los habitantes, y es objeto de reglas, las cuales Rusia pretende imponer para que dicho medio no sea la puerta de entrada de información que no convenga a los intereses de Putin. Este es un claro ejemplo de cómo la tecnología y estas empresas cobran importancia hasta en los asuntos bélicos entre las potencias del mundo. Estamos en una era digital en todos los aspectos, donde estas empresas privadas se han convertido en protagonistas en cada actividad del ser humano.

CAPÍTULO PRIMERO

FACEBOOK Y GOOGLE BAJO LAS NORMAS ANTIMONOPOLIO

Recientemente, en materia de derecho antitrust, el tema que ha suscitado la discusión más algida ha sido el de estas cuatro grandes empresas de tecnología. En un hecho sin precedentes, entre los años 2019 y 2020 los CEO de las cuatro empresas fueron citadas a testificar ante el Congreso de Estados Unidos. En la mencionada audiencia se hicieron un sinnúmero de cuestionamientos a los representantes de las compañías que abarcaron desde la protección de datos hasta el favorecimiento de productos propios y conductas abiertamente malintencionadas hacia los competidores y usuarios.

Lo que se está evidenciando es un cambio en el paradigma de lo que se busca proteger con el derecho antimonopolio. Se está empezando a adoptar una postura consecuente con lo que pasa en Europa que se enfoca en la protección a la pequeña empresa, en evitar que los grandes se vuelvan cada vez más grandes a costa de aplastar a los pequeños. Las grandes compañías lo que están haciendo es ampararse en que sus comportamientos son eficientes, a pesar de que parecen estar incluso llevando a la expulsión a otros. En Europa siempre se ha dicho que la eficiencia hace parte del bien tutelado, pero hoy se tiende más hacia la nueva política que está proponiendo el Congreso de Estados Unidos, es decir, a enfocarse más en proteger a las mipymes. Si cambia el bien jurídico tutelado deberá cambiar la forma en que se ve la antijuridicidad, la cual será más generosa en reprimir comportamientos que dañen el libre mercado.

A continuación, se describirá brevemente la forma en que el autor ve el tema, y cómo ha tratado el tema en algunas jurisdicciones, explicando en primer lugar la problemática con Facebook, en segundo lugar, la de Google, en tercer lugar, la presunta posición dominante conjunta de Facebook, Google y Amazon y en cuarto lugar, la presunta posición dominante conjunta de Apple y Google; y finalmente, el tema de las cláusulas abusivas.

Antes de dar inicio, vale la pena relatar algunos aspectos de la actualidad del tema. Hace muy poco tiempo China reformó su Ley de Competencia de 2008. Allí cambia el concepto tradicional y protege al mercado de las grandes empresas de tecnología locales. La SAMR (Autoridad de competencia en China) pasa de tener 40 funcionarios a 100 y espera tener 150 al finalizar el año 2022. Para el año 2021 impuso multas de USD 3700 millones. De la misma manera puso límite semanal para los niños en consulta de internet.

Para todos estos cambios debe recordarse al juez Robert Bork en EUA a finales de los años 70, donde se estableció el derecho de la competencia

para defender no a los competidores sino a la competencia, pregonando la defensa del bienestar social del consumidor y de la competencia. Empero, hoy se habla de una nueva visión, recordando al juez Louis Brandeis, quien pregonaba una teoría diferente del derecho de la competencia, él creía que el tamaño de la empresa ya era algo a mirar y estudiar. Ahora sus teorías son muy escuchadas, denominadas neobrandeisianas. Hoy la FDC (autoridad de competencia de EUA) tiene en sus cargos a personas que dejan ver su tendencia (Lina Khan, Tim Wu, Jonathan Kanter).

El juez Louis Brandeis y su teoría aboga por la econometría de calidad y elección por encima de la econometría de precio.

Seguirle el paso a la CMA (autoridad de competencia de Inglaterra), a la FTC (autoridad de competencia de EUA), a la SAMR (autoridad de competencia de China) y Bundeskartellamt (autoridad de competencia de Alemania), y a la Comisión Europea de Competencia de la UE (autoridad de competencia de la Unión Europea), es el camino.

Acá se ha criticado la copia permanente a lo creado en otros países sin ver lo que tenemos. Pero eso no quiere decir que desde el punto de vista sustancial han avanzado más y deba observarse lo que pasa allá. Lo que no compartimos es la desnaturalización de nuestro sistema por querer implementar reglas de responsabilidad propias del sistema anglosajón, cuando somos romano-germánicos. De ellos bien sabe la autoridad de Alemania al aplicar la ley. Para allá debe mirarse, puesto que nuestro sistema es Germano y Romano. Es el mismo delito, pero juzgado en dos esquemas de responsabilidad diferente. Y los jueces lo saben en Ecuador.

I. FACEBOOK

A. HECHOS E INVESTIGACIONES EN EL MUNDO

Facebook es una empresa que opera en el mercado de las redes sociales y en el de la publicidad. Es una de las redes sociales más grandes del mundo y además es dueña de otras como Instagram y WhatsApp. La compañía ha estado en el ojo del huracán particularmente desde el escándalo de Cambridge Analytica en 2018, cuando se descubrió que dicha compañía, fundada en 2013, explotó sin autorización los datos de cerca de 87 millones de usuarios de Facebook³⁷³. Los datos fueron usados para perfilar políticamente a los

373 Véase: NADEEM BADSHAH. The Guardian, Facebook to contact 87 million users affected by data breach, [En línea] Disponible en: <https://www.theguardian.com/technology/2018/apr/08/facebook-to-contact-the-87-million-users-affected-by-data-breach> (Abril de 2018, Consultado en Noviembre de 2019)

usuarios e influir sus decisiones de voto, mediante anuncios personalizados, en favor de campañas como la de Donald Trump y la del Brexit.

Los datos fueron extraídos a través de una aplicación llamada «This is your digital life», desarrollada por Aleksandr Kogan, un profesor de Psicología de la Universidad de Cambridge. A través de la aplicación, los usuarios tomaban un test de personalidad y permitían el uso, no solo de sus datos, sino también de los de sus amigos de Facebook, con fines supuestamente académicos.³⁷⁴ Aunque nunca se comprobó que Facebook hubiese permitido expresamente la sustracción de la información, ni una conducta activa por parte de la empresa, se ha cuestionado ampliamente que la empresa de Zuckerberg no tomara las medidas necesarias para evitar el daño y que no informara a los usuarios afectados tan pronto como tuvo conocimiento de los hechos. Fue necesario que pasaran años y empleados de Cambridge Analytica decidieran destapar el escándalo para que el público se enterara de lo ocurrido.

Por otro lado, en noviembre de 2019, Facebook reveló que existen otros posibles casos de acceso indebido a la información de los usuarios por parte de cerca de 100 desarrolladores de aplicaciones. Informaron que, aunque no hay evidencia de abuso, están tomando las medidas necesarias.³⁷⁵ A pesar de asegurar no tener responsabilidad en el caso de Cambridge Analytica, Facebook aceptó pagar por ello una multa de £500,000 en el Reino Unido.³⁷⁶

Además de todo el tema de Cambridge Analytica, en junio de 2020 la Corte Federal de Justicia de Alemania condenó a Facebook por abuso de la posición dominante. La decisión alemana se basó en que Facebook es dominante en el mercado de redes sociales, y abusa de ello mediante los términos y condiciones que impone a los usuarios.

374 Véase: CAROLE CADWALLADR & EMMA GRAHAM-HARRISON. The Guardian, Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach [En línea] Disponible en: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election> (Marzo de 2018, Consultado en Noviembre de 2019)

375 MICHAEL NUÑEZ. Forbes, Facebook is still leaking data more than one year after Cambridge Analytica [En línea] Disponible en: <https://www.forbes.com/sites/mnunez/2019/11/05/facebook-is-still-leaking-data-more-than-one-year-after-cambridge-analytica/#18dea8ed6180> (noviembre de 2019, consultado en noviembre de 2019).

376 ALEX HERN. The Guardian, Facebook agrees to pay fine over Cambridge Analytica scandal, [En línea], Disponible en: <https://www.theguardian.com/technology/2019/oct/30/facebook-agrees-to-pay-fine-over-cambridge-analytica-scandal> (octubre de 2019, consultado en noviembre de 2019).

Según la Corte Federal, aunque los usuarios no pagan en sentido estricto para usar la plataforma, sí deben aceptar unos términos y condiciones según los cuales el usuario acepta que se recolecten sus datos de navegación tanto dentro como fuera de Facebook.com, Instagram y otras de la misma compañía. Estos datos no solo se usan para darle una experiencia personalizada al usuario, sino también para que Facebook pueda lucrarse mediante el negocio de la publicidad. Facebook tiene numerosas herramientas para medir la actividad de los usuarios y así determinar el éxito de los anuncios publicitarios que despliegan. No solo se recogen los datos de lo que el usuario hace dentro de Facebook.com, sino también en sitios web de terceros, sin que el usuario pueda hacer nada al respecto.

Según la autoridad alemana, los términos y condiciones de Facebook violan el Acta de competencia al hacer que el uso de la plataforma dependa de la autorización para vincular los datos del usuario sobre su actividad por fuera de Facebook.com con los datos personales generados por el uso de Facebook, sin que para ello medie ningún consentimiento adicional por parte del usuario. Dichos términos y condiciones, junto con el procesamiento de datos fueron prohibidos por la autoridad alemana, denominada Bundeskartellamt, desde febrero de 2019.

En términos generales, lo que la Corte Federal encontró es que los términos y condiciones son abusivos si no le dan a los usuarios de Facebook ninguna posibilidad de decidir si quieren una experiencia más personalizada, al permitirle a Facebook un acceso potencialmente ilimitado a sus datos *online* dentro y fuera de Facebook, o si quieren aceptar solo cierto nivel de personalización basado en los datos que ellos mismos comparten en Facebook.com.

Se llegó a esta conclusión después de determinar que Facebook es activo en los dos mercados ya mencionados, el de las redes sociales y el de la publicidad. Y como prestador dominante en el mercado de redes sociales, tiene un deber especial de velar porque se mantenga la competencia que aún existe. Si el mercado fuera competitivo, los usuarios seguramente tendrían mayor posibilidad de disponer de sus datos. Muchos usuarios desearían compartir menos datos, pero actualmente no les es posible.

Este gran poder sobre los datos también contribuye a la posición de dominio si se tienen en cuenta los efectos de red directos. Dichos efectos de red se refieren a que los beneficios para los usuarios y para los anunciantes aumentan mientras más usuarios tenga la plataforma. Esto se traduce en que la posición dominante de Facebook solo puede ser desafiada si algún competidor logra atraer a suficientes usuarios a su plataforma en un período relativamente corto, lo cual no es de ninguna forma sencillo.

En cuanto al mercado de publicidad, según la Corte, no es necesario determinar que existe un mercado separado para la publicidad *online* en redes sociales y que Facebook es dominante también en ese mercado. No es necesario que el efecto anticompetitivo ocurra en el mercado dominado por la compañía, también es posible que se presente en otro mercado no dominado por la compañía.

Habiendo visto estos importantes antecedentes que dan cuenta de las actividades de Facebook por las que la empresa ha sido investigada en el mundo, y por los que fue denunciada en la Comunidad Andina y en Colombia por comportamientos Antitrust, veamos cómo se estructura su responsabilidad en el derecho romano-germánico por abuso de la posición dominante individual de Facebook bajo la teoría de responsabilidad explicada en este libro.

En primer lugar, es importante resaltar que estas plataformas y el surgimiento del mundo digital han dado lugar a un nuevo mercado de información. Se trata de un mercado del siglo XXI que se basa en toda la información de mercadeo recaudada con una certeza cercana al 100 % de certeza. Facebook es una empresa cuyo modelo de negocio le permite conocer las preferencias de consumo de todos sus usuarios, Facebook sabe quién busca qué productos, cuándo los compra, cuánto está dispuesto a pagar, que tipo de publicidad es más eficiente y muchos detalles más. Ello tiene un margen de error cercano a cero porque los datos no se basan en las respuestas que las personas dan en encuestas, sino en las decisiones que efectivamente toman y las compras que efectivamente hacen.

En el mundo análogo existen empresas de *marketing* cuyo negocio es realizar estudios de mercadeo para empresas que buscan conocer las preferencias de consumo de sus clientes y diseñar sus estrategias de negocio conforme a ello. Empresas que ofrecen todo tipo de productos buscan a empresas de *marketing* para que mediante encuestas y sondeos les brinden información que les permita diseñar su publicidad de forma más cautivadora, ajustar sus productos a las expectativas de los clientes, entre otros aspectos específicos.

Sin embargo, la información de estas empresas tradicionales de *marketing* tiene un margen de error, al igual que cualquier sondeo estadístico. En cambio, como ya se dijo, empresas como Facebook tienen datos cercanos al 100 % de certeza, o al menos, con un margen de error cercano a 0, tanto de compradores como de vendedores, ello claramente les da una gran ventaja competitiva con respecto a las empresas tradicionales. Es por esta amplia diferencia entre los insumos para los estudios de *marketing* que decimos que se ha dado lugar a un nuevo mercado del siglo XXI cuya característica principal es la información con 100 % de certeza.

De este nuevo mercado se hablará nuevamente cuando se mencione la presunta posición de dominio conjunta de Facebook, Google y Amazon. Por ahora basta con tener en cuenta la importancia del poder sobre los datos que tiene Facebook.

Ahora, debe hacerse la pregunta obligada acerca de si es cierto que el servicio que presta Facebook es gratuito. En el derecho romano-germánico un contrato es gratuito cuando solo tiene beneficio para una de las partes. En el caso de Facebook eso no es cierto pues toma la información de los usuarios, la captura y la usa en su negocio de publicidad después de perfilar a sus usuarios. Es una venta atada donde se obliga al usuario a entregar su información.

Es importante tener en cuenta que en las culturas de derecho romano germánicas Facebook ya ha sido sancionada y juzgada, según lo que comentamos. El tema de Alemania lo expusimos en líneas atrás, ahora es Italia:



Imagen 2
Publicación Forbes, Italia multa a Facebook

B. ANTIJURIDICIDAD

Como se anunció previamente, la antijuridicidad está enmarcada en la eficiencia, daño al excedente del consumidor y daño al excedente del productor (bienestar social). Partiendo de la base de que hay presunta posición dominante, basado en cifras de participación de mercado se tiene que Facebook cuenta, por ejemplo, en el mercado de Ecuador, con un porcentaje mayor al sesenta por ciento (60 %).

Tabla 9
Usuarios de redes sociales, enero 2020

	RED SOCIAL					
	Facebook	Instagram	Linkedin	Tiktok	Twitter	Pinterest
Número de usuarios (enero 2020)	12,04 millones	4,02 millones	2,58 millones	1,4 millones	0,9 millones	880,000

Tomado de Ecuador: Estado digital enero de 2020.³⁷⁷

Así las cosas, la consecuencia lógica es que el mercado de «red social» no es elástico, y en este mercado inelástico el comportamiento de Facebook no es eficiente, ya que se ahorra el costo de recolectar la información acerca de las preferencias de sus usuarios teniendo acceso a toda la información del universo de los mercados. Lo eficiente sería que pagaran por dicha información, o cuanto menos permitieran a los usuarios si la quieren entregar o no.

No resulta eficiente para la economía que no se pague por la información comercial que pertenece a un usuario, y que además la usen en beneficio propio y no se incluya en la tarifa publicitaria como un costo; si lo incluyera, lógicamente el precio sería otro, por ello es predatorio. Además, si pagaran por la información aumentaría el excedente del consumidor.

Es importante indicar acá la descripción del mercado relevante de «red social», que es donde Facebook tiene posición de dominio. Dicho mercado se describe como los productos y servicios de redes sociales (social media) e incluyen redes sociales (social networking), mensajería y plataformas de

³⁷⁷ Consultado en <https://blog.formaciongerencial.com/estadodigitalecuador2020/>

medios diseñadas para atraer a las personas, facilitando el intercambio, la creación y la comunicación de contenidos e información en línea. Las plataformas de red social permiten a los usuarios interactuar con personas o grupos de personas que conocen, mostrar contenido a través de fuentes lineales o agregar funcionalidades para servicios en línea, generalmente a través de una aplicación móvil. Una característica principal de las plataformas de red social es que normalmente ofrecen sus servicios por un precio monetario cero (gratis). La plataforma desarrolla un servicio que espera atraer a una masa crítica de usuarios para luego atraer anunciantes de publicidad a la plataforma. No hay razón para que los usuarios comiencen a usar una red social si no hay nadie allí con quien puedan conectarse. Facebook (dueño también de Instagram y Whatsapp) es, por mucho, la plataforma de redes sociales (social networking platform) más popular en Ecuador.

En páginas anteriores se expuso cómo en Europa se considera que una porción de más del 50 % de participación de mercado genera prueba de posición de dominio que puede ser desvirtuado por el investigado. [Refiérase a pág. 166-167, **Comunicación de la Comisión** (2018/C 159/01)].

Así se deja demostrada, presuntamente, la posición de dominio de Facebook.

C. TIPICIDAD

Pasando ahora a definir la posición de dominio de Facebook, como indicó la autoridad alemana, esta red social ostenta posición dominante en este mercado, lo cual también ocurre en los países de la Comunidad Andina. Ello podría considerarse, incluso, un hecho notorio en todo el mundo occidental. Las políticas de recolección de datos de Facebook operan igual en todo el mundo, así lo destacó por ejemplo la Superintendencia de Industria y Comercio colombiana en Resoluciones n.^o 1321 de 2019 y n.^o 4885 de 2019, o el mismo informe del Congreso de Estados Unidos, sobre el cual se hablará más adelante.

Como forma de abuso de esta posición dominante, se ha acusado a Facebook, por ejemplo, de utilizar la cámara de Instagram para espionar a sus usuarios. La demanda por esta violación a la privacidad fue interpuesta por una usuaria llamada Britanny Conditi.³⁷⁸ Pero sin duda, la forma más clara y ostensible de abuso por parte de Facebook está en los términos y condiciones

³⁷⁸ FORBES, Denuncian a Facebook porque Instagram usa sin permiso cámara de celular [en línea] Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/denuncian-a-facebook-porque-instagram-usa-sin-permiso-camara-de-celular/> (Septiembre de 2020, consultado en septiembre de 2020).

impuestos a los usuarios. Los usuarios no tienen opción de decidir si quieren entregar todos sus datos a cambio de una experiencia personalizada, o si prefieren evitarlo. Si no aceptan entregar su información no tienen acceso al servicio.

Aquí existe una forma de venta atada o subordinada, ya que los usuarios no tienen posibilidad de negarse a entregar toda su información, eso está proscrito por todas las leyes de derecho de la competencia del mundo.

También existe una probabilidad de suerte de venta por debajo de costos, ya que Facebook no paga por obtener esa información, se ahorra un costo en el que sí tienen que incurrir las empresas tradicionales de *marketing* para hacer las encuestas y reunir la información de los consumidores. Este costo que se ahorra le permite ofrecer la publicidad a un precio menor, y no es consecuencia de nada diferente a la extracción masiva y desbordada de los datos de los usuarios. La ventaja de Facebook es evidente, aunque la posición de dominio está en el mercado de las redes sociales el abuso se concreta en el de la publicidad, pues los dos mercados están intrínsecamente relacionados.

Para ese caso, la tipificación, el comportamiento abusivo de Facebook en venta atada o venta con prestación subordinada, esta norma resulta muy fácil, dado que Facebook subordina el servicio de red social a la aceptación de prestaciones adicionales que no tienen que ver con un contrato gratuito. Según el artículo 1456 del Código Civil un contrato es gratuito cuando no existe contraprestación de ningún tipo a cambio de otra prestación. Facebook informa a sus usuarios que el servicio de su red social es gratuito, sin embargo, Facebook ata o subordina el uso gratuito de su red social a una prestación imperativa en cabeza del usuario mediante la cual el usuario está obligado a entregar a Facebook toda su información comercial, personal, íntima y comercial y de todo tipo, además, con la autorización para que Facebook pueda usar dicha información en sus propios negocios.

Describamos qué se dice en la doctrina acerca de la naturaleza del contrato «gratuito», para ver después de ello si Facebook está atando cláusulas que no tienen que ver con la naturaleza propia del negocio.

El Maestro Fernando Hinestrosa, en su obra *Obligaciones*, editada por la Universidad Externado de Colombia expone al respecto:

«Los actos que implican una atribución patrimonial se dividen en **onerosos y gratuitos**, según que, como de ordinario sucede, prevean o traigan consigo una contrapartida o que, por el contrario, constituyan una enajenación que no se compensa económicamente. Tal es la presentación que hace el art. 1497

C.C: “El contrato es gratuito o de beneficencia cuando solo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”». ³⁷⁹

379 Según el original francés (art. 1105), contrato de beneficencia es aquel en el que una de las partes procura a la otra una ventaja puramente gratuita”, y es oneroso (art. 1106) “aquel que somete a cada una de las partes a dar o hacer alguna cosa”. Para comenzar, ha de decirse que esta clasificación obedece a un criterio económico, pues en ambas categorías de por medio hay una consideración patrimonial, la carga económica. Es **gratuito el negocio en el que la asignación o el servicio pesa sobre una sola parte, que en manera alguna puede esperar retribución o compensación de ella, dada la propia índole de la figura.** Prestación a su cargo que puede ser simplemente gratuita, o sea que no le acarree una disminución patrimonial, como en los ejemplos del mutuo y la fianza no remunerados, a los que cabría agregar en el presente de los de la así llamada “donación” de órganos y del “arrendamiento de vientre”, o implicar una liberalidad, como es el caso de la donación a secas, o sea la que no es remuneratoria ni envuelve cargas para el donatario. Utilidad singular, concepto que ha de tomarse en su sentido amplio: “**provecho, interés, conveniencia o fruto que se saca de una cosa**”, que abarca tanto la hipótesis de enriquecimiento como la obtención de un servicio sin remuneración, y aquella que pudiera considerarse “mixta”, en la que el precio es consciente o deliberadamente inferior al que sería la contrapartida normal. Meramente gratuito, en cambio, es el acto que de suyo excluye toda satisfacción patrimonial de parte de quien se obliga (**una sola parte es obligada, porque al obrar de tal modo ella está desarrollando un propósito de beneficencia o cuando menos altruista, que excluye toda reciprocidad: esencialmente hay un desequilibrio, y “es menester querido”**). Tanto las definiciones del Código Civil como las que trae el código de Bello dan pie para pensar en una asimilación del **contrato oneroso al contrato de prestaciones correlativas o bilateral**, toda vez que ambos previenen a propósito el **compromiso o gravamen de ambas partes**, al margen de si las cargas económicas han de ser equilibradas o al respecto juega el azar, cuestión relativa a la subclasificación de los contratos onerosos en conmutativos y aleatorios; y del gratuito al unilateral, **como quiera que en este se obliga solamente una de las partes**. Sin embargo, ha de tenerse presente que lo que caracteriza al contrato a título oneroso no es la reciprocidad de las prestaciones, que bien puede no darse, como en el mutuo interés, sino la “**reciprocidad de las ventajas**”: ambas partes obtienen provecho, lo cual es propio de los contratos “bilaterales”, pero no exclusivo de ellos. Para buena parte de la doctrina (la inmensa mayoría), los contratos **bilaterales son onerosos** y los **unilaterales son gratuitos**. Con todo, no falta quien sostenga que “el criterio para discernir si un contrato es unilateral o bilateral es eminentemente técnico – jurídico, [y que] en cambio, la calificación de un contrato como gratuito u oneroso no depende de una consideración dogmática del derecho civil, sino exclusivamente de la particularidad de que el contrato resulte útil o provechoso para uno solo de los contratantes o para ambos. Se concreta el pensamiento diferenciando los negocios simplemente gratuitos de los de beneficencia, destacando la circunstancia de que, en los primeros, el deudor simplemente presta, sin remuneración, un servicio que, indistintamente suele o puede ser retribuido económicamente o realizarse con gratuitad, como el mandato, el mutuo, la fianza (Arts. 2143, 2144, 2184 [3], 2230 y 2367 C.C), casos estos en los cuales no hay una merma patrimonial efectiva por parte suya, en tanto que en otras hipótesis, a más de mediar el ánimo de realizar una atribución patrimonial sin contraprestación, el negocio comporta de suyo enriquecimiento y empobrecimiento correlativos en las partes, fundado en el solo espíritu liberal (Arts. 1194 y 1443 C.C).

Aclarado el concepto de «contrato gratuito», y tomando las palabras del Maestro Fernando Hinestrosa, se analizarán ahora algunas cláusulas incluidas en los «Términos y Condiciones» que impone Facebook a sus usuarios a fin de definir dos preguntas: (i) ¿se trata de un contrato gratuito? Y (ii) ¿existen obligaciones atadas a ese contrato gratuito que no tienen que ver con la naturaleza propia de ese negocio?

Miremos las cláusulas que impone en los «Términos y Condiciones» que debe aceptar un usuario por recibir el servicio «gratuito» de FACEBOOK:

«No te cobramos por el uso de Facebook ni del resto de los productos y servicios que se incluyen en estas Condiciones. En su lugar, las empresas y organizaciones nos pagan por mostrarte publicidad sobre sus productos o servicios. Al usar nuestros Productos, **aceptas** que te mostremos anuncios que consideremos relevantes para ti y tus intereses. Para determinar estos anuncios, **usamos tus datos personales**». (Negritas fuera del texto original).

Ya acá existe un contrasentido bajo los términos de derecho ecuatoriano dado que anuncia que no se cobra por el servicio (gratuito –art. 1456 c.c.) y que son las empresas que anuncian publicidad con ellos los que les pagan, pero después ya comienza a mostrar que usará los datos personales, sin aclarar mucho las cargas y obligaciones del usuario. Pero después ata al contrato cláusulas que no tienen que ver con la **naturaleza propia del negocio de no cobró**. La atadura abusiva de extracción de información por uso de la red social se denota al señalar que:

«En lugar de pagar por usar Facebook y el resto de los productos y servicios que ofrecemos, al usar los Productos de Facebook que se incluyen en estas Condiciones, **aceptas que podamos mostrarte anuncios de las empresas y organizaciones que nos pagan por promocionarse dentro y fuera de los Productos de las empresas de Facebook. **Usamos tus datos personales**, como la información sobre **tu actividad y tus intereses, para mostrarte aquella publicidad que pueda resultarte más relevante**». (Negritas fuera del texto original).**

Así, no es cierto que no se paga por el servicio, pues también hacen referencia a toda la información comercial, personal, y de todo tipo, que recopilan, mostrando que realmente el usuario sí paga con su información, pues después esta es usada por Facebook. Ahora, veamos que la información que se recopila de cada usuario no solo es para determinar qué anuncios le envían a un usuario:

«Información y contenido que nos proporcionas. Recopilamos el contenido, las comunicaciones y otros datos que proporcionas cuando usas nuestros Productos, por ejemplo, cuando te registras para crear una cuenta, creas o compartes contenido y envías mensajes a otras personas o te comunicas con ellas. **Esta información puede corresponder a datos incluidos en el contenido que proporcionas** (por ejemplo, los metadatos) o relacionados con este, como el **lugar donde se hizo una foto o la fecha de creación de un archivo**. También puede incluir el contenido que ves a través de las funciones que ponemos a tu disposición, **como la cámara**, de modo que podamos realizar acciones como sugerirte máscaras y filtros que quizás te interesen, así como darte consejos sobre cómo usar los formatos de cámara. **Nuestros sistemas realizan automáticamente el tratamiento del contenido y las comunicaciones que tú y otras personas proporcionáis** para analizar el contexto y lo que incluyen en relación con los propósitos que se describen a continuación. Obtén más información sobre cómo controlar quién puede ver el contenido que **compartes**. (...)»

Redes y conexiones. Recopilamos información sobre las personas, las páginas, las cuentas, los hashtags y los grupos a los que estás conectado y cómo interactúas con ellos en nuestros Productos, por ejemplo, las personas con las que más te comunicas o los grupos de los que formas parte. También recopilamos información de contacto si eliges subirla, sincronizarla o importarla desde un dispositivo (como una agenda de direcciones, un registro de llamadas o un historial de SMS). Usamos estos datos para propósitos como ayudarte a ti y a otros a encontrar personas que quizás conoces, así como para las finalidades que se indican a continuación. (...)»

Tu uso. Recopilamos información sobre cómo usas nuestros Productos, como los tipos de contenido que ves o con los que interactúas, las funciones que utilizas, las acciones que llevas a cabo, las personas o cuentas con las que interactúas y la hora, la frecuencia y la duración de tus actividades. Por ejemplo, registraremos cuándo estás usando y cuándo has usado nuestros Productos por última vez, y qué publicaciones, vídeos y otro tipo de contenido ves en nuestros Productos. También recopilamos información sobre cómo usas funciones como nuestra cámara. (...)»

Información sobre transacciones realizadas en nuestros Productos. Si usas nuestros Productos para efectuar **compras** u otras transacciones económicas (por ejemplo, cuando compras algo en un juego o haces una **donación**), **recopilamos datos sobre dichas compras o transacciones**. Esos datos incluyen la **información del pago**, como el número de tu tarjeta de crédito o débito y otra información sobre la tarjeta, así como datos sobre la cuenta y la autenticación, y detalles de facturación, envío y contacto.

La actividad de otros usuarios y la información que proporcionan sobre ti. También recibimos y analizamos **contenido, comunicaciones e información que nos proporcionan otras personas al usar nuestros Productos**. Estos datos pueden incluir **información sobre ti**, como en caso de que otras personas comparten o comenten una foto tuya, te envíen un mensaje o suban, sincronicen o importen tu información de contacto. (...)

Información sobre el dispositivo

Tal como se describe a continuación, **recopilamos información de los ordenadores, los teléfonos, las televisiones online y otros dispositivos conectados a internet que usas y que se integran con nuestros Productos, y la combinamos en los diferentes dispositivos que empleas**. Por ejemplo, utilizamos la información que recopilamos sobre el uso que haces de nuestros Productos en el teléfono para mejorar la personalización del contenido (incluidos los **anuncios**) o las funciones que ves cuando usas nuestros Productos en otro dispositivo, como un portátil o una tableta, o **para detectar si has realizado alguna acción en respuesta a un anuncio que te hemos mostrado en el teléfono o en otro dispositivo**. (Negritas fuera del texto original).

Es decir, conocen todo lo de un usuario, pero afirman que no se paga por el uso de la red social. Claro que se paga: con toda la información recolectada. Posteriormente señalan dónde y cómo usan esa información recolectada:

«Información relacionada con la ubicación: usamos la información relacionada con la ubicación, como tu ubicación actual, el lugar donde vives y los lugares que te gusta visitar, así como las empresas y las personas que se encuentran cerca de ti, para proporcionar, personalizar y mejorar nuestros Productos, incluidos los anuncios, a fin de que resulten más

relevantes para ti y otras personas. Este tipo de información puede basarse en datos como la ubicación precisa del dispositivo (si nos has permitido recopilar esta información), direcciones IP e información de uso de los Productos de Facebook (como visitas y eventos a los que asistes). (...)

Usamos la información que tenemos (incluida la actividad que llevas a cabo fuera de nuestros Productos, como los sitios web que visitas y los anuncios que ves) con objeto de ayudar a los anunciantes y otros socios a medir la eficacia y la distribución de sus anuncios y servicios, así como para ayudarles a conocer qué tipos de personas usan sus servicios y cómo interactúan con sus sitios web, aplicaciones y servicios». (Negritas fuera del texto original).

Como se puede observar, no es cierto que no exista cobro al usuario de la red social por el servicio de Facebook. **Bastante se paga con la información comercial, íntima y personal entregada**, la cual es aprovechada posteriormente por Facebook en sus **negocios propios** como lo es la venta de publicidad para sus anunciantes.

Ahora bien, la atadura comentada se vuelve imperativa, dado que en el supuesto caso de que el usuario no acepte entregar la información comercial, personal e íntima no le brindan el servicio, y no existen sustitutos de una red social igual a Facebook donde un usuario pueda encontrar toda la red social de amigos, familiares y demás, por ello esta reglamentación de prácticas comerciales restrictivas también es conocida como reglas antimonopolio, pues con ellas se prohíbe que un monopolio o poder de mercado se aproveche de los usuarios como parte débil del mercado.

Nuestras ideas son tan ciertas que se ven respaldadas en el hecho de que en las condiciones del servicio de Facebook, específicamente en el numeral sexto se presenta una cláusula que establece lo siguiente «Podemos asignar libremente todos nuestros derechos y todas nuestras obligaciones en virtud de estas condiciones en caso de fusión o venta de activos, por aplicación de la ley o de algún otro modo», lo anterior quiere decir que, en el posible caso de la venta de la empresa Facebook, esta puede incluir la información recaudada sobre los usuarios.³⁸⁰

380 Facebook. Condiciones de servicio, numeral sexto, recuperado de: <https://www.facebook.com/legal/terms>

D. CULPA O DOLO

Al ser un comerciante y un profesional, a Facebook le es exigible la diligencia del buen hombre de negocios, bajo un sistema romano-germánico. Debe comportarse con especial cuidado y rectitud, suministrando toda la información necesaria a su contraparte.

Lo que se ha dicho hasta el momento sobre Facebook puede resumirse en una matriz de responsabilidad.

E. MATRIZ DE RESPONSABILIDAD

Facebook	
Típico:	Subordinar una prestación a otra prestación que no tenga que ver con la naturaleza propia del contrato. No es gratis. De ser gratis, como lo afirma, ata al contrato gratuito la obligación de entrega de información
Antijurido:	* No es eficiente dejar de pagarle a cada persona dueña de la información comercial por dicha información y usarla como insumo en otro mercado. Si fuera cancelada esa suma se aumentaría el excedente del consumidor , pues es un bien de valor alto. Culpa o dolo
Culpable:	No cumple con el deber de ser transparente, contando que esa información es usada para perfilar y vender publicidad

Pasemos ahora a estudiar el caso de Google.

II. GOOGLE

A. HECHOS E INVESTIGACIONES EN EL MUNDO

Google tiene un amplio catálogo de productos y servicios. Ofrece software, hardware, servicios de almacenamiento en la nube, publicidad y búsqueda, entre otros. Los servicios de publicidad en línea son los que reportan las mayores ganancias para la compañía.³⁸¹ El catálogo de Google abarca Google Search (su producto principal), Gmail, YouTube, Google Drive, Google Maps, Google Earth, Google Play, y el sistema operativo móvil Android, que administra. Todos estos servicios de la compañía claramente son prestados en los países de la CAN.

Sobre el modelo de negocio de Google, particularmente sobre el motor de búsqueda Google Search, es importante explicar que en este mercado se maneja un precio asimétrico, ya que mientras que para los usuarios el buscador se puede usar de forma gratuita, las empresas que anuncian allí sí deben pagar. Este mercado, al igual que el de Facebook, también se caracteriza por los efectos de red y los costos de cambio para los usuarios. Los primeros se refieren a que mientras más usuarios usen la plataforma, más valiosa se vuelve para ellos. Los segundos se refieren a que los usuarios no pueden cambiar de plataforma tan fácilmente, ya que ello implicaría un costo al menos de tiempo y esfuerzo. Por supuesto, los datos son otro factor sumamente importante, ya que son el insumo principal para mover la publicidad digital de la forma en que se mueve hoy en día.

En cuanto a Google también es evidente la existencia del mercado de la información cercano al 100 % de certeza del que hablamos en el caso de Facebook. Google también recoge información de todas las búsquedas y las compras que hace cada persona, nuevamente, no hay margen de error, y usa esos datos para ofrecer publicidad con un alto grado de personalización. Lógicamente los anunciantes deben pagar a Google por ello, a pesar de que Google no paga para obtener esa información, como sí lo deben hacer las empresas tradicionales de *marketing*.

Es importante resaltar en este punto la importancia de los datos a partir del concepto de *big data*, que se refiere a las enormes cantidades de datos que manejan empresas como las mencionadas en este capítulo, a su procesamiento, y a la generación de valor al determinar patrones de comportamiento mediante los datos.³⁸² Los datos en los mercados digitales han alcanzado tal

³⁸¹ COMISIÓN EUROPEA. Decisión del 27 de junio de 2017. Caso AT.39740 (Google Search (Shopping)).

³⁸² FUNDACIÓN INNOVACIÓN BANKINTER. Big Data. El poder de los datos, p. 12. [En línea] Disponible en: <https://www.fundacionbankinter.org/documents/20183/42758/>

importancia que incluso hoy son considerados el *commodity* del siglo XXI, es decir, objetos de intercambio.³⁸³

Ahora bien, la Comisión Europea ha sancionado a Google tres veces por sus conductas. Veamos en qué consistieron los tres casos.

(i) El primer caso tuvo que ver con Android,³⁸⁴ el sistema operativo móvil manejado por Google. La Comisión sancionó a la multinacional en 2018 al encontrar que las condiciones de los acuerdos para usar Android, y ciertas aplicaciones y servicios móviles propios, resultaban anticompetitivos. La Comisión encontró que Google abusó de su posición de dominio al atar la Play Store a Google Search desde 2011, es decir, no se podía acceder a la Play Store si no se tenía Google Search. En el mismo sentido ataron también Google Chrome desde 2012, de manera que no se podía obtener Play Store ni Google Search sin Google Chrome, que es el navegador web de la compañía.

Según la Comisión, esto no solo le daba a Google una enorme ventaja competitiva con respecto a otros navegadores y otros buscadores, sino que además impedía la innovación, limitaba las opciones de los usuarios y contribuía a mantener y reforzar la posición dominante de Google. Ello, aunado al descubrimiento de que Google imponía obligaciones de antifragmentación que impedían el desarrollo de bifurcaciones de Android, y que pagaba a los fabricantes de equipos y a los operadores de redes móviles para que sus productos fueran preinstalados, llevó a que la Comisión impusiera una sanción por 4.342.865.000 EUR a Google, de los cuales 1.921.666,000 EUR se impusieron solidariamente a Alphabet.

(ii) El segundo caso tuvo que ver con Google Search y Google Shopping.³⁸⁵ Google fue sancionado en 2017 por la Comisión Europea al encontrar que favorecía su propio servicio de compras comparativas en cuanto a posicionamiento y visualización ante las búsquedas de los usuarios. Se encontró que Google usa algoritmos que hacen que las páginas web de servicios de compras comparativas de los competidores tiendan a tener calificaciones más bajas, y por ende menor posicionamiento en los resultados de búsqueda de Google Search.

Publicaci%C3%B3n+Big+data/cc4bd4e9-8c9b-4052-8814-ccbd48324147

383 EMILY HERNÁNDEZ LEAL; NÉSTOR DUQUE MÉNDEZ; JULIÁN MORENO CADAVÍD. Big Data: una exploración de investigaciones, tecnologías y casos de aplicación. En: *Tecnológicas*, vol.20, no. 39, 2017, p. 3.

384 COMISIÓN EUROPEA. Diario Oficial de la Unión Europea. Resumen de la Decisión de la Comisión de 18 de Julio de 2018. Asunto AT. 40099 –Google (Android).

385 COMISIÓN EUROPEA. Resumen de la Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017. Asunto AT. 39740 –Búsqueda de Google (Shopping).

Google no somete su servicio de compras al mismo sistema de calificaciones que los sitios web de los competidores, el algoritmo simplemente lo mantiene siempre en un lugar destacado. Para los competidores no es posible llegar al primer lugar de la lista. La Comisión consideró que tales conductas resultaban abusivas, ya que los usuarios tienden a hacer más clics en los enlaces más visibles, así que se desviaba el tráfico de los sitios web de los competidores hacia el de Google. También se concluyó que las conductas resultaban anticompetitivas, porque podían terminar por excluir del mercado a los competidores, incrementando las comisiones para los comerciantes y los precios para los consumidores finales.

La multa impuesta a Google en este caso fue de 2.424.495.000 de euros.

(iii) El tercer y último caso se trató de Google Adsense.³⁸⁶ Google Adsense es un intermediario entre anunciantes y propietarios de sitios web que tienen incorporados en sus páginas sistemas de búsqueda, y quieren hacer dinero al mostrar algunos anuncios publicitarios junto con los resultados de las búsquedas que los usuarios hacen dentro del sitio web.

En 2019 la Comisión sancionó a Google al encontrar que abusó de su posición de dominio en el mercado de intermediación de publicidad de búsqueda en línea. El abuso se configuró debido a que Google imponía cláusulas de exclusividad a los propietarios de sitios web, impidiendo que los competidores de Google pudieran también anunciar su publicidad en esos sitios. La investigación determinó que desde 2016, mediante las mencionadas cláusulas, Google prohibía a los sitios web anunciar publicidad de búsqueda de sus competidores en los resultados de los motores de búsqueda internos del sitio web.

Sin embargo, en 2019 estas cláusulas de exclusividad fueron reemplazadas por las aún anticompetitivas cláusulas «Premium Placement», que exigían reservar a Google el espacio comercial más valioso de los resultados y un número mínimo de anuncios de Google. También, desde 2019, se introdujeron cláusulas que obligaban a los propietarios de sitios web a pedir permiso a Google si se iba a cambiar la forma de mostrar publicidad de la competencia.

Estas prácticas perjudicaron a los competidores de Google al impedirles desplegar su publicidad en sitios web de terceros. Y también perjudicaron a los dueños de sitios web al impedirles monetizar su espacio comercial en los

386 COMISIÓN EUROPEA. Defensa de la competencia: la Comisión impone una multa a Google de 1,49 miles de millones de euros por prácticas abusivas en la publicidad en línea, 2019. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_1770

resultados de búsqueda contratando con sujetos diferentes a Google. Por ello la multa en este caso fue de 1,49 miles de millones de Euros.

Dejando de lado estos tres casos en la Unión Europea, hay que resaltar que Google está sujeto a otras investigaciones en el mundo. Así, por ejemplo, en Estados Unidos, varios fiscales generales de diversos Estados y el Departamento de Justicia empezaron a trabajar en 2019 en una demanda antimonopolio debido a su dominio de los mercados de búsqueda en línea y publicidad digital.³⁸⁷ Igualmente, en septiembre de 2019 una coalición de 50 Estados y territorios de Estados Unidos, liderada por el fiscal General de Texas, Ken Paxton, inició su propia investigación sobre el tema de la publicidad en línea y la protección de datos de los usuarios, y las afectaciones que estos pueden generar a la libre competencia.³⁸⁸

Por otro lado, como resultado de una investigación adelantada por la Federal Trade Commission y el Fiscal General de Nueva York, Google y YouTube fueron multados con 170 millones de dólares por recolectar información de niños de manera ilegal y sin consentimiento de sus padres, con el fin de obtener ganancias dirigiendo anuncios personalizados hacia los niños.³⁸⁹

Por su parte, en Australia,³⁹⁰ la Autoridad de Competencia y Consumo Australiana (ACCC), inició acciones contra Google ante el Tribunal Federal, al considerar que la compañía «engaño a los consumidores australianos para obtener su consentimiento a fin de ampliar el alcance de la información personal que Google podía reunir y combinar sobre la actividad de los consumidores en Internet, con el fin de usarlo en su negocio, incluyendo la publicidad dirigida».

387 LEAH NYLEN. Antitrust fight against Google hits partisan headwinds. *Político*, 9 de abril de 2020. [En línea] Disponible en: <https://www.politico.com/news/2020/09/04/google-antitrust-doj-409291>

388 Véase «Megainvestigación contra Google en Estados Unidos». Portafolio, 9 de septiembre de 2019. Disponible en <https://www.portafolio.co/internacional/megainvestigacion-contra-google-en-estados-unidos-53339099> Y «Fiscales de EE. UU. abren una investigación antimonopolio contra Google». France 24, 10 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://www.france24.com/es/20190909-fiscales-de-euu-abren-una-investigaci%C3%B3n-antimonopolio-contra-google>

389 FEDERAL TRADE COMMISSION. Google and YouTube Will Pay Record \$170 Million for Alleged Violations of Children's Privacy Law, 2020.

390 AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. Correction: ACCC alleges Google misled consumers about expanded use of personal data, 2020. Disponible en: <https://www.accc.gov.au/media-release/correction-accc-alleges-google-misled-consumers-about-expanded-use-of-personal-data>

La ACCC consideró que desde 2016 Google falló en informar suficientemente a los consumidores y obtener su consentimiento informado sobre la decisión de combinar sus datos de Google con los de sitios web de terceros pero que usan tecnología de Google para mostrar anuncios. Claramente esto era útil para Google ya que le permitía mejorar su servicio de publicidad personalizada y obtener mayores ganancias con él, pero los consumidores nunca fueron informados adecuada y suficientemente sobre la cantidad de datos que estaban entregando.

La ACCC determinó que Google también engañó a los consumidores en cuanto a cambios en las políticas de privacidad relacionadas con el tratamiento de información personal de los usuarios. Google amplió el espectro de información recolectada, abarcando incluso datos sensibles; todo sin adecuado consentimiento de los usuarios y con el fin de dirigir anuncios personalizados y obtener mayores ganancias con ello. Pedirles a los usuarios dar clic en el botón «Acepto» en una notificación emergente está lejos de ser suficiente para que el usuario entienda el uso que se dará a sus datos y la gran cantidad de ellos que estará compartiendo, mucho menos puede ser considerado un consentimiento informado.

Pasando ahora a un país de la Comunidad Andina, en Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio profirió una decisión en septiembre de 2019³⁹¹ mediante la cual ordenó a Google implementar medidas conformes con el estándar colombiano de protección de datos. La entidad encontró que Google incumple con más de la mitad de los requisitos que exige la regulación colombiana en materia de *habeas data*. Se determinó que dentro de los datos que Google recoge hay datos personales, y ya que la recolección se hace mediante herramientas instaladas en dispositivos localizados en Colombia, es aplicable la Ley colombiana de protección de datos personales.

La Superintendencia partió de la multa impuesta a Google y YouTube por parte de la Federal Trade Commission de Estados Unidos y por el Fiscal General de Nueva York, debido a la recolección ilegal de información personal de menores sin el debido consentimiento de sus padres, y pidió a la compañía que informara si dicha conducta se estaba adelantando en Colombia, y de ser así, indicar el número de afectados y el tipo de datos recolectados. También le solicitó que indicara cuál es el procedimiento de recolección, cuáles son las finalidades del procesamiento y si los datos, particularmente los de menores, se comparten con terceros.

391 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Colombia, Resolución 53593 de 3 de septiembre de 2020, por la cual se imparte órdenes dentro de una actuación administrativa.

Con base en las respuestas de Google, la Superintendencia inició una investigación y posteriormente concluyó que, mediante diversas herramientas, Google sí recolecta y almacena información vinculada o que puede asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables, ya sean mayores o menores de dieciocho (18) años, a través de la actividad e información proporcionada por la persona o su actividad. Encontró que Google está llamado a obtener consentimiento de los padres en cuanto a los datos de los menores y que no basta con que el menor afirme que tiene permiso de sus acudientes.

The screenshot shows a mobile news article from the website elindependiente.com. The header features the newspaper's logo and navigation links for 'ÚLTIMAS NOTICIAS', 'OPINIÓN', 'ESPAÑA', and 'ECO'. Below the header, the main headline reads: 'Multan a Google con el pago de 100 millones de euros en Italia'. A subtext below the headline states: 'Según la Autoridad Antimonopolio, la empresa es sancionada por contar con una posición dominante que le permite controlar el acceso de los desarrolladores de aplicaciones a los usuarios finales'. At the bottom of the screen, there are standard mobile navigation icons for back, forward, search, and menu.

Imagen 3
Publicación *El Independiente*,
multa a Google

The screenshot shows a mobile news article from the website larepublica.co. The header includes the newspaper's logo 'LR' and social media links for Facebook, Twitter, LinkedIn, and WhatsApp. The main headline is 'Google fue multado con US\$593 millones por la agencia antimonopolio de Francia'. Below the headline, the date 'martes, 13 de julio de 2021' is visible. The article content discusses Google's fine by the French antitrust agency.

Imagen 4
Publicación *La República*,
Google multado

De todas las citadas investigaciones se puede concluir que Google ha sido investigado por diversos comportamientos, pero lo más importante en este punto es notar que ocurre lo mismo que con Facebook respecto a la información comercial casi con 100 % de certeza. La plataforma cuenta con una ventaja enorme con respecto a las empresas de *marketing* tradicionales, ya que no les paga a los usuarios por su información y se ahorra el costo de recolectarla. Además, su información tiene un margen de error mucho menor que la de las empresas tradicionales. Veamos cómo se estructura la responsabilidad.

B. ANTIJURIDICIDAD

Nuevamente, la antijuridicidad se desprende de un comportamiento no eficiente, que puede dañar el bienestar social, como lo es el excedente del consumidor y/o el excedente del productor. Se ve afectado el excedente tanto del consumidor como del productor ya que la información de ambos es completamente extraída por Google. Lo eficiente sería que Google pagara por la información que recolecta y que ello se viera reflejado en sus precios. El mercado al que nos referimos donde Google tiene poder de mercado es el mercado de «buscadores por internet».

En este mercado de búsqueda en línea los usuarios pueden recuperar e indagar sobre páginas web e información almacenada en Internet. Cuando se introduce una consulta, el proveedor de búsqueda devuelve un listado de páginas web e información que son relevantes para el término de búsqueda introducido. La búsqueda en línea se compone de tres actividades distintas. Primero, un motor debe «rastrear» Internet mediante el uso de un bot automatizado para recopilar o recoger copias de todas las páginas web que puede encontrar. Una vez que un rastreador ha registrado todo ese material, se coteja y organiza en un índice o «mapa de internet» que se puede buscar en tiempo real. La indexación organiza la información en formatos y bases de datos, que son necesarios para la función de consulta. Cuando un usuario realiza una consulta en el motor de búsqueda, el motor dibuja del índice para obtener una lista de sitios web sensibles (responsive), ordenados de acuerdo con su relevancia. La relevancia, a su vez, está determinada por el algoritmo de búsqueda aplicado por el motor de búsqueda. Un motor de búsqueda puede funcionar solo si tiene acceso a un índice, y un índice solo puede existir una vez que las páginas web se han rastreado y recopilado en un repositorio. Descrito el mercado relevante donde participa Google, ahora se describe en corto la posición de dominio y abuso de Google.

Según la base de datos de StatCounter los índices de participación de Google en el mercado ecuatoriano entre los meses de abril de 2020 y abril de 2021, según los datos de redes sociales es del 98,12 % del mercado, generando una superdominancia.



Imagen 5 Cuota de mercado de motores de búsqueda Ecuador.³⁹²

392 Tomado de <https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/ecuador>

Como se señaló anteriormente, según la jurisprudencia nacional y extranjera, la mayor prueba para definir si una empresa ostenta posición de dominio en un mercado es la estadística de cifras de participación de mercado. En páginas previas se expuso el tema de cómo en Europa se considera que una porción de más del 50 % de participación de mercado genera prueba de posición de dominio que puede ser desvirtuado por el investigado. [Refiérase a pág. 166-167, **Comunicación de la Comisión** (2018/C 159/01)].

Así se encuentra probada sumariamente la posición de dominio de Google en el mercado de buscadores de internet.

C. TIPICIDAD

En el mundo occidental, Google tiene posición de dominio en los mercados de búsqueda en línea y publicidad digital. En cuanto al abuso, de la misma forma que ocurre con Facebook, se configura el supuesto consagrado de prestaciones atadas a una obligación dentro de un contrato, ya que no se trata de un contrato gratuito como lo pregonan.

También al igual que Facebook, Google incurre en la conducta, ya que los usuarios se ven forzados a aceptar los términos y condiciones que los obligan a entregar toda su información con casi 100 % de certeza para acceder a los servicios. Se ata una obligación a otra.

También existe una probabilidad de suerte de venta por debajo de costos, ya que Google no paga por obtener esa información, se ahorra un costo en el que sí tienen que incurrir las empresas tradicionales de *marketing* para hacer las encuestas y reunir la información de los consumidores. Este costo que se ahorra le permite ofrecer la publicidad a un precio menor, y no es consecuencia de nada diferente a la extracción masiva y desbordada de los datos de los usuarios. La ventaja de Facebook es evidente. En este caso se puede deducir que, aunque la posición de dominio está en el mercado de las redes sociales, el abuso se concreta en el de la publicidad. Los dos mercados están intrínsecamente relacionados en este caso.

Para ese caso, la tipificación del comportamiento abusivo de Google en venta atada o venta con prestación subordinada esta norma resulta muy fácil, dado que Google subordina el servicio de red social a la aceptación de prestaciones adicionales que no tienen que ver con un contrato gratuito. Según la normatividad incluida en el Código Civil, un contrato es gratuito cuando no existe contraprestación de ningún tipo a cambio de otra prestación. Google informa a sus usuarios que el servicio de su red social es gratuito, sin embargo, Google ata o subordina el uso gratuito de su red social a una prestación imperativa en cabeza del usuario mediante la cual el usuario está

obligado a entregar a Google toda su información comercial, personal, íntima y de todo tipo, además, con la autorización para que Google pueda usar dicha información en sus propios negocios.

Describamos qué se dice en la doctrina acerca de la naturaleza del contrato «gratuito», para ver después de ello si Google está atando cláusulas que no tienen que ver con la naturaleza propia del negocio.

Repitamos lo expuesto por el Maestro Fernando Hinestrosa:

«*Los actos que implican una atribución patrimonial se dividen en onerosos y gratuitos*, según que, como de ordinario sucede, prevean o traigan consigo una contrapartida o que, por el contrario, constituyan una enajenación que no se compensa económicamente. Tal es la presentación que hace el art. 1497 C.C: “El contrato es gratuito o de beneficencia cuando solo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”.³⁹³

Miremos las cláusulas que impone Google en los «Términos y Condiciones» que debe aceptar un usuario por recibir el servicio «gratuito» de Google:

En principio veamos como GOOGLE pregunta que su servicio es gratuito:

«La **publicidad** hace que Google y muchos de los sitios web y servicios **que utilizas sean gratuitos**. Nos esforzamos para garantizar que los anuncios sean seguros, discretos y lo más relevantes posible. (...)»

Un gran número de sitios web y aplicaciones utilizan servicios de Google para mejorar su contenido y **ofrecerlo de forma gratuita**. Al integrar nuestros servicios, estos sitios web y estas aplicaciones comparten información con Google».

Ahora observemos cómo recauda la información y qué clase de información recauda:

«Los productos publicitarios de Google pueden recibir o deducir información sobre tu **ubicación geográfica** de una variedad de recursos. Por ejemplo, es posible que utilicemos la

393 *Ibid.*, p. 336.

dirección IP para identificar tu ubicación general, recibamos la ubicación precisa desde tu dispositivo móvil, deduzcamos tu ubicación a partir de tus consultas de búsqueda y obtengamos información sobre tu ubicación a partir de los sitios web o aplicaciones que utilizas. (...)

En algunos casos, el anuncio que aparece se basa en **tu ubicación geográfica actual o pasada**. Tu dirección IP suele ser un buen indicador de **tu ubicación aproximada**. Por ello, es posible que aparezca publicidad en la página principal de YouTube.com anunciando el estreno de una película próximamente en tu país o que aparezcan pizzerías de tu ciudad si buscas la palabra “pizza”. (...)

En ocasiones, el anuncio que aparece se basa en el contexto de una página. Si estás viendo una página de consejos de jardinería, **es posible que aparezcan anuncios de herramientas de jardinería**. (...)

En algunos casos, Google es el encargado de mostrar el anuncio que aparece en una página, pero es otra empresa la que se encarga de seleccionarlo. Por ejemplo, es posible que te hayas registrado en el sitio web de un periódico. **A partir de la información que has proporcionado al periódico, este puede determinar los anuncios que te muestra y utilizar los productos de publicación de anuncios de Google para mostrar esos anuncios**. (...)

Asimismo, es posible que **veas anuncios en productos y servicios de Google, como la Búsqueda, Gmail y YouTube**, que se muestran en función de cierta información como, por ejemplo, **la dirección de correo electrónico que hayas proporcionado a los anunciantes** y que estos anunciantes hayan compartido posteriormente con Google. (...)

Es posible que **aparezcan anuncios de productos que hayas visto previamente**. **Imagina que visitas un sitio web que vende palos de golf**, pero no los compras en la primera visita. Es posible que el propietario del sitio web quiera animarte a volver a la página y completar la compra. Google ofrece servicios que permiten a los operadores de sitios web **dirigir sus anuncios a los usuarios que visitan sus páginas**. (...)

Cuando accedes a otro sitio que funciona con Google, es posible que aparezcan anuncios de esos palos de golf, aunque el sitio

no tenga nada que ver con ese deporte. Esto sucede porque **el navegador envía a Google la misma cookie**. A su vez, Google puede utilizar esa cookie para **mostrarte un anuncio que te anime a comprar esos palos de golf.** (...)

Google también puede utilizar tu visita al sitio web sobre golf **para mostrarte anuncios personalizados** cuando posteriormente busques clubes de golf en Google. (...)

Para que esto funcione, Google puede leer una cookie que ya se haya insertado en tu navegador o **incluir una cookie en tu navegador cuando visites el sitio web sobre golf** (siempre que el navegador lo permita). (Negritas fuera del texto original)

Como puede observarse, al parecer no es cierto que sea gratuito para el usuario el servicio de buscadores de Internet por parte de Google. Parece que bastante se paga con la información comercial, íntima y personal entregada, la cual es aprovechada posteriormente por Google en sus negocios propios, como es la venta de publicidad para sus anunciantes.

Ahora bien, la atadura comentada se vuelve imperativa, dado que en el supuesto que el usuario no acepte que debe entregar la información comercial, personal e íntima no le brindan el servicio, y no existen sustitutos de una red social igual a Google donde un usuario pueda encontrar un buscador de internet con tantas páginas web asociadas a su servicio, por ello esta reglamentación de prácticas comerciales restrictivas también es conocida como reglas antimonopolio, pues con ellas se prohíbe que un monopolio o poder de mercado se aproveche de los usuarios como parte débil del mercado.

D. CULPA O DOLO

Google también es un comerciante y un profesional, por ende, le es exigible la diligencia del buen hombre de negocios, bajo un sistema romano-germánico. Al igual que Facebook, debe comportarse con especial cuidado y rectitud y suministrando toda la información necesaria a su contraparte.

Los elementos de responsabilidad de Google pueden resumirse en una matriz de responsabilidad.

E. MATRIZ DE RESPONSABILIDAD

Facebook

		Subordinar una prestación a otra prestación que no tenga que ver con la naturaleza propia del contrato. Señalar que su servicio es gratuito pero atar a esa gratuidad la obligación de entregar información es una atadura restrictiva.
Típico:	→	* No es eficiente dejar de pagar a cada persona dueña de la información comercial por dicha información. Si esa suma fuese cancelada se aumentaría el excedente del consumidor , pues es un bien de valor alto.
Antijurídico:	→	*No es eficiente ahorrarse el dinero de esa información dentro del precio de la publicidad que vende y no reflejarlo en sus precios , donde se puede dañar el excedente del productor de los medios de publicidad tradicionales.
Culpable:	→	No cumple con el deber de ser transparente, contando que esa información es usada para perfilar y vender publicidad

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS CUATRO GRANDES DE TECNOLOGÍA: FACEBOOK, GOOGLE, AMAZON Y APPLE EN EL CONGRESO DE ESTADOS UNIDOS

Las normas de competencia han tenido a lo largo de la historia todo un desarrollo de diferentes aspectos que han cambiado de la mano con la evolución del hombre. En un principio el punto central fueron las empresas europeas que conquistaban diferentes territorios en varios continentes. Los Estados se aliaron con las empresas para crear unos monopolios sobre los territorios que conquistaban, lo que hacían era entregarles el comercio a algunas empresas. Esto sucedió con la Compañía Francesa de las Indias Orientales, la Compañía Inglesa de las Indias Orientales y la Compañía Holandesa de las Indias Orientales; que fueron básicamente monopolios, o la misma Casa de Contratación de Sevilla, en España. Así se fueron creando monopolios.

Ya más adelante, alrededor de 1903 en Estados Unidos, el tema se volvió más complejo cuando se expidieron diversas normas con ocasión de los monopolios sobre los ferrocarriles, que tenía fundamento también en el del acero, y también cuando se creó la luz eléctrica. En estos escenarios fueron apareciendo diferentes personas como únicas dueñas de todas esas empresas. Debido a eso aparecieron las mencionadas normas estadounidenses.

El derecho de la competencia ha estado muy allegado a los hechos históricos, que han dado lugar a algunos aspectos de estudio. Un ejemplo de ello es el boicot que ocurrió con los cargamentos de té en Boston, cuando Estados Unidos decidió bloquear los cargamentos que por vía marítima llegaban desde Inglaterra, y se prefería comprar el té de Holanda. Este boicot del té fue un hecho comercial conmemorativo en la historia de Estados Unidos. Se evidencia entonces que todas las normas antitrust han tenido avances históricos paralelos a la evolución del ser humano. Lo mismo se puede afirmar de la era de la industrialización, que fue un momento en que la mano de obra quedó un poco rezagada por todas las industrias, y allí lógicamente nació un derecho antitrust basado en la industria. El derecho de la competencia dejó de estar basado en la mano de obra o en el poder feudal de una persona que tenía el monopolio sobre un territorio y debía darle algún dinero a la corona.

Ahora, a finales del siglo 20 y comienzos del 21, nace una nueva era económica que es la era digital y robótica. Con esta nueva era se fundan unas

bases para un nuevo derecho de la competencia. Es por esto por lo que en el libro inicialmente hablamos de un derecho de la competencia tradicional, que está basado en la industria y la empresa. Sin embargo, ahora es necesario adicionarle un nuevo elemento a esa industria y a esa empresa, que es todo lo que tiene que ver con la era digital. La pandemia y la era digital contribuyen a que en este momento se presente el comienzo de una era nueva y el final de una era anterior.

Justamente por la pandemia estamos en una época de transición. Estamos entre una era y otra, esto ha sido verdaderamente claro en el año 2020. En ese momento de transición lógicamente hay personas conservadoras que quieren mantener lo anterior y cuya visión no es tan grande en el horizonte para observar los cambios; y así mismo, hay gente que quiere cambiar todo y olvidarse de lo anterior. Esta época en la que estamos es de muchísima contradicción porque hay personas que se quieren quedar en el pasado, y otras que quieren saltar al futuro, sin embargo, ninguno de esos grupos está verdaderamente en el presente, que es justamente la época de transición. Es una época de muchísimo conflicto y polarización entre pensar en el pasado y en el futuro y olvidarse de la transición en el presente.

En esta época es que muchas cosas van a cambiar, entre ellas las normas de competencia. Va a venir un momento en el que tienen que adaptarse a la era digital, donde efectivamente sigue existiendo la empresa, pero todo se va a mover mucho desde el punto de vista de la red. En este punto donde la red es tan importante, es que hoy en día aparecen las cuatro grandes empresas de tecnología que ya se vieron en el capítulo anterior.

Todo este cambio que se está dando viene adicionalmente con otro tema que es la robótica. La robótica puede llegar a acabar con la mano de obra humana, o contribuir a la evolución del ser humano. La mano de obra tiene que empezar a adecuarse a la robótica, que indiscutiblemente va a lograr muchísimas cosas con un resultado más objetivo que subjetivo, gracias a los algoritmos y a todas las implicaciones del internet de las cosas.

Ahora es importante dejar constancia del documento histórico del siglo XXI más importante hoy en materia antitrust. El Congreso de Estados Unidos investigó por un buen tiempo el comportamiento de las cuatro empresas y expidió un informe donde primero se evidencia el escenario de cómo están actualmente esas cuatro empresas en el mercado, al respecto, se hicieron unas afirmaciones bastante complejas y graves acerca de su comportamiento. Adicionalmente, en el informe se hicieron unas recomendaciones. A partir de un resumen de dicho informe se deja constancia de ese derecho contemporáneo de competencia y de hacia dónde va dirigido. Consideramos que históricamente este es el documento más importante y profundo que se

ha producido a nivel de derecho de la competencia en el mundo occidental. Este informe será la base para que todas las legislaciones del mundo próximamente hagan un cambio en la forma de ver y aplicar el derecho de la competencia.

A continuación, presentamos entonces un resumen que se elaboró en octubre de 2020, poco después de su publicación, por parte del Subcomité Antitrust del Congreso de Estados Unidos al marco de la investigación sobre competencia en los mercados digitales. Se considera que este acercamiento es lectura obligatoria para aquel que quiera estar actualizado en materia de derecho de la competencia, esto es a lo que se ha llamado derecho contemporáneo de la competencia. Este resumen, elaborado en español, no es oficial. Invitamos al lector a consultar el documento completo y oficial en inglés en: https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf.

Para efectos de este libro incluimos las recomendaciones que fueron expuestas dentro del informe del Congreso de Estados Unidos.

Como parte de su examen exhaustivo de la competencia en los mercados digitales, el Subcomité examinó si las leyes actuales y los niveles de aplicación de la ley son adecuados para hacer frente a los problemas de poder de mercado detectados en esta investigación. Para alcanzar este objetivo, el 13 de marzo de 2020, el Subcomité pidió a los expertos en política de competencia y antimonopolio que le presentaran comunicaciones.

Estos expertos fueron elegidos de forma cuidadosa y bipartita para garantizar la representación de una amplia gama de opiniones.

En respuesta a esta solicitud, el personal del Subcomité identificó un amplio conjunto de reformas para que los miembros del Subcomité las examinaran más a fondo con el fin de elaborar respuestas legislativas y de supervisión a las conclusiones del presente informe. Estas reformas incluyen propuestas para 1) promover la competencia leal en los mercados digitales; 2) fortalecer las leyes relativas a las fusiones y la monopolización; y 3) restablecer una supervisión y aplicación enérgicas de las leyes antimonopolio.

A. RESTABLECER LA COMPETENCIA EN LA ECONOMÍA DIGITAL

1. Reducir los conflictos de intereses mediante separaciones estructurales y restricciones de la línea de negocios:

En primer lugar, la investigación reveló que las plataformas dominantes se han apropiado indebidamente de los datos de terceros que dependen de

sus plataformas, recogiendo efectivamente información de los clientes solo para armarla contra ellos como rivales.

En segundo lugar, las plataformas dominantes pueden explotar su integración utilizando su dominio en un mercado como palanca en las negociaciones en una línea de negocio no relacionada.

En tercer lugar, las plataformas dominantes han utilizado su integración para vincular productos y servicios de manera que puedan encerrar a los usuarios y aislar la plataforma de la competencia.

Y, en cuarto lugar, estas empresas pueden utilizar los beneficios supercompetitivos de los mercados que dominan para subvencionar su entrada en otros mercados. Los documentos descubiertos durante la investigación del Subcomité indican que las plataformas dominantes se han basado en esta estrategia para capturar mercados, ya que las empresas de nueva creación y las empresas sin plataforma tienden a carecer de los recursos y la capacidad para sangrar miles de millones de dólares durante varios años con el fin de expulsar a los rivales. Para las plataformas dominantes, mientras tanto, esta estrategia parece ser una carrera para capturar ecosistemas y controlar los productos entrelazados que canalizan los datos de vuelta a las plataformas, reforzando aún más su dominio.

Al utilizar el poder de mercado en una esfera para favorecer una línea de negocios separada, las empresas dominantes socavan la competencia en función de los méritos. Al funcionar como intermediarios críticos que también están integrados en todas las líneas de negocios, las plataformas dominantes se enfrentan a un conflicto de intereses fundamental. Por otra parte, los datos de vigilancia que recogen gracias a su función de intermediarios les permiten explotar ese conflicto con una precisión inigualable. Su capacidad tanto para utilizar su dominio en un mercado como palanca de negociación en otro, como para subvencionar la entrada para captar mercados no relacionados, tiene el efecto de extender la concentración de un mercado a otros, amenazando a porciones cada vez mayores de la economía digital.

Para abordar este conflicto de intereses subyacente, el personal del Subcomité recomienda que el Congreso estudie la posibilidad de promulgar legislación que se base en dos instrumentos fundamentales del conjunto de instrumentos antimonopolio: la separación estructural y las restricciones de la línea de negocios. Las separaciones estructurales prohíben que un intermediario dominante opere en mercados que lo pongan en competencia con las empresas que dependen de su infraestructura. Por su parte, las restricciones de la línea de negocios limitan en general los mercados en los que puede operar una empresa dominante.

2. Aplicar las normas para prevenir la discriminación, el favoritismo y la autodefensa

El Subcomité identificó numerosos casos en los que las plataformas dominantes aplicaron un trato preferencial o discriminatorio. En algunos casos, la plataforma dominante privilegió sus propios productos o servicios. En otros, una plataforma dominante daba un trato preferencial a un socio comercial sobre los demás. Dado que la plataforma dominante era, en la mayoría de los casos, el único camino viable hacia el mercado, su trato discriminatorio tenía el efecto de elegir ganadores y perdedores en el mercado.

En respuesta a estas preocupaciones, el Subcomité recomienda que el Congreso considere la posibilidad de establecer normas de no discriminación para garantizar la competencia leal y promover la innovación en línea. Las reglas de no discriminación requerirían que las plataformas dominantes ofrecieran condiciones iguales para un servicio igual y se aplicarían tanto al precio como a las condiciones de acceso. Como señalaron varios expertos, la no discriminación ha sido un principio fundamental para regir a los intermediarios de la red, especialmente los que desempeñan funciones esenciales para facilitar el transporte y las comunicaciones.

3. Promover la innovación mediante la interoperabilidad y el acceso abierto

Los mercados digitales tienen ciertas características —como los efectos de la red, los costos de cambio y otras barreras de entrada— que los hacen propensos a inclinarse a favor de una sola empresa dominante. Como resultado, estos mercados ya no pueden ser disputados por nuevos participantes y el proceso competitivo pasa de «la competencia en el mercado a la competencia por el mercado».

En respuesta a estas preocupaciones, el personal de la Subcomisión recomienda que el Congreso considere la interoperabilidad y la portabilidad de los datos para fomentar la competencia reduciendo las barreras de entrada para los competidores y los costos de cambio por parte de los consumidores. Estas reformas complementarían la aplicación enérgica de las normas antimonopolio estimulando la entrada de la competencia.

Un requisito de interoperabilidad permitiría que las plataformas de redes sociales competidoras se interconectaran con las empresas dominantes para garantizar que los usuarios puedan comunicarse entre los servicios. Ante todo, la interoperabilidad «rompe el poder de los efectos de red» al permitir que los nuevos participantes aprovechen los efectos de red existentes «a nivel del mercado, no a nivel de la empresa». También reduciría los costos de conmutación para los usuarios al garantizar que no pierdan el acceso a su red como resultado de la conmutación.

La portabilidad de los datos es también un remedio para los altos costos asociados a la salida de una plataforma dominante.

Los usuarios contribuyen con datos a una plataforma, por ejemplo, pero pueden tener dificultades para migrar esos datos a una plataforma rival. La dificultad de cambiar de plataforma tiende a mantener a los usuarios en las plataformas existentes. Proporcionar a los consumidores y a las empresas herramientas para portar o reconstruir fácilmente su gráfico social, su perfil u otros datos pertinentes en una plataforma competitiva ayudaría a resolver estas preocupaciones.

4. Reducir el poder del mercado mediante presunciones de fusión

Las empresas investigadas por el Subcomité deben parte de su dominio a las fusiones y adquisiciones. Varias de las plataformas construyeron líneas enteras de negocios a través de adquisiciones, mientras que otras utilizaron las adquisiciones en momentos clave para neutralizar las amenazas de la competencia. Aunque las plataformas dominantes participaron colectivamente en varios cientos de fusiones y adquisiciones entre 2000 y 2019, los organismos de defensa de la competencia no bloquearon ni una sola de esas transacciones. La investigación del Subcomité reveló que varias de esas adquisiciones permitieron a las plataformas dominantes bloquear a los rivales emergentes y socavar la competencia.

Las adquisiciones en curso de las plataformas dominantes suscitan varias preocupaciones. En la medida en que cualquier transacción afianza su posición actual o elimina un competidor incipiente, refuerza su poder de mercado y puede cerrar la entrada al mercado. Además, al realizar nuevas operaciones de inteligencia artificial y en otros mercados emergentes, las empresas dominantes de hoy podrían posicionarse para controlar la tecnología del mañana.

Para atender a esta preocupación, el personal del Subcomité recomienda que el Congreso considere la posibilidad de modificar las presunciones para futuras adquisiciones por parte de las plataformas dominantes. En virtud de este cambio, se presumirá que toda adquisición por parte de una plataforma dominante es anticompetitiva, a menos que las partes que se fusionen puedan demostrar que la transacción es necesaria para servir al interés público y que no se pueden lograr beneficios similares mediante el crecimiento y la expansión internos. Este proceso se produciría fuera del actual proceso de la Ley Hart-Scott-Rodino (HSR), de manera que las plataformas dominantes estarían obligadas a informar de todas las transacciones y no se activarían los plazos de la HSR. El establecimiento de esta presunción reflejaría mejor la preferencia del Congreso por el crecimiento a través del ingenio y la inversión, más que a través de la adquisición.

5. Crear un campo de juego uniforme para la prensa libre y diversa

La prensa libre y diversa, en particular la local, es la columna vertebral de una democracia sana y vibrante. Pero como se discute en este informe, el aumento del poder de mercado en línea se ha correspondido con una disminución significativa en la disponibilidad de fuentes de noticias confiables. Al dominar tanto la publicidad digital como las principales plataformas de comunicación, Google y Facebook han aumentado enormemente su poder sobre la distribución y la monetización de fuentes fiables de noticias en línea, lo que crea un terreno de juego desigual en el que los editores de noticias están obligados a tomar sus decisiones.

Para hacer frente a este desequilibrio en el poder de negociación, se recomienda que el Subcomité estudie la posibilidad de promulgar leyes que proporcionen a los editores de noticias y a los organismos de radiodifusión un puerto seguro temporal y adaptado a sus necesidades para negociar colectivamente con las plataformas en línea dominantes.

6. Prohibir el abuso del poder de negociación superior y exigir el debido proceso

En virtud de que funcionan como el único camino viable hacia el mercado, las plataformas dominantes gozan de un poder de negociación superior al de los terceros que dependen de sus plataformas para acceder a los usuarios y a los mercados.

Su poder de negociación es una forma de poder de mercado, que las plataformas dominantes utilizan habitualmente para proteger y ampliar su dominio.

A través de su investigación, el Subcomité identificó numerosos casos en los que las plataformas dominantes abusaron de este poder. En varios casos, las plataformas dominantes utilizaron su influencia para extraer más dinero o datos de los que los usuarios estarían dispuestos a proporcionar en un mercado competitivo. Del mismo modo, ciertas plataformas dominantes han podido extorsionar a sus clientes y usuarios una cantidad cada vez mayor de datos, que van desde los datos personales de un usuario hasta los secretos comerciales y el contenido de propiedad de una empresa. A falta de una plataforma alternativa, los usuarios no tienen efectivamente más remedio que acceder a las demandas de pago de la plataforma, ya sea en forma de dólares o de datos.

La investigación del Subcomité determinó que las plataformas dominantes también han aprovechado su poder de mercado en las negociaciones con empresas y particulares para dictar los términos de

la relación. Las plataformas dominantes suelen imponer disposiciones contractuales opresivas u ofrecer condiciones de «tomarlo o dejarlo» en las negociaciones contractuales, incluso cuando tratan con empresas relativamente grandes representadas por abogados sofisticados. Al carecer de poder de negociación, los terceros dependientes se encuentran a menudo a merced de los caprichos de las decisiones arbitrarias de la plataforma. El personal del Subcomité se encontró con numerosos casos en que un tercero había sido retirado abruptamente de la lista o degradado de una plataforma, sin aviso ni explicación, y a menudo sin una clara vía de recurso.

La capacidad de las plataformas dominantes de abusar de su superior poder de negociación de esta manera puede causar un daño a largo plazo y de gran alcance. Para abordar estas cuestiones, el Subcomité recomienda que el Congreso considere la posibilidad de prohibir el abuso del poder de negociación superior, incluso mediante la posibilidad de atacar los contratos anticompetitivos, y de introducir las debidas protecciones procesales para los individuos y las empresas que dependen de las plataformas dominantes.

B. FORTALECIMIENTO DE LAS LEYES ANTIMONOPOLIO

1. Restablecer los objetivos antimonopolio de las leyes antimonopolio

En los decenios transcurridos desde que el Congreso promulgó esos estatutos fundacionales, los tribunales han debilitado considerablemente esas leyes y han hecho cada vez más difícil para los encargados de hacer cumplir las leyes antimonopolio federales y los demandantes privados impugnar con éxito las conductas y fusiones anticompetitivas.

En respuesta a esta preocupación, en esta sección se identifican reformas legislativas específicas que ayudarían a renovar y rehabilitar las leyes antimonopolio en el contexto de los mercados digitales. Además de estas reformas específicas, el Subcomité recomienda que el Congreso considere la posibilidad de reafirmar la intención original y los objetivos generales de las leyes antimonopolio, aclarando que están concebidas para proteger no solo a los consumidores, sino también a los trabajadores, los empresarios, las empresas independientes, los mercados abiertos, una economía justa y los ideales democráticos.

2. Reforzar la aplicación de la ley en materia de fusiones

Desde 1998, Amazon, Apple, Facebook y Google han comprado colectivamente más de 500 empresas. Los organismos antimonopolio no bloquearon ni una sola adquisición. En un caso —la compra de ITA por

parte de Google— el Departamento de Justicia exigió que Google aceptara ciertos términos en un decreto de consentimiento antes de proceder con la transacción.

A la luz de esto, el personal del Subcomité recomienda que el Congreso considere una serie de reformas para fortalecer la aplicación de las fusiones.

a. Codificar las reglas de la línea brillante y las presunciones estructurales en los mercados concentrados

El Subcomité recomienda que los Miembros consideren la posibilidad de modificar las normas de línea brillante para el cumplimiento de las fusiones, incluidas las presunciones estructurales. En virtud de una presunción estructural, las fusiones que den lugar a que una sola empresa controle una cuota de mercado excesiva, o que den lugar a un aumento significativo de la concentración, estarían presuntamente prohibidas en virtud del artículo 7 de la Ley Clayton. Esta presunción estructural haría recaer sobre las partes que se fusionan la carga de la prueba para demostrar que la fusión no reduciría la competencia. La demostración de que la fusión daría lugar a eficiencias no debería bastar para superar la presunción de que es anticompetitiva. En opinión del personal del Subcomité, el umbral del 30 % establecido por el Tribunal Supremo en el Philadelphia National Bank es apropiado, aunque una norma más baja para las reclamaciones de monopsonio o de poder de compra puede merecer la consideración del Subcomité.

b. Proteger a los potenciales rivales, los competidores incipientes y las nuevas empresas

Para reforzar la ley relativa a los posibles rivales y competidores incipientes, el personal del Subcomité recomienda que se refuerce la Ley Clayton para prohibir las adquisiciones de posibles rivales y competidores incipientes. Esto podría lograrse aclarando que para probar el daño por motivos de competencia potencial o competencia incipiente no es necesario probar que el competidor potencial o incipiente ha sido un exitoso participante en un mundo de «pero para».

Dado que las empresas de nueva creación pueden ser una importante fuente de competencia potencial y naciente, las leyes antimonopolio también deberían considerar desfavorablemente a los titulares que compran empresas de nueva creación innovadoras. Una forma en que el Congreso podría hacerlo es codificando una presunción contra las adquisiciones de nuevas empresas por parte de las empresas dominantes, en particular las que sirven como competidoras directas, así como las que operan en mercados adyacentes o relacionados.

c. Fortalecer la doctrina de la fusión vertical

La Subcomisión recomienda que el Congreso estudie las presunciones relativas a las fusiones verticales, como la presunción de que las fusiones verticales son anticompetitivas cuando de las partes que se fusionan es una empresa dominante que opera en un mercado concentrado, o las presunciones relativas a la exclusión de los insumos y la exclusión de los clientes.

3. Rehabilitar la Ley de Monopolización

En esta sección se identifican brevemente las prácticas comerciales pertinentes y la jurisprudencia que impide la aplicación efectiva del artículo 2 de la Ley Sherman.

a. Abuso de dominio

Dado que los tribunales han cambiado su interpretación de la ley antimonopolio para centrarse en la formación o el afianzamiento del poder de mercado, y no en su explotación o ejercicio, muchas de las prácticas comerciales que el personal de la Subcomisión identificó como perjudiciales para la competencia en los mercados digitales podrían ser difíciles de alcanzar con el enfoque judicial imperante.

Para atender a esta preocupación, el personal del Subcomité recomienda que el Congreso considere la posibilidad de ampliar la Ley Sherman para prohibir los abusos de la posición dominante. Además, el Subcomité debería examinar la creación de una presunción estatutaria de que una cuota de mercado del 30 % o más constituye una presunción refutable de dominio por parte de un vendedor, y una cuota de mercado del 25 % o más constituye una presunción refutable de dominio por parte de un comprador.

b. Apalancamiento del monopolio

La investigación del Subcomité determinó que las plataformas dominantes han participado en el «apalancamiento del monopolio», en el que una empresa dominante utiliza su poder de monopolio en un mercado para impulsar o privilegiar su posición en otro mercado. Si bien el apalancamiento del monopolio era anteriormente una teoría ampliamente conocida del daño en virtud del derecho antimonopolio, los tribunales exigen ahora que el uso del poder del monopolio en el primer mercado «monopolice realmente» el mercado secundario o «amenace peligrosamente con hacerlo».

La investigación del Subcomité determinó varios casos en que el uso del poder del monopolio en un mercado para privilegiar la posición del monopolista en el segundo mercado perjudicaba a la competencia, aunque la

conducta no diera lugar a la monopolización del segundo mercado. Por esta razón, el personal de la Subcomisión recomienda que se anule el requisito legal del monopolio que aprovecha el «monopolio real» en el segundo mercado.

c. Precios depredadores

La investigación del Subcomité identificó varios casos en los que una plataforma dominante fijaba los precios de los bienes o servicios por debajo del costo para expulsar a los rivales y capturar el mercado. Sin embargo, los tribunales han introducido un requisito de «recuperación», que exige que los demandantes demuestren que las pérdidas ocasionadas por la fijación de precios por debajo del costo se han recuperado o podrían recuperarse posteriormente. El Subcomité recomienda que se aclare que la prueba de recuperación no es necesaria para demostrar la existencia de precios o compras predadoras.

d. Facilidades esenciales y negaciones a negociar

Para atender a esta preocupación, la Subcomisión recomienda que el Congreso considere la posibilidad de revitalizar la doctrina de las «instalaciones esenciales», o el requisito legal de que las empresas dominantes proporcionen acceso a sus servicios o instalaciones de infraestructura de manera no discriminatoria.

e. Ventas atadas

El personal del Subcomité recomienda que el Congreso considere la posibilidad de aclarar que condicionar el acceso a un producto o servicio en el que una empresa tiene poder de mercado a la compra o utilización de un producto o servicio separado es anticompetitivo.

f. Diseño de productos de auto-referencia y anticompetitivos

El Subcomité recomienda que el Congreso considere si realizar un cambio de diseño que excluya a los competidores o que socave la competencia de alguna otra manera debe ser una violación de la Sección 2, independientemente de que el cambio de diseño pueda justificarse como una mejora para los consumidores.

4. Medidas adicionales para reforzar las leyes antimonopolio:

- Anular el caso Ohio contra American Express aclarando que los casos relacionados con las plataformas no requieren que los demandantes demuestren el daño a ambos grupos de clientes;

- Anulando el caso Estados Unidos contra Sabre Corp., se aclara que las plataformas que son «de dos caras», o que sirven a múltiples grupos de clientes, pueden competir con las empresas que son «de una sola cara»;
- Aclarar que no se requiere una definición de mercado para probar una violación de la legislación antimonopolio, especialmente en presencia de pruebas directas de poder de mercado; y
- Aclarar que los «falsos positivos» (o la aplicación errónea) no son más costosos que los «falsos negativos» (la no aplicación errónea), y que, cuando se trata de conductas o fusiones en las que participan empresas dominantes, los «falsos negativos» son más costosos.

C. FORTALECIMIENTO DE LA APLICACIÓN DE LAS LEYES ANTIMONOPOLIO

1. Supervisión del Congreso

El personal del Subcomité recomienda que el Congreso reactive su larga tradición de supervisión sólida y vigorosa de las leyes antimonopolio y su aplicación, junto con su compromiso de realizar investigaciones de mercado y actividades legislativas en curso. Además, una mayor atención a los problemas de aplicación permitirá al Congreso llevar a buen término sus esfuerzos de reforma.

2. Agencia de aplicación de la ley

En el curso de la investigación, el Subcomité descubrió pruebas de que los organismos antimonopolio no habían impedido sistemáticamente que los monopolistas establecieran o mantuvieran su posición dominante mediante conductas o adquisiciones anticompetitivas. Este fracaso institucional sigue una tendencia que se repite desde hace varios decenios, en la que los organismos antimonopolio han restringido sus propias autoridades y han avanzado en una interpretación restrictiva de la ley. Para restaurar las agencias antimonopolio a su plena capacidad, el personal de la Subcomisión recomienda que el Congreso considere lo siguiente:

- Provocando sanciones civiles y otras medidas de reparación para las violaciones de las normas sobre «métodos desleales de competencia», creando una simetría con las violaciones de las normas sobre «actos o prácticas desleales o engañosos»;
- Exigir a la Comisión que reúna periódicamente datos e informe sobre la concentración económica y la competencia en los sectores

de toda la economía, como se permite en el artículo 6 de la Ley de la Comisión Federal de Comercio;

- Aumentar la transparencia pública y la rendición de cuentas de los organismos antimonopolio, exigiendo a los organismos que soliciten y respondan a las observaciones del público para los exámenes de las fusiones, y exigiendo a los organismos que publiquen explicaciones por escrito de todas las decisiones de aplicación;
- Exigir a los organismos que lleven a cabo y hagan públicas retrospectivas de fusiones en transacciones importantes realizadas en los últimos tres decenios;
- Codificar prohibiciones más estrictas sobre la puerta giratoria entre los organismos y las empresas que investigan, especialmente en lo que respecta a los altos funcionarios; y
- Aumentar los presupuestos de la Comisión Federal de Comercio y la División Antimonopolio.

3. Private enforcement

Los estudios empíricos sobre las tendencias de la aplicación de las leyes antimonopolio indican que la aplicación de las leyes por parte del sector privado disuade de las conductas anticompetitivas y refuerza la aplicación de las leyes en general. Sin embargo, en los últimos decenios los tribunales han erigido importantes obstáculos para los demandantes privados de defensa de la competencia, tanto mediante decisiones de procedimiento como mediante la doctrina sustantiva.

Para abordar estas preocupaciones, el Subcomité recomienda que el Congreso considere:

- Eliminación de las normas creadas por los tribunales en materia de «daños y perjuicios a los monopolios» y de «posición de los monopolios», que socavan la concesión por el Congreso de la autoridad de aplicación a «cualquier persona... perjudicada... por cualquier cosa prohibida en las leyes antimonopolio»;
- La reducción de los obstáculos procesales al litigio, incluso mediante la eliminación de las cláusulas de arbitraje forzoso y los límites indebidos a la formación de demandas colectivas;
- Reduciendo el requisito de la declaración de culpabilidad introducido en Bell Atlantic Corp. contra Twombly.

Finalmente, el informe incluye un apéndice de las fusiones y adquisiciones adelantadas por las 4 plataformas dominantes.

D. RECOMENDACIONES DE EUA BAJO LA LUPA DEL DERECHO ROMANO-GERMÁNICO

Culminadas estas recomendaciones que se hacen desde el Congreso de Estados Unidos, vale la pena construir unas líneas que permitan observar si el Derecho Romano-Germánico está preparado para estos nuevos hechos que ocurren dentro del mundo contemporáneo del Derecho de la Competencia o Derecho de Control del Poder de Mercado o tiene que ser tan solo un espectador de proposiciones que se hagan en otras latitudes y después traerlas sin norma que las soporte.

Resumamos primero las recomendaciones que fueron expuestas en EUA para regular:

- Nuevos mercados digitales
- Mercados conexos o apalancamiento de mercados
- Integraciones asesinas
- Intermediarios de mercados
- Separación de mercados estructurales
- Interoperabilidad en mercados de telecomunicaciones o digitales
- Reglas de fusión con inversión de la carga de la prueba sobre objeción
- Crecimiento por inversión y no por fusión
- Necesidad de acuerdos de entre editores de noticias que crean contenido y las plataformas
- Poder contractual y cláusulas opresivas
- Fortalecer objetivo de Ley antimonopolio
- Precios predatorios sin prueba de recuperación de pérdida
- Cambiar concepto de falso positivo
- Reconocer fracaso institucional de agencias antimonopolio
- Implementar sanciones civiles
- Evitar puertas giratorias en funcionarios de las agencias anti-monopolio

Todos estos temas, pienso, pueden ser abordados por las normas del derecho Romano-Germánico.

Repasemos la forma en que el derecho Romano-Germánico aborda el tema desde la óptica de derecho civil:

Dentro del derecho civil la responsabilidad se desenvuelve, entre otros, bajo dos tipos de responsabilidad: (i) la responsabilidad contractual y (ii) la responsabilidad extracontractual.

Los temas antimonopolio no escapan de presentarse en algunas ocasiones bajo líneas de responsabilidad contractual. Allí serán de gran debate temas tales como: la resolución de contratos por excesiva onerosidad, la lesión enorme en compra venta de inmuebles, la fijación del precio por parte del juez y todo lo relativo al negocio lesivo. Mucho menos podrá ser aplicable todo el régimen del consumidor por cláusulas abusivas y la protección a la parte débil de la economía. La figura del engaño en el mercado y en el precio también será un tema necesario en las sentencias basadas en el error explotado o provocado. Tampoco se pueden desconocer las cargas de buena fe, transparencia, protección y lealtad en los contratos previo a su celebración, durante su ejecución y durante su terminación. Podrá pensarse también en figuras como el dolo o error en el contrato, la debilidad o el estado de necesidad y la teoría de la confianza en el negocio jurídico. Tampoco quedan por fuera acciones de enriquecimiento sin justa causa o el desaparecimiento de la causa económica contractual.

Adicionalmente vendrán procesos de nulidades en los contratos por vulneración del orden público, dado que el derecho de la competencia es un asunto de orden público económico.

Empero, es importante tener en cuenta que en las relaciones entre fabricante y distribuidor, o entre suministrador de materia prima y fabricante, será necesario tratar el tema del acto propio, como una figura que impedirá que algunos se aprovechen del derecho de la competencia para olvidar un comportamiento usado en el contrato por las partes y que pretendan olvidar lo anteriormente aceptado dentro del contrato.

Por último el tema de abuso de la posición de dominio contractual tendrá que ser desarrollado. Esta figura difiere de la posición de dominio de mercado. Se presenta al seno de un contrato como consecuencia del abuso que hace la parte que tiene el poder contractual. Dentro de esa figura cabrán muchos de los supuestos de abuso de mercado, pero bajo la forma de abuso dentro del contrato.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual el tema seguirá desarrollándose bajo la necesaria evidencia del daño, de la culpa o dolo y del nexo causal entre ellas. Sin embargo cabrá la figura de solidaridad cuando es producto de un cartel donde son dos o más empresas las que sean causantes del daño.

Dentro de la responsabilidad administrativa sancionatoria se presenta algo muy particular que debe ser reformado. En materia de tipicidad los supuestos fácticos pueden ser reducidos para evitar la repetición de algunos, pero se aclara que la ley ecuatoriana de competencia es de las más completas de la región, son pocos los supuestos fácticos que pueden eliminarse. En materia de antijuridicidad sí se hace necesaria una reforma para describir exactamente el bien jurídico tutelado de manera clara para los abogados y jueces. La sola tipicidad permite que se escapen comportamientos que sí deben ser castigados. Así, el bien tutelado debe replantear el tema de eficiencias, que a veces algunos quieren alegar argumentativamente, pero que a nivel de evidencias reales quedan cortas. Tendrá que venir a hablarse de abusos de eficiencia o de abusos supracompetitivos y la protección de las pequeñas empresas que en nuestro territorio son de tan difícil nacimiento. De la misma manera deberá darse desarrollo profundo a figuras de mercados conexos y a la prueba real de que los descuentos por volumen en la compra de insumos tienen una verdadera eficiencia, de otro modo dichos descuentos en compras de insumos resultan más onerosos para los que compran al detal y son una barrera de entrada a los pequeños, es decir, debe probarse que la eficiencia y ahorro por la compra es trasladada al consumidor efectivamente y realmente, y que no se convierta en un argumento falaz.

En suma, desde la óptica de la responsabilidad administrativa se hace necesario replantear la antijuridicidad otorgando mayores herramientas que permitan y den luces al claro desarrollo de la tipicidad bajo matices de la prohibición general, para así darle mayor aplicación a esa figura y que su corto entendimiento no sea fuente de que la ley no sea un verdadero remedio para lo que ocurre en el mercado.

Así mismo, suena muy interesante la recomendación que nace en la Cámara de Representantes del Congreso de EUA, en cuanto a que en las fusiones sean los interesados quienes prueben que la operación no pone en riesgo un mercado, con pruebas duras, invirtiendo la carga de la prueba y que no sea un proceso de entrega de información para ser procesada. Así mismo crear barreras para evitar puertas giratorias de funcionarios de primer o segundo nivel al interior de las entidades de control.

CAPÍTULO TERCERO

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y COVID-19

La humanidad ha enfrentado varias crisis a lo largo de su historia, por ejemplo, a mediados del siglo XIV Europa empezó a padecer una crisis salubre de magnitudes exorbitantes. La peste negra, o peste bubónica, como también se le conoció por afectar un ganglio linfático llamado bubón, fue ocasionada por una bacteria conocida como *Yersinia pestis*, que infectaba a las ratas negras y se transmitía de ellas a los humanos mediante las picaduras de pulga. La enfermedad se propagó rápidamente ya que las ratas, y con ellas la infección, viajaban de una ciudad a otra en barcos y con las mercancías que se comercializaban. De esta manera, «las grandes ciudades comerciales eran los principales focos de recepción. Desde ellas, la plaga se transmitía a los burgos y las villas cercanas, que, a su vez, irradiaban el mal hacia otros núcleos de población próximos y hacia el campo circundante».³⁹⁴

Además de la rápida propagación, la tasa de mortalidad de la peste negra era sumamente alta, de entre el 50 y el 70 % en ciertas zonas de Europa. La reducción poblacional fue tal que «los 80 millones de europeos quedaron reducidos a tan sólo 30 entre 1347 y 1353». Sin embargo, después de tal desastre, Europa resurgió, al haber menos trabajadores los salarios aumentaron, varios campesinos pudieron acceder a tierras abandonadas y muchos otros migraron hacia las ciudades. «Así, algunos autores sostienen que la mortandad provocada por la peste pudo haber acelerado el arranque del Renacimiento y el inicio de la “modernización” de Europa».³⁹⁵ Ello es ejemplo de que, ante circunstancias como las presentes, todos deben poner para que después todos puedan ganar y exista un renacimiento de la sociedad.

Hoy, en condiciones muy diferentes a las de la Edad Media, enfrentamos una nueva crisis, desde finales de 2019 el mundo empezó a verse sacudido por un suceso sin precedentes en la historia reciente. La pandemia generada por el coronavirus COVID-19 confinó a millones de personas en sus casas y paralizó un gran número de sectores económicos en todo el mundo. Esta crisis parece estar afectando sobre todo a Occidente, ya que al parecer China y Rusia están a salvo, económicamente hablando, lo que está agrietado es el sistema occidental, que involucra la cultura romano-germánica y la anglosajona. Mientras la cultura de los Zares y del Tao navegan.

³⁹⁴ ANTONI VIRGILI. «La peste negra, la epidemia más mortífera». National Geographic, 14 de mayo de 2020 [En línea] Consultado en junio de 2020, disponible en https://historia.nationalgeographic.com.es/a/peste-negra-epidemia-mas-mortifera_6280

³⁹⁵ Ibid.

Sun Tzu enseña dentro de su libro «El arte de la guerra» que el buen general aprende de lo que va pasando en su campo de batalla, para así prepararse para la próxima vez y fortalecer esa debilidad. Para enero de 2012 China ya había reportado 27 casos mortales de gripe aviar³⁹⁶ y en los primeros meses de 2014 ya se hablaba de 120 contagios y 25 muertos en lo corrido del año.³⁹⁷ China fue también la cuna del SARS (predecesor del COVID-19) a inicios de los 2000, el primer caso se conoció en enero de 2002 en el pueblo de Foshan, y para junio de 2003 la Organización Mundial de la Salud ya reportaba 8460 casos con 799 fallecimientos a nivel mundial.³⁹⁸

China superó las crisis por estos virus e inmediatamente empezó a prepararse para estar lista en un momento en el que ocurriera algo parecido y así fortaleció su debilidad. Así, censaron todos los barrios del país, identificando donde vivía cada persona, designando a una persona encargada de cada casa, y nombrando líderes dentro del barrio que se encargarían de manejar la difícil situación. Con todo eso se hizo también un programa donde la gente tiene que inscribirse a través de datos, por ejemplo, de tarjeta de crédito para saber dónde compró y así tener identificada perfectamente a toda la población. Tan pronto había un infectado, lo sacaban y lo llevaban a un hospital, por tanto, ya sabían también cómo construir un hospital rápidamente. Además, se logró proteger a cien millones de personas porque se los encerró en la provincia de Wuhan. El buen general estaba mejor preparado para el hecho de Dios.

Así se presentó esta crisis. La crisis cambió la forma de ver el derecho de control del poder de mercados. Prueba de lo anterior es el caso de Amazon y Deliveroo en el Reino Unido.³⁹⁹ Deliveroo es una empresa de envíos y domicilios considerada «unicornio»⁴⁰⁰, es decir, una empresa emergente

396 Datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), reportados en su página web [en línea] consultado en junio de 2020, Disponible en: <http://www9.who.int/csr/don/archive/disease/influenza/es/>

397 DIARIO «EL PAÍS». China vuelve a dar la alarma por la gripe aviar, España, 06 de febrero de 2014 [En línea] Consultado en junio de 2020, Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2014/02/06/actualidad/1391685722_081600.html

398 LUIS THOMPSON. Inicio de una nueva epidemia, SARS, Rev. Med. Hered 14 (2), Chile, 2003, p. 49-50. Disponible en: <http://www.scielo.org.pe/pdf/rmh/v14n2/v14n2e1.pdf>

399 SARAH BUTLER. Deliveroo warning of collapse paves way for Amazon investment. The Guardian, 17 de abril de 2020 [En línea] Consultado en mayo de 2020, Disponible en <https://www.theguardian.com/business/2020/apr/17/amazon-investment-in-deliveroo-cleared-by-uk-watchdog>

400 MARY LORITZ. Amazon leads €515 million mega-round in London-based food delivery unicorn Deliveroo, EU-Start-Ups, 17 de mayo de 2019 [En línea] Consultado en mayo de 2020, Disponible en <https://www.eu-startups.com/2019/05/london-based-food-delivery-giant-deliveroo-raises-e515-million-series-g-mega-round-from-amazon/>

o *start up* avaluado en más de mil millones de dólares. En mayo de 2019 se cerró un negocio con el que Deliveroo recibiría una inversión de unos 575 millones de dólares, Amazon era el principal inversor y ello le daría una participación de 16 % en la compañía. Sin embargo, la autoridad de competencia del Reino Unido frenó la operación y abrió una investigación al respecto en diciembre del mismo año. La *Competition and Markets Authority* (CMA) decidió intervenir debido a que le preocupaba la posibilidad de que la operación «limitaría la competencia en los mercados de domicilios y entregas de alimentos. Se temía que los consumidores, restaurantes y vendedores enfrentaran precios más altos y menor calidad como consecuencia de la operación».

A pesar de lo que hasta entonces había considerado la autoridad de competencia, el panorama cambió completamente con la aparición del coronavirus COVID-19. La CMA evidenció que el aislamiento preventivo obligatorio, decretado por el Gobierno para frenar la propagación del virus, conllevaba pérdidas significantes para Deliveroo (y muchas otras empresas), ya que muchos de los restaurantes con los que esta tenía convenio, dejaron de operar. Teniendo en cuenta la situación, en abril de 2020 la autoridad anunció que permitiría la operación al considerar que se trata de una cuestión urgente y «provisionalmente concluyó que la salida de Deliveroo del mercado sería inevitable sin el acceso a una inversión adicional significativa, en la que la CMA considera que Amazon sería el único dispuesto y en capacidad de proveerla en este momento».

La autoridad informó que las especiales circunstancias de la pandemia obligaron a repensar el foco de la investigación que se había abierto en diciembre de 2019 para reaccionar a los efectos de la contingencia sobre las empresas involucradas, y de contera, sobre los consumidores. En palabras de la CMA, la salida del mercado de Deliveroo «podría significar que algunos consumidores sean excluidos de las entregas de comida por internet, y que otros enfrenten mayores precios o una menos calidad de servicio. Enfrentados a ese aparatoso resultado, creemos que el mejor camino es permitir **provisionalmente** la inversión de Amazon en Deliveroo». (Subrayado fuera del texto original).

Al momento de la redacción del presente escrito, la decisión oficial de la CMA no había sido emitida, pero se anunció definitivamente que este sería su sentido.⁴⁰¹

401 SARAH BUTLER. Deliveroo warning of collapse paves way for Amazon investment, cit., disponible en <https://www.theguardian.com/business/2020/apr/17/amazon-investment-in-deliveroo-cleared-by-uk-watchdog>

Este caso evidencia algo que inevitablemente seguirá ocurriendo como consecuencia de la pandemia en el mundo. Muchas empresas quebrarán y otras deberán aumentar su capacidad para atender la demanda.

Los temas de antitrust seguirán teniendo vigencia en el mundo, pero por un largo tiempo deberán ser vistos bajo la óptica de la crisis del COVID-19, que fácilmente puede darles vuelta a casos como el de Deliveroo y Amazon.

A continuación, se revisará brevemente cómo seis temas del derecho de control del poder de mercados adquirirán un protagonismo inusitado en los próximos años como consecuencia de la crisis mundial. En este capítulo se explicará brevemente la influencia de la pandemia sobre ellos. Se partirá desde este punto ya que el lector debe tener presente estas vicisitudes a lo largo de la lectura de todo el libro. De la misma forma, de ahora en adelante todos los operadores jurídicos deberán considerar el coronavirus como parte fundamental del contexto en el que se tome cualquier decisión.

Antes de entrar a describir algunos temas generales para el derecho antimonopolio y la pandemia, se hace necesario recordar para el caso específico de Ecuador lo dicho en la introducción de este libro acerca de la gran gestión del presidente Lasso en la adquisición de las vacunas para Ecuador, y su trabajo conjunto para que mediante una diplomacia adecuada el país tuviera grandes resultados en vacunación. Por ello, es necesario que el lector ecuatoriano vuelva a repasar lo dicho sobre la pandemia y el caso específico para Ecuador, de lo cual se habló en la introducción.

Los seis temas por tratar son: (i) Ayudas estatales a empresas en crisis y por sectores, «Ayudas estatales»; (ii) Concentraciones económicas para salvar a empresas en crisis que crean posiciones dominantes consentidas; (iii) Fortalecimiento de empresas con posición dominante; (iv) Capitalismo de vigilancia; (v) Lealtad; (vi) Adquisiciones asesinas y (vii) Enroque de precios de la vacuna COVID entre fabricantes.

I. AYUDAS ESTATALES A EMPRESAS EN CRISIS

La «ayuda estatal» es una figura a través de la cual se le permite al Estado, excepcionalmente como una facultad de intervención en la economía, regular y crear una distorsión positiva en el mercado expediendo unas normas, en donde quien termina ganando en esa distorsión es la sociedad, eso quiere decir, el bienestar social. Cuando la intención y el resultado son esos, la «ayuda estatal» es positiva, por eso la distorsión es positiva. En oposición a esa distorsión positiva, existe la distorsión negativa, que se presenta cuando la «ayuda estatal» genera una afectación al bienestar social y eso a su vez ocurre cuando la «ayuda estatal» favorece a la minoría y desfavorece a la mayoría.

Generalmente, la «ayuda estatal» se presenta en la regulación tributaria o con entrega de subsidios. En este instante, se trata de que los casos versen sobre si la «ayuda estatal» fue discriminatoria, y esto se hace a través de las instituciones judiciales y no de las entidades administrativas, porque al firmar decretos y resoluciones, el anticompetitivo fue el Estado, pero debe atacarse el acto administrativo.

Entonces, para hablar de «ayudas estatales» debe partirse de la base de que el Estado interviene en la economía y en el mercado. Por ejemplo, el Estado recauda información sobre los mercados, emite políticas monetarias y fiscales, legisla sobre temas sociales y sobre las relaciones entre el Estado y las industrias, otorga subsidios y fija impuestos, entre otros.⁴⁰² Algunos han sostenido incluso que dadas las diversas formas en que el Estado se comporta como agente de mercado, debería ser visto como una «persona» o como cualquier otro sujeto destinatario de las normas de competencia.⁴⁰³

Por supuesto, las formas de intervención del Estado en la economía no pueden ser arbitrarias ni discriminatorias. «La igualdad es una de las nociones más importantes del constitucionalismo occidental. Ella no solo sirve de fundamento al régimen democrático de gobierno, sino que también se constituye en una de las bases esenciales del ordenamiento jurídico».⁴⁰⁴ El principio de igualdad debe entonces irradiar la actividad tanto de los particulares como del Estado, y cobra especial importancia en este momento ya que el Estado empezará a ejecutar presupuesto e intervenir la economía para favorecer la situación de ciertas empresas o sectores económicos.

Lo anterior quiere decir entonces que si el Estado ve la necesidad de intervenir para salvar a algunas empresas que están en crisis debido a la pandemia, no podrá discriminar a las otras empresas del mismo sector. Así que para darle aplicación al principio de igualdad es probable que las «ayudas estatales» no solo resulten beneficiando a las empresas que lo requieren, sino que, además, bajo el estandarte de salvar a un sector de la economía, se vean beneficiadas empresas que no necesitan el auxilio para subsistir.

Ahora bien, la forma en que el Estado concede las ayudas e interviene en la economía es vía regulación, es decir, mediante leyes, decretos y actos administrativos en general. La doctrina habla de dos tipos de acto

402 WILLIAM J. STANTON, MICHAEL J. ETZEL & BRUCE J WALKER. *Fundamentos de marketing*, cit., pp. 43- 45 & 91.

403 CHRISTOPHER L. SAGERS. *Antitrust. Examples and explanations*, cit., pp. 367 y 368.

404 JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS. «La igualdad constitucional: Múltiple y compleja», Rev. chil. derecho vol. 42 n.º 1 Santiago, Chile abr. 2015, Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000100007

administrativo, los que crean o amplían situaciones activas favorables para el administrado, como derechos y nuevas prerrogativas, y los que crean o amplían situaciones pasivas, como obligaciones o gravámenes.⁴⁰⁵ Como ya se mencionó, estas regulaciones deben estar al servicio del bien común y el interés general, lo que ocurre si no lo están, o si son discriminatorias, es que pueden ser impugnadas con el fin de que se declare la nulidad del acto.

Además de la nulidad del acto administrativo, es posible que algún particular se haya visto perjudicado con la ejecución del acto administrativo, es decir, con la concesión de la «ayuda estatal» a otros, caso en el que el Estado debe reparar el daño que causó. Al respecto se han adoptado cláusulas como la del derecho español, según la cual «los particulares tienen derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa».⁴⁰⁶ Entonces, un particular cuyo derecho a la libre competencia en condiciones de igualdad se haya visto vulnerado por una «ayuda estatal» puede solicitar la nulidad del acto, y adicionalmente, por vía judicial, solicitar indemnización de perjuicios.

Con ocasión de la pandemia existirá un auge de solicitudes y concesión de ayudas estatales en el mundo, así que, a modo de conclusión, debe tenerse presente que son una forma de intervención excepcional del Estado en la economía y que como tal deben estar regidas por el principio de igualdad. Ello implica que, al otorgar ayudas estatales por sectores, se verán favorecidas algunas empresas que verdaderamente están en crisis y otras que no. Y finalmente, siempre que se rompa ese principio de igualdad, o que la ayuda estatal no haya estado en concordancia con la búsqueda del bien común y al servicio del interés general, podrá ser impugnada y el particular afectado podrá solicitar por vía judicial que el Estado lo repare.

II. CONCENTRACIONES ECONÓMICAS PARA SALVAR A EMPRESAS EN CRISIS QUE CREAN POSICIONES DOMINANTES CONSENTIDAS

La empresa en crisis que quiera obtener liquidez bajará el precio de la compañía, en ese sentido se van a presentar muchas operaciones de compra de empresas en crisis, eso hará que abunde la compra de empresas a un precio bajo. Es allí donde hay que estar muy atento desde el punto de vista de la

405 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II, cit., pp. 103-106.

406 *Ibid*, p. 371.

competencia, hay que ver cómo van a ser elaborados los condicionamientos que van a surgir en virtud de una operación que puede llegar a generar posición dominante, y en ese sentido, es un momento propicio para que competidores del que adquiere posición dominante puedan participar en los procesos de concentración económica luchando por su suerte.

Las concentraciones o integraciones económicas son vigiladas por las autoridades de competencia *a priori*, y pueden ser autorizadas o rechazadas. Son operaciones que, a pesar de ser privadas, deben ser sometidas previamente a la valoración de la administración, que previo estudio del impacto sobre el interés de la sociedad, la autorizará o no, solo tras la autorización será válido el desarrollo de la operación y podrá surtir efectos jurídicos.⁴⁰⁷

Con este régimen se busca evitar que los agentes de mercado adquieran demasiado poder simplemente comprando a empresas más pequeñas, en lugar de siendo eficientes para ganar clientela mediante la competencia.⁴⁰⁸ Es por supuesto legítimo que las empresas busquen expandirse y crecer, pero puede que las operaciones de integración «representen una amenaza para la competencia dependiendo del tipo de integración y el tamaño y poder de las empresas involucradas. La estructura entera de una industria puede cambiar debido a una integración».⁴⁰⁹

Las integraciones son controladas porque representan una disminución en la oferta, si una empresa compra a otra, ahora solo habrá un oferente en donde antes había dos, y ello puede resultar perjudicial para los excedentes tanto del productor como del consumidor.⁴¹⁰ Sin embargo, el caso de Amazon y Deliveroo del que se habló antes, es un precedente de suma importancia, ya que evidencia el cambio que el COVID-19 implica para el tema de concentraciones económicas. Una operación que la autoridad de competencia había frenado inmediatamente por preocupaciones relacionadas con la libre competencia y el excedente del consumidor y del productor, fue posteriormente avalada como consecuencia del virus. El virus ha cambiado la situación de muchas empresas, lo que traerá bastantes operaciones que permitan restaurar el equilibrio.

407 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. . *Curso de derecho administrativo*. Tomo II, cit., p. 133.

408 Véase, MAURICIO VELANDIA. *El ocaso del monopolio*. Tomo I, Capítulo XX. Integraciones empresariales. Bogotá, Formato audiovisual, Disponible en <https://www.mauriciovelandia.com/ocaso/episodios.html> o en <https://www.youtube.com/user/MauricioVelandiaAb>.

409 E. THOMAS SULLIVAN & JEFFREY L. HARRISON. *Understanding antitrust and its economic implications*, cit., p. 303.

410 MAURICIO VELANDIA. *Derecho de la competencia y del consumo*, cit., pp. 229-230.

Otra prueba del cambio de perspectiva son las decisiones adoptadas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de Ecuador, que ha empezado por implementar un procedimiento abreviado para el control de concentraciones económicas en el marco de la pandemia.⁴¹¹ Las autoridades de competencia del mundo deben ser cuidadosas al evaluar cuándo será más beneficioso permitir la integración y con ella la adquisición de posición dominante de una de ellas, y cuándo la balanza se inclinará para el lado opuesto y consentir la posición dominante no es la mejor opción.

III. FORTALECIMIENTO DE EMPRESAS CON POSICIÓN DOMINANTE

Dado que existe poca demanda, los productores lucharán por la clientela en un mercado, ahora sí en competencia, y con la escasez de dinero el consumidor va a bajar los estándares de calidad. Sin embargo, algunos emprendimientos no alcanzarán a sobrevivir, y en algunos mercados solamente quedará un triunfador por deserción obligatoria de los demás. En esos casos, rápidamente los mercados de mucha participación serán de poca participación por el lado de la oferta, y se requiere proteger al excedente del consumidor, quien estará en posición débil dentro del mercado, que es diferente al concepto débil dentro del contrato.

Es decir, además de que surgirán nuevas posiciones dominantes, como se dijo en el acápite anterior, se verá también un auge y fortalecimiento de las empresas que ya tenían posición de dominio, debido a que muchas pequeñas quebrarán y la clientela que estas venían atendiendo se desplazará a aquellas empresas con mayor capacidad de atención. Habrá que cuidar que dichas empresas no abusen de su posición dominante, ya que ello afectaría el excedente del consumidor, quien no tendrá muchas opciones de recurrir a otros oferentes para satisfacer sus necesidades ya que muchos quebrarán debido al COVID-19.

IV. CAPITALISMO DE LA VIGILANCIA Y LAS CUATRO GRANDES DE TECNOLOGÍA

Desde ya es importante tener en cuenta que un punto central de la discusión recae en el gran poder que estas empresas tienen sobre los datos, y, por ende, se relaciona con el tema del capitalismo de vigilancia.

⁴¹¹ Resoluciones No. SCPM-DS-200-18 y SCPM-DS-2020-19. Disponibles en <https://www.scpm.gob.ec/sitio/proceso-abreviado-de-notificacion-de-operaciones-de-concentracion-economica/>

El Capitalismo de Vigilancia es un concepto elaborado por la profesora Shoshana Zuboff de Harvard⁴¹², que consiste en que las empresas privadas manejan unos datos que pertenecen a la intimidad de una persona, y a través de esos datos pueden encontrar la tendencia del comportamiento de una persona. El confinamiento ha hecho que las empresas se reinventen y que el entorno digital cobre una relevancia excepcional en todos los mercados, por lo que los datos serán aún más importantes como activo de las compañías tecnológicas.

Esa situación de capitalismo de vigilancia les da un gran poder a las empresas de tecnología, dado que los datos tenían un valor y a partir de allí el comercio tiene que reinventarse dentro de un capitalismo de vigilancia, debido a que todo va a estar dado y que lo digital es el medio poderoso postpandemia. En otras palabras, se estará en un contexto en el que la vida digital será más relevante que nunca, y ello implica repensar algunos aspectos del derecho de la competencia para adecuarlos a esa nueva realidad.

Ahora las empresas de tecnología serán vitales en todos los mercados, por lo que los operadores jurídicos no pueden obviar esta realidad ni omitir sus implicaciones en los casos que se les presenten. Máxime teniendo en cuenta la gran cantidad de datos personales de los consumidores que poseen algunas de estas empresas, y que constituyen un activo demasiado apetecible para los diferentes agentes del mercado. Debe vigilarse que no haya abuso ni mal uso de estos datos, ya que el papel que desempeñarán en las relaciones comerciales será determinante y fácilmente puede representar el éxito o fracaso de una compañía.

V. LEALTAD

La pandemia generada por el COVID-19 ha exigido de toda la humanidad una mayor unión y la necesidad de que todos pongan para poder superar la crisis. En ese sentido, será exigible de todas las personas y las empresas un comportamiento especialmente leal en el mercado y en el derecho. La crisis llevará a subir los estándares de lo que se considera leal, con el fin de que verdaderamente todos pongan.

Se exigirá lealtad especialmente de las empresas de tecnología, que serán el faro para el nuevo derecho de la competencia, y con o sin posición dominante tendrán los datos. Para ellas debe aplicarse el principio romano germánico de abuso de derecho sin posición dominante, que permita castigar

412 Véase, SHOSHANA ZUBOFF *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Public Affairs, Hachette, Book Group, 2019.

a los que no tienen posición dominante pero que tienen fortalezas cruzadas que las vuelven importantes y poderosas dentro del mercado, sin posición dominante. Es por eso por lo que entra a escena la aplicación del concepto abuso de derecho dentro del derecho de la competencia, es por eso por lo que también cabe.

En estas especiales circunstancias de calamidad resultará también de suma importancia el concepto de abuso de derecho, que se presenta cuando un particular es titular legítimo de un derecho subjetivo, pero aprovecha un margen de libertad para usarlo mal, para ejercerlo anormalmente.⁴¹³ En otras palabras, se trata de casos en los que un individuo se aprovecha de algún derecho que le ha sido conferido, para desbordar los márgenes de ejercicio legítimo del mismo y desatender su finalidad. Dado que la pandemia generada por el COVID-19 tomó al mundo por sorpresa, seguramente habrá conductas reprochables que podrán quedar por fuera de las normas que los ordenamientos emitan para soportar la crisis, es allí donde se exigirá lealtad de los individuos, para que no aprovechen faltas de prohibición ni abusen del derecho.

VI. ADQUISICIONES ASESINAS

Tras la pandemia, e incluso antes de ella, otro punto ampliamente abordado por los estudiosos del derecho antimonopolio ha sido el de las adquisiciones asesinas. Este concepto se refiere a los casos en los que una empresa con gran poder de mercado empieza a comprar empresas pequeñas que a futuro podrían representar una fuerza competitiva. El fin de estas adquisiciones es neutralizar la amenaza y evitar el surgimiento de la competencia desde fases tempranas.

Este tema no surgió con la pandemia, desde mucho antes han existido grandes empresas queriendo acaparar todo el mercado y comprar a las más pequeñas para eliminar riesgos competitivos. Sin embargo, el impacto del COVID-19 ha sido que cada vez son más las empresas golpeadas que quedan vulnerables y sin más opción que aceptar este tipo de tratos, que tal vez en condiciones normales no hubiesen aceptado. Es por esto por lo que cada vez se verá una discusión mayor sobre las adquisiciones asesinas que aprovecharon el contexto de la pandemia para aniquilar la competencia.

Uno de los sectores donde más se ha hablado de este tema últimamente es el de las plataformas digitales. Es común que las empresas más grandes,

413 CARLOS IGNACIO JARAMILLO. *El abuso del derecho y su proyección en los ámbitos sustancial y procesal civil*. Perfiles de la conducta abusiva e inobservancia del deber de obrar de buena fe. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2019 pp. 76-84.

principalmente las cuatro grandes de las que se hablará en el último capítulo compren pequeñas empresas nacientes con una proyección de crecimiento acelerado. Por ahora basta con que el lector tenga presente que esta ha sido una de las acusaciones que se ha hecho a los cuatro grandes y que esta problemática ha sido claramente acentuada por la pandemia del Covid-19.

Los anteriores puntos nos llevan a concluir que el derecho está sufriendo grandes e importantes cambios debido a la pandemia. El derecho antitrust por supuesto no escapa a ello, hay nuevos aspectos que deben ser tenidos en cuenta por las autoridades de competencia y situaciones a las que debe prestársele cuidadosa atención. Está cambiando el comportamiento de todos los segmentos del mercado y todos sus agentes, de manera que no deben darse por sentado los criterios tradicionalmente utilizados.

No solo habrá alteraciones importantes en el derecho, sino también, y sobre todo, en el sistema económico. Esta pandemia representa la crisis el capitalismo salvaje e insocial, lo que el COVID-19 está generando es un paso inevitable y necesario a un capitalismo social, o incluso a un anarquismo social, donde las exigencias de lealtad a los agentes económicos serán aún mayores, y bastantes aspectos del funcionamiento de la economía en el mundo deberán ser repensados.

VII. ENROQUE DE PRECIOS DE LAS VACUNAS COVID

Una de las conductas que en el futuro será sujeta de análisis y estudio tendrá base sobre la comercialización de las vacunas COVID por parte de los diferentes laboratorios.

Particularmente se estudiarán dos (2) comportamientos: (i) la discriminación en la venta entre países desarrollados y la venta a países en vía de desarrollo, así como (ii) la obligación impuesta a los compradores para mantener el precio oculto.

Será un interesante debate que no nacerá de autoridades de EUA o la UE. Será un debate académico. Difícilmente una autoridad latina emprenderá una investigación. Desarrollemos el debate anticipado que algún día vendrá sobre la conducta descrita y las normas de competencia.

- (i) En cuanto a la discriminación en la venta, se tiene por sabido que la OMS en el año 2021 por todos los medios rogó para que existiera una distribución más equitativa. En tal suerte Europa acaparó la mayoría de vacunas para sus nacionales. Dicha situación resultó compleja. Desde el punto de vista económico la reactivación depende del

control que se tenga sobre el virus. Seguramente habrá variables diferentes en cada una de las compras. Empero pensamos que en su momento será estudiado si un producto que cuida y protege la vida puede estar sujeto a las normas de competencia de la forma estricta como a veces es observado. En ese sentido si este acaparamiento en la venta y los valores que se cancelan por algunos países es justificación para dejar desprovista a otros países y si las normas de libre mercado lo validan. Vendrá una cantidad de teorías de un lado y de otro. Lo importante para mí es la tensión de derechos que se crea entre derecho a la vida y el derecho al libre mercado. De alguna manera pienso que Europa pudo ser más humanista y no dejar desprovista de vacunas a Latinoamérica. La diferencia económica entre los dos continentes será superior cuando la pandemia pase.

- (ii) En lo relativo a la obligatoriedad de mantener el precio confidencial, la situación generará grandes debates académicos futuros. Suena muy extraño que toda una industria obligue a mantener el precio de la vacuna oculto cuando es conocido que el precio en sí mismo no es un elemento de propiedad intelectual. Lo difícil es entender que si gran parte del derecho de la competencia está basado en el estudio del precio, cómo va el derecho de la competencia a aplicarlo en una industria donde todos los agentes de la primera venta prohibieron ocultar al público el precio al cual se le vendió al país. Ello tiene muchos interrogantes. Desde acá se ha planteado que una venta atada ocurre cuando se ata una prestación a otra prestación que no tiene que ver con la naturaleza propia del negocio o contrato. En tal suerte, teniendo en cuenta la situación de indefensión de los compradores y el estado de necesidad para salvar vidas, la situación debe ser analizada con calma. En nuestro concepto el paralelismo con que se actuó puede generar un enroque de precios, para traer a la mesa un ejemplo de una jugada de ajedrez. Dicho enroque impidió saber a qué precio vendieron dichas farmacéuticas a otros compradores (países) dado que con ese precio hubiera podido detectarse, por ejemplo, precios diferenciales o precios injustificadamente altos. El enroque de precio lo impide y no es de lejos pensar que pudo ser una prestación atada que no tenía que ver con la naturaleza propia del negocio.

CAPÍTULO CUARTO

DERECHO ESPACIAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

La mecánica utilizada en este capítulo será distinta a la usada en los capítulos anteriores. Su desarrollo se basará en noticias de actualidad de alrededor del mundo, traída de importantes medios de comunicación, de las cuales podemos extraer con realismo la creación del nuevo mercado que se está abriendo y de comportamientos de diferentes agentes económicos al interior de ese mercado, que con certeza serán temas objeto de estudio y profundización en el futuro en materia de competencia, antimonopolio o control de poder de mercado. Al reflejar e introducir imágenes de noticias, se busca aportar al lector certeza de lo que en este capítulo se está afirmando, pues al ser este un tema tan reciente que no es de gran curiosidad para la mayoría de las personas, no se ha escrito abundantemente sobre el mismo y existen muchas personas escépticas.

Con este capítulo se busca generar curiosidad en el lector frente a este tema, a la luz del derecho a la competencia.

**Perseverance en
Marte: cómo es el
nuevo robot
explorador de la NASA
en el planeta rojo**

Redacción
BBC News Mundo

17 febrero 2021
Actualizado 18 febrero 2021



Imagen 6 *Robot llega a Marte y es de propiedad de la NASA*

En esta primera imagen se afirma que un robot llega a Marte y es de propiedad de la NASA, su objetivo, explorar ese planeta en diferentes aspectos. Lo importante que se extrae de esta noticia es que la NASA, quien pertenece al gobierno de Estados Unidos, ya dejó una máquina que le permite al ser humano investigar y saber qué ocurre en Marte, esto es, conocer su geografía y características. De esto se concluye que Estados Unidos, mediante

una entidad pública que es la NASA, llega al planeta rojo mediante un robot, comprobándose además, que un robot soporta las condiciones atmosféricas y climáticas de dicho planeta.



Imagen 7 Bezos, dueño de Amazon, realiza su primer viaje espacial

En esta segunda foto se refleja que también dentro del año 2021, una de las personas más ricas del mundo, Bezos, dueño de Amazon, realiza su primer viaje espacial de forma personal; esto demuestra que no solamente la NASA y el gobierno de Estados Unidos están interesados en estos viajes sino que son de interés de una persona de derecho privado, quien comienza a ser parte de esta conquista espacial.



Imagen 8 Publicación de El País, Branson viaja al espacio

En esta tercera noticia del medio de comunicación *El País*, de origen español, se consagra que el señor Richard Branson fundador de Virgin Galactic, está interesado en los viajes al espacio, reflejándose su interés en lo que ocurría en la conquista espacial y el nuevo mercado que allí se abre.

The screenshot shows a news article from the website 'EM VIAJES'. The header features the logo 'EM VIAJES' and a menu icon. Below the header, the word 'SPACEX' is written in bold capital letters. The main title of the article is 'Elon Musk mandará al espacio por primera vez a cuatro turistas solos en 2021'. A small text below the title provides a summary: 'Elon Musk vuelve a protagonizar un hito en la carrera espacial: su empresa SpaceX ha anunciado el primer vuelo espacial con una tripulación formada íntegramente por civiles en el último trimestre del año.' Below the text is a black and white photograph of Elon Musk looking upwards, with navigation icons (back, forward, search, etc.) overlaid at the bottom.

Imagen 9 *Publicación de EM Viajes, envío de turistas al espacio*

En esta cuarta foto, aparece un nuevo sujeto, Musk, dueño de Tesla. Igualmente, empieza a realizar viajes espaciales y anuncia además que en el año 2021 realizará un viaje espacial con tripulación eminentemente civil.

Este panorama permite evidenciar que existen cuatro actores: el primer actor es el gobierno de Estados Unidos a través de una entidad pública, la NASA, y los otros tres actores son personas de derecho privado, que con recursos propios están invirtiendo en la explotación de negocios en el espacio. Esto quiere decir que se está creando una economía por fuera de la Tierra y que los inversionistas del mundo le están apostando a este nuevo mercado relevante, que no existía, pues anteriormente estos lugares eran explorados solo a nivel de país, como China, Rusia y Estados Unidos, pero ahora se evidencia un cambio en el paradigma, pues se ve cómo por primera vez tres personas con empresas privadas muestran interés y apetito hacia este mercado y la denominada conquista espacial.

Europa y Rusia retrasan misión a Marte a 2022, en parte por el COVID_19



Imagen 10 *Naciones interesadas en viajar al espacio*

En la siguiente foto, se ve que no solo Estados Unidos está interesado en llegar al espacio, particularmente a Marte, sino se evidencia cómo a su vez países de Europa, así como Rusia, también lo están, sin embargo, debido al COVID están retrasando su conquista del espacio. Se ve cómo las tres potencias del mundo: China, Estados Unidos y Rusia están interesadas en viajar al espacio, pero también se hace evidente el interés por parte de Europa.



Imagen 11

Publicación de El Tiempo, UE sin autonomía para conquista espacial

Ahora bien, la siguiente foto refleja cómo la Unión Europea aún no tiene autonomía para la conquista espacial sino que depende de China y de Estados Unidos. Se ve que se está creando un mercado con oferentes, quienes generan la demanda de un producto que por ahora son los viajes turísticos al espacio, pero lo importante es ver lo que se abre alrededor de todo esto, pues en la conquista al espacio se encontrarán nuevos minerales no conocidos por el hombre, bienes sobre los que será necesario establecer un régimen jurídico. Hay algunos que afirman que lo que regirá allí será el derecho de mar abierto, pero verdaderamente no son muchos los acuerdos firmados, relacionados con el derecho espacial y lo que allí regirá; si bien existen algunos pocos tratados, estos no están firmados por un gran número de países y son muchas las preguntas que se derivan de este tema.

Lo que puede ocurrir es que los privados que lleguen a estos territorios sólidos, como son los planetas, se apropien de todo lo que allá aparezca sin ningún tipo de límites, realizando un proceso de conquista. En corto tiempo, dichos territorios pasarán a ser parte o propiedad del país que lo conquiste, como ocurrió anteriormente con la conquista de continentes.

Es por esto que se presentan estas imágenes de noticias, pues no es un tema que sea inventado, sino que es una realidad de la actualidad.



Imagen 12
Publicación de *Los Angeles Times*, carrera espacial de multimillonarios

En la siguiente foto se reafirma lo previamente dicho, pues los medios de comunicación ya se cuestionan acerca de una realidad, que se trata de una carrera espacial entre millonarios, y que no son los países los principales involucrados, sino también las empresas privadas y los mercados que se crearán. De allí el interés para el autor de esta obra sobre este tema y su inclusión.

DW Español @d... ·13min ...
La NASA informó el viernes que eligió a SpaceX para un viaje a la gélida #LunaEuropa de Júpiter, lo cual representa un gran envío para la empresa de Elon Musk que apunta a alcanzar lo más lejano del sistema solar. (gs)

dw.com
NASA escoge a SpaceX para explorar luna Europa

Imagen 13
Publicación de #LunaEuropa, SPACEX elegida para viaje lunar

A su vez, la siguiente foto refleja que el interés no es solo en Marte, sino que es también sobre otros cuerpos celestes como lo es una luna de Júpiter, donde queda registrado cómo la NASA hizo un acuerdo con SpaceX (Musk). En esta situación llama la atención una alianza público-privada, pues la NASA, que es el gobierno de Estados Unidos, se une con un privado para llegar allí; se ve cómo se comienzan a estructurar mercados en donde participa la NASA y SpaceX y no se sabe cuál será el beneficio que recibirá SpaceX en esa conquista.



Imagen 14 Publicación de *El Tiempo*, Jeff Bezos demanda a la NASA

En la foto anterior se informa sobre la demanda que Bezos, dueño de Amazon, realizó en contra de la NASA, por el contrato o alianza desarrollada con SpaceX.

Jeff Bezos pierde oferta para bloquear acuerdo de Nasa SpaceX



Imagen 15 Alianza empresas privadas para viajes al espacio

Ahora bien, en la siguiente foto y noticia se puede apreciar que se están también aliando privados con privados. Así podemos leer como SpaceX se acerca a Google para un acuerdo de internet satelital y será necesario ver cómo se plantea este tema en términos de telecomunicaciones, pues se estaría abriendo otro mercado, que será el de telecomunicaciones en el espacio. Gran mercado.



Big tech
Elon Musk anunció un acuerdo entre SpaceX y Google para ofrecer internet satelital

El CEO de la empresa aeroespacial habló sobre la alianza en su cuenta de Twitter.



Imagen 16 Acuerdo entre SpaceX y Google para ofrecer internet satelital

Estos acuerdos podrán resultar ventajosos generando discordia entre los privados, como se refleja en esta imagen en donde Bezos, el dueño de Amazon, al competir y perder la oferta de asociación con la NASA inicia acciones para bloquear el acuerdo entre la NASA y SpaceX. De lo anterior se deriva que se empieza a mover el derecho de la competencia en este mercado y lo que está por venir.

Dicho mercado es todavía en nuestras regiones muy lejano, pues en nuestros despachos todavía seguimos hablando del cartel de los pañales como ejemplo emblemático, pero en el mundo están ocurriendo cosas totalmente diferentes.

Por ello se recalca que se incluye este capítulo basados en noticias reales de medios de comunicación que cuentan con toda la credibilidad, buscando así que el lector se vea atraído por este tema de actualidad y la incidencia que tendrá sobre el derecho que nos ocupa.

The Independent
@Independent

SpaceX's Starlink satellites near-misses with other spacecraft are getting 'out of control', experts say

Traducido del inglés por Google

Los satélites Starlink de SpaceX que casi fallan con otras naves espaciales están 'fuera de control', dicen los expertos



 Twittea tu respuesta

Imagen 17
Publicación de *The Independent*, fallas en naves espaciales

Ahora seguimos con una foto extraída del diario *The Independent*, que refleja algunos problemas futuros para el derecho, donde se ve cómo unos satélites están fuera de control con riesgo de causar daño, generando el interrogante de ¿qué pasará con estos satélites fuera de control en el espacio o en la tierra?

The Independent
@lndependent

Nasa is recruiting people to pretend to live on Mars for a year

Traducido del inglés por Google

La NASA está reclutando personas para que pretendan vivir en Marte durante un año

[\[Placeholder image\]](#)

Twittea tu respuesta

Imagen 18 *Publicación de The Independent, reclutamiento NASA*

En esta foto, nuevamente extraída del diario *The Independent*, se aumenta la perspectiva de lo que viene, dado que la NASA está reclutando personas para que vivan en Marte. De lo anterior se derivan muchos interrogantes, ¿cómo será este reclutamiento?; ¿cómo será el régimen de convivencia de estas personas?; ¿quién será el juez?, ¿cómo serán juzgados sus delitos?, ¿cuáles serán sus normas de mercado?, entre otros. Esto es evidentemente un acto de conquista y de colonización que se verá en los próximos cincuenta años.

Marte en la Tierra: este es el campamento chino que imita las condiciones climáticas del planeta rojo

Se trata de una zona desértica, con rocas rojizas e incluso temperaturas similares a las del planeta rojo, donde se pueden hospedar cerca de 160 personas.

17/01/2022



Imagen 19 *Simulador Planeta Marte en China*

La foto muestra que no solamente Estados Unidos guarda interés en la colonización de Marte, China es otra potencia interesada en esto también, cuenta con un campamento que imita las condiciones climáticas de Marte. Todo esto demuestra que los diferentes países desarrollados y potencias están poniendo sus intereses en Marte y quieren conquistar ese espacio.



Imagen 20 *Publicación de El Tiempo, acuerdo constitución ALE*

Es importante mencionar lo que aparece en el contenido de esta foto y es que, la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños, CELAC, quiere hacer una Agencia Latinoamericana del Espacio, y dentro de estos países firmantes están México, Ecuador, Bolivia, Argentina y Paraguay. Para efectos de nuestro libro se encuentra afortunadamente Ecuador.



Imagen 21 *Publicación de El País, sueño conquista latinoamericana del espacio*

En la noticia de *El País* de España, se ve el impulso por la creación de la Agencia Latinoamericana y Caribeña del Espacio, ALCE. Lo anterior evidencia lo rezagada que se encuentra Latinoamérica en lo que respecta a ser protagonista o actor de reparto en esa conquista espacial, en comparación con los otros países previamente mencionados y, como siempre, seremos más bien utileros de vestuario.

Aparte de la situación tan compleja que atraviesa Latinoamérica, por el covid, y la brecha económica ya existente, cuando un país de estos encuentre algún mineral de gran valor no conocido por el hombre, muy posiblemente esa brecha se multiplicará.

Las ofertas de turismo espacial

Tres empresas exploran el mercado de los viajes fuera de la Tierra



Prototipo de Virgin Galactic para vuelos suborbitales destinados al turismo espacial. En video, el vuelo de Richard Branson el pasado 11 de julio. VIRGIN GALACTIC / VÍDEO: REUTERS-QUALITY

Imagen 22 *Publicación de El País, ofertas de turismo espacial*

Con esta información se demuestra que lo que hoy se avizora como mercado es el turismo espacial a través de las tres grandes empresas a las que se ha hecho referencia, lo cual reafirma la existencia de una colonización. Y, tal como lo dice la siguiente noticia, lo que hay es una ausencia de regulación y un gran apetito empresarial por esos negocios galácticos.

Imagen 23 *Publicación de El País, colonización comercial del espacio*

La imagen demuestra que algunos conceptos tradicionales que se conocían para el espacio van a cambiar. Por ejemplo, en la publicación de la revista *Time*, se indica que el aumento de vuelos privados al espacio cambiaría la connotación de qué se entiende por astronauta. Muchos cambios vendrán.



Imagen 24 Publicación de Times, robótica

No muy alejado de este tema, está la robótica. Los robots humanoides en cabeza de Tesla (Musk) serán aquellas máquinas que podrán viajar a condiciones climáticas complejas donde, por su debilidad física, el ser humano no podrá llegar, convirtiéndose este en un usuario más de ellos. Los robots se convertirán en el medio más fácil para conquistar territorios y lógicamente las normas laborales cambiarán pues a los robots no se les pagará ni cesantías, ni alimentos. Allí nacerán también nuevos mercados.



Imagen 25 Robots humanoides

También se tiene el derecho humano para robots. Este término nace de aquellas partes de robots incrustados en el humano, como los brazos biónicos o las piernas robóticas; aquí la cuestión es hasta dónde el fabricante puede intervenir en el cuerpo humano.



Imagen 26 Pirámide de la riqueza global

Un punto importante que se deriva de la pirámide de riqueza publicada por el periódico *El País* de España, es cómo está repartida la riqueza en el mundo. Solo el 0,7 % de la población mundial tiene más de un millón de dólares y ese 0,7 % tiene el 45,2 % de la riqueza del mundo. Así mismo, otro 7,4 % tiene el 39,4 % de la riqueza. Es decir, alrededor del 8 % de la población de la Tierra tiene más del 84 % de riqueza. Ahora bien, conociendo quiénes son los dueños de las empresas que están explorando el espacio, se tiene que los tres agentes ya mencionados forman parte de ese 0,7 % y son quienes están conquistando el espacio. Lo anterior solo significa que dicha brecha seguirá aumentando, empezándose a hablar, en poco tiempo, de una riqueza galáctica.

En conclusión, evidentemente hay empresas privadas interesadas en un nuevo mercado, que es un mercado espacial. Dicho mercado es un área sin regulación. Será un nuevo libre mercado que dará discusiones nuevas en materia de derecho antimonopolio en las próximas décadas.

Por ahora en este libro, así suene muy alejado de la realidad, se quiere dejar constancia de que se está abriendo un nuevo mercado relevante, y que las autoridades antitrust deben ponerle especial atención a lo que allí está ocurriendo.

CAPÍTULO QUINTO

EL METAVERSO, CRIPTOMONEDAS, FÍSICA CUÁNTICA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

Otro punto que no debe dejarse de mencionar es el «metaverso» al cual ya Facebook (Meta) ingresó y así mismo ya el mercado oriental forma parte de esos ecosistemas (Xirang). El mundo latino va muy atrasado al respecto.

Es un mundo digital que el derecho deberá entrar a regular en muchos vacíos. Allí se crean ciudades ficticias, casas, mares y crecerán mercados dentro de esa membrana digital. Se anuncian casas, centros comerciales, fiestas, avatares, casas al lado del mar y muchas cosas que ocurren en el mundo real y físico, pero con una nueva moneda: las criptomonedas.

El metaverso es la Web 3.0. Ya el desarrollo de internet pasó por la Web-1.0, donde el usuario solo buscaba información por internet. Después vino la Web 2.0, donde el usuario se relacionó socialmente con otros a través de internet. Ahora llega la Web 3.0, donde el usuario utiliza imágenes en tercera dimensión, con la posibilidad de comprar activos en esa dimensión. Se trata de un video en tercera dimensión con realidad paralela, donde se podrán desarrollar conciertos, videojuegos, y no se sabe hasta dónde llegará pues está hasta ahora comenzando. Un mundo digital con presencia del ser representado en un avatar con disposición de ser sujeto comercial y de vivencias. Para su desarrollo se requiere de un mercado de *software*, un mercado de *hardware* y un mercado de productos que se venderán en ese ecosistema (oferta–demanda).

Por ahora se tiene pensada la existencia de un avatar que participará en reuniones virtuales de negocios o reuniones sociales o educativas como parte de la oferta o de la demanda de diferentes mercados.

Se requiere el mercado de *hardware*, dado que se necesita una nube, almacenar datos, seguridad, conexiones e infraestructura. Empresas como Fortinet, Cisco, Nvidia y AMD serán fuertes en ese mercado.

Lógicamente se requiere un mercado de bienes y servicios. Ya fabricantes de ropa como Nike, Gucci, Balenciaga participan. BMW y Nissan ya hacen presencia. La marca Coca Cola ya está allí. Establecimientos de Ibiza, también. Los NFT (Token no fungible / token criptográfico) en arte no pierden terreno tampoco con su marketplace. Representan una escasez digital verificable.

Este mercado es una carrera de billonarios mundiales para saber quién llega primero e impone las reglas.



Imagen 27 *Publicación de Forbes, el metaverso*

Las criptomonedas tomarán su propio rumbo en ese mercado. Bitcoin, Solana, Ethereum y Binance estarán presentes en las transacciones. La revolución de las digital money, con todas sus altcoins y los productos de interés compuesto.

Las casas centrales de dinero de cada país y sus bancos centrales están teniendo una crisis que son propias de la evolución del ser humano. Los Estados van perdiendo terreno en el control del dinero, así como los bancos privados, quienes han controlado la moneda por algunos siglos. Ahora es el ser humano, usando el desarrollo digital, quien pretende manejar dicho dinero de manera privada eliminando los fastidiosos costos de intermediación. Es por esta razón que las criptomonedas comienzan a ser la nueva alternativa monetaria. En derecho espacial ellas serán la gran protagonista. Pero no mucho menos en el derecho informático del cual hace parte el metaverso.

Para el año 2022 China gana en esta carrera del metaverso. Las regiones de China y sus empresarios están siendo capacitados en cómo debe ser el desarrollo planificado de este nuevo mundo que se abre. La planificación y la observancia del futuro pueden llevar a que Oriente gane la partida de la mano de sus gobiernos.

El derecho antitrust será el protagonista. Pero no mucho menos el derecho civil y comercial. Deberán segmentarse los mercados relavantes de las criptomonedas y de cada uno de los metaversos, donde una gran discusión será definir si cada metaverso es un mercado relevante y si cada metaverso compite con el mundo físico. Y si sus creadores pueden separar esos ecosistemas de la regulación actual en materia de derecho o serán ecosistemas donde prima las reglas de oferta y demanda.

Veremos si las reglas serán impuestas por los dueños de esos ecosistemas, con legislación propia y jueces especiales que impondrán multas y sanciones dentro de ese ecosistema digital, cuya propiedad privada será de su creador.

Los dueños de los metaversos estarán expuestos a normas de competencia como la prohibición de cartelización, o de abusos de posición de dominio en esos submercados. La unión de un metaverso con otro será una integración económica, sin duda.

Se abre un nuevo segmento de trabajo para los abogados y todo cambiará. Es el futuro.

Culminamos este libro con un tema propio del siglo XXI y es la física cuántica. Es la física de las partículas y del mundo pequeño, donde está demostrado que esas leyes se manejan de manera distinta que la física clásica.

Todo lo que viene alrededor de los mercados no debe dejar de lado que hay una nueva forma de ver la vida, que es el mundo cuántico, ya que hasta hoy solo se ha estudiado el mundo físico bajo la física tradicional.

Todos estos temas nuevos pondrán en duda las normas del libre mercado que están basadas en otras realidades, haciendo entonces que los economistas rescriban libros y los abogados traten de reprimir comportamientos que puedan llegar a dañar el mercado.



Imagen 28
Publicación de BBC, conciencia y física cuántica



Imagen 29 *Publicación de La Vanguardia, Musk implante de chips*



Imagen 30 *Publicación de bloomberg.com, Neuralink, implantes cerebrales*

Veamos algo a tener en cuenta de la física cuántica y el derecho de la competencia (antitrust):

Las leyes de lo más pequeño, mundo microscópico, están reguladas por unas normas físicas de aquello que vemos, es decir, del mundo grande. El siglo xx y el siglo xxi son los protagonistas del comienzo de esta física nueva que se contrapone y/o entra a complementar las normas de la física tradicional (Newton).

Para este efecto se debe tener en cuenta dos conceptos que dan la importancia que merece el tema:

(i) El «entrelazamiento cuántico», resulta ser una propiedad de la cual hablaron Einstein, Podolsky y Rosen. Es una propiedad que consiste en que no pueden definirse partículas individuales, sino como un sistema. Esto es que los estados cuánticos de dos o más objetos se deben describir mediante un estado único que involucra todos los objetos del sistema, aun cuando los objetos estén separados, con correlaciones entre ellos. Esto quiere decir que al ocurrir algo en un objeto automáticamente otra partícula recibe una señal, que la hace sentir también, así se encuentre a una distancia y espacio diferente. Están correlacionadas y no individualizadas así estén separadas. Lo que siente una partícula lo siente otra partícula a distancia.

(ii) Otra propiedad a tener en cuenta es la «teleportación cuántica». Esta propiedad permite evidenciar un proceso mediante el cual se transmite información cuántica de una posición a otra en la medida que existan estados entrelazados en ambas localizaciones. La información que se transmite se denomina un *qubit*. La mayor distancia adquirida es 1400 km. Algunos estudios dicen que los físicos chinos han alcanzado 7000 km.

Estos dos conceptos permiten evidenciar otro gran futuro que viene y del cual los mercados no estarán ajenos.

La física cuántica se usa, entre otros, en la fibra óptica y los láseres. La medicina con la resonancia nuclear magnética (foto al interior del ser humano) también la usa. Los sistemas GPS usan principios cuánticos. Toda la informática basada en chips está basada en física cuántica. Esto nos da una medida de lo que viene.

La UE tiene cuatro pilares para desarrollar: i) la computación cuántica; ii) la comunicación cuántica; iii) la simulación cuántica; y iv) los sensores cuánticos.

La inteligencia artificial general se alimentará de esos computadores cuánticos y todo el desarrollo cuántico. No existe duda alguna sobre ello. Se delegarán gran cantidad de funciones laborales y de producción en las normas cuánticas, que diseñarán inteligencias más potentes, de las cuales se servirá el mercado y los comerciantes. No mucho menos los consumidores.



Imagen 31
BBC Mundo,
febrero 1 de 2019,
entrevista al físico español
José Ignacio Latorre

Todo será posible, hasta ya se habla de parejas humano-robot y también se discute sobre el futuro de una vida sin cuerpo y solo con cerebro, eliminando así las enfermedades una vez por todas y prolongar la vida así. No sabemos hasta donde llegará la ciencia.

Todo este desarrollo científico y físico tiene un impacto directo en el mercado y sus leyes. La información, el entrelazamiento de datos, la información cuántica dentro de la inteligencia artificial, crearán tantos submercados y posiciones de dominio que no podrán ser tratados como sustitutos de esos ecosistemas digitales o como elasticidades de oferta y demanda. Algunos grandes empresarios harán uso de todo esto. Cada submercado será y debe ser un mercado relevante. Las teorías por venir no pueden estar en contra de la realidad. Unos pocos serán los dueños del desarrollo humano, y el derecho antitrust o antimonopolio y el derecho de bienes serán protagonistas de ese nuevo mundo, sin duda y a fe que sí. Es el nuevo mundo⁴¹⁴.

Es importante no olvidar que lo que podemos ver y tocar está compuesto por la combinación de 17 partículas. Allí se encuentran quarks, leptones y bosones. Esas cosas que podemos ver y tocar tan solo representan el 5 % del cosmos. El 27 % es materia oscura y el 68 % es energía oscura. Sobre estas dos últimas no se tiene información de su comportamiento. Como todo no se ve, desde un punto de vista eminentemente físico, al parecer todo son medias verdades, pero toda paradoja puede reconciliarse (El Kybalion–4.^º principio).

414 Agradecimiento especial a la doctora Julieta Ochoa, quien tuvo grandes ideas jurídicas al momento de estructurar lo relacionado con el tema de antitrust contemporáneo, especialmente con el punto de las vacunas covid y consumidor. .

