



**FACULTAD DE DERECHO**

**“ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL ARTÍCULO 8 DE LA  
DECISIÓN 608 DE LA COMUNIDAD ANDINA Y SU APLICACIÓN EN EL  
ECUADOR”**

**Trabajo de Titulación Presentado en Conformidad a los Requisitos  
Establecidos para Optar por el Título de  
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUSGADOS DE LA REPÚBLICA**

**PROFESOR GUÍA  
DR. FAUSTO ALVARADO**

**AUTOR  
MARÍA GABRIELA HIDALGO MÁRQUEZ**

**AÑO  
2012**

### **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA**

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el/la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

.....

**Fausto Alvarado**  
**Doctor en Jurisprudencia**  
**C.C. 0102416391**

### **DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE**

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

.....

**María Gabriela Hidalgo Márquez**

**C.C. 070340304-8**

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a Dios porque sin su amor infinito ningún proyecto se puede concluir, a mi Director de tesis Dr. Fausto Alvarado por su apoyo y confianza, y mi esposo quien es uno de mis maestros en el mundo del Derecho.

## **DEDICATORIA**

Quiero dedicar el presente trabajo de titulación a mis papis Marco y Tanita ya que sin su apoyo esto sería hoy simplemente un sueño y a mí adorado hijo Marco Antonio por quien cada día entrego lo mejor de mí.

## RESUMEN

El presente trabajo se enfoca en el desarrollo del Derecho de Competencia en el Ecuador, recoge el antecedente histórico del de Derecho de la Competencia en Estados Unidos, Europa y países de América Latina, menciona cual ha sido el desarrollo de este derecho en el Ecuador y cuáles son las normas y procedimientos que se aplican al momento de sancionar conductas anticompetitivas en nuestro país. Así mismo recoge conceptos básicos del Derecho de Competencia, establece las conductas consideradas como de Posición Dominante y cuál es la forma de determinar las mismas. Hace un breve análisis de la relación entre Propiedad Intelectual y Posición Dominante, arrojando como resultado la importancia de contar con una norma de competencia que regule las conductas de los agentes económicos en el mercado ecuatoriano.

### **ABSTRACT**

The following paper focuses on the development of Anti-Trust Law in Ecuador. It will first explore the history behind Anti-Trust Law in the United States, Europe, and Latin America, and then describe its development in Ecuador, indicating which norms and proceedings must be applied when sanctioning anti-trust behaviour in this country. The paper also establishes basic Anti-Trust Law concepts, as well as conducts that may be considered as Dominant Position, and how to determine them. Finally, the paper will analyze the connection between Intellectual Property Law and Dominant position, highlighting the importance of having anti-trust norms that can adequately regulate the conduct of economic agents within the Ecuadorian market.

## ÍNDICE

### CAPÍTULO I ANTECEDENTES HISTÓRICOS

<b>DE DERECHO DE LA COMPETENCIA .....</b>	<b>1</b>
1.1 Derecho de la Competencia en Estados Unidos.....	1
1.2 Derecho de la Competencia en la Unión Europea .....	6
1.3 Legislación Española .....	8
1.4 Régimen Alemán.....	9
1.5 Legislación Anti monopólica Argentina.....	10
1.6 Derecho de la Competencia en la CAN.....	12
1.7 Desarrollo del Derecho de la Competencia en el Ecuador.....	13
1.8 Normas de la competencia en el Ecuador.....	17
1.9 Decreto 1614, procedimiento de análisis .....	18
1.10 Derecho de la Competencia en la Constitución Ecuatoriana .....	21

### CAPÍTULO II CONCEPTOS BÁSICOS

#### DE DERECHO DE COMPETENCIA Y

#### **POSICIÓN OMINANTE..... 26**

2.1 Que es la competencia y prácticas	
Anticompetitivas .....	21
2.1.1 Competencia perfecta .....	29
2.1.2 Clasificación de las prácticas anticompetitivas .....	29
2.1.3 Estructura Horizontales o Vertical de las practicas .....	30
2.1.3.1 Restricciones Horizontales.....	30
2.1.3.2 Restricciones Vertical.....	31
2.1.4 Practicas Anticonceptivas.....	33
2.1.4.1 Acuerdos colusorios y cartel, decisiones colectivas y prácticas concertadas .....	36

2.1.4.2	Abuso de Posición Dominante .....	34
2.1.4.3	Monopolio .....	35
2.2	Conductas que Constituyen Abuso de Posición Dominante y Forma de Determinarla .....	37
2.2.1	Conductas que Constituyen Abuso de Posición Dominante.....	37
2.2.2	Formas de determinar el mercado relevante.....	37
2.2.2.1	Delimitación del Mercado Relevante.....	37
2.2.2.2	Mercado del Producto Relevante.....	38
2.2.2.3	Análisis del Mercado Geográfico Relevante .....	41
2.2.2.4	El factor temporal.....	58
2.3	Definición de posición dominante, poder de mercado, abuso de posición dominante, abuso de poder de mercado y abuso de dependencia económica .....	44
2.3.1.	Poder de Mercado .....	44
2.3.2.	Posición Dominante.....	46
2.3.3	Diferencia entre Posición de Dominio y Poder de Mercado .	49
2.3.4.	Abuso de Posición Dominante .....	51
2.3.5	Abuso de Poder de Mercado.....	55
2.3.6	Abuso de dependencia económica .....	57

## **CAPITULO III DIFERENCIA ENTRE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE Y ABUSO DE DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL..... 61**

3.1	Abuso de derecho de propiedad intelectual en el derecho de la competencia .....	61
3.2	Autoridad llamada a resolver controversias en caso de abuso de posición dominante en el derecho de propiedad intelectual .....	68

3.3	Análisis de sentencias Dictadas por la Fiscalía Nacional Económica (Chile) y por el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Perú).....	69
3.4	Casos de Posición Dominante Ecuador .....	83
<b>CAPITULO IV</b>	.....	<b>90</b>
4.1	Conclusiones.....	90
4.2	Recomendaciones .....	91
	Bibliografía .....	92

## CAPITULO I

### 1.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

#### 1.1 Derecho de la Competencia en Estados Unidos.

Estados Unidos fue una de las primeras democracias en tener una legislación anti monopólica en el año de 1890, esta ley fue conocida como la **Ley Sherman Act**.<sup>1</sup> Previo a la existencia de esta ley hubo casos en el que los actos relacionados con los monopolios se resolvieron mediante el sistema *common law*, basándose en precedentes ingleses y americanos.<sup>2</sup>

Esta ley surgió de la lucha de los granjeros contra el abuso de las compañías ferroviarias y de la expansión de un sentimiento social contrario al enorme conglomerado de corporaciones que se formaban en aquel entonces denominados trust.<sup>3</sup>

La Sherman Act fue la primera ley americana y a nivel mundial que buscaba el mecanismo de controlar las prácticas anticompetitivas en los agentes económicos, mismas que fue inspirada en el liberalismo económico de fines del siglo XIX, partiendo de la concepción de que es posible alcanzar la competencia perfecta.<sup>4</sup>

Es una ley de carácter punitivo, es decir que en virtud de esta norma se podían aplicar sanciones que llegaban hasta la prisión y se deja abierta la posibilidad de exigir resarcimientos privados, tales como la indemnización de los daños ocasionados.

Según lo establecía el artículo 1° de la ley Sherman la ilegalidad de todos los acuerdos, contratos o agrupaciones de empresas que tiendan a restringir la

---

<sup>1</sup> MARTINEZ MEDRANO Gabriel, "Control e Monopolios de Defensa de la Competencia", 1era ed., Buenos Aires, Depalma, 2002 pag.27

<sup>2</sup> IBIDEM

<sup>3</sup> Winkipedia, Derecho de la Competencia (ojo copiar dirección URL)

<sup>4</sup> MARTINEZ MEDRANO Gabriel, "Control e Monopolios de Defensa de la Competencia", 1era ed., Buenos Aires, Depalma, 2002 pag.27

competencia en la industria o en el comercio - estos acuerdos no tendrían validez jurídica, es decir serían nulos-. Las personas naturales o jurídicas que participen de este tipo de acuerdos podrían ser sancionadas con multa y/o prisión, a más de la indemnización por daños y perjuicios ocasionados.<sup>5</sup>

Analizando esta norma podemos ver que la prohibición es de tres ámbitos: el convenio formal, la acción concertada y la maquinación propiamente dicha<sup>6</sup>, por un lado hay acuerdos y por otro lado la monopolización, condenando toda acción o intento de monopolizar cualquier sector de la industria o el comercio ya sea de forma individual o concertada. Las conductas ilícitas incluyen todo tipo de acción que lleve a la fijación de precios en el mercado o la exclusión de los competidores.<sup>7</sup>

Bajo esta norma es ilícita toda acción que monopolice o intente monopolizar cualquier rama de la industria o comercio, este tipo de actos son sancionados por multa y/o prisión. Por lo tanto no era necesario que se consuma la distorsión efectiva a la competencia, bastaba el hecho de la intencionalidad para que se ejecute la sanción, es decir se penará a quienes se pongan de acuerdo para monopolizar.<sup>8</sup>

Un aspecto importante de la legislación antimonopólica de los Estados Unidos, es la capacidad que tenían los particulares de presentar demandas por daños y perjuicios.<sup>9</sup>

Esta ley declara ilegal cualquier contrato, combinación en forma de trust o cualquier tipo de conspiración; así mismo castiga toda acción de tipo monopólica, que afecte el desarrollo eficiente de los mercados.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> MARTINEZ MEDRANO Gabriel, *“Control e Monopolios de Defensa de la Competencia”*, 1era ed., Buenos Aires, Depalma, 2002 pag.27

<sup>6</sup> Hermenegildo Baylos Corroza, *“Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial e intelectual. Derecho de Competencia económica. Disciplina de la Competencia desleal, 1978, Civitas, Madrid, p. 258*

<sup>7</sup> IBIDEM

<sup>8</sup> MARTINEZ MEDRANO Gabriel, *“Control e Monopolios de Defensa de la Competencia”*, 1era ed., Buenos Aires, Depalma, 2002 pag.28

<sup>9</sup> IBIDEM.

El acuerdo o contrato que se declara ilegal<sup>11</sup> es el que tiende a restringir la competencia, el acuerdo tendrá que ser anticompetitivo, independiente de la intención de quienes concurren a formarlo, es decir estamos frente al establecimiento de prácticas y acuerdos anticompetitivos de acuerdo al poder de mercado *per se*, es decir que lo que se investiga es la estructura del mercado y no la intención del agente o agentes. Pero también la Ley Sherman en su artículo dos investiga la intención de los agentes y los sanciona por considerarlos de naturaleza penal.

Toda aplicación de la ley se desarrollaba en sede judicial, no existía instancia administrativa, y que en la actualidad se maneja mediante sede administrativa.<sup>12</sup>

La Ley Sherman fue modificada mediante la Ley Clayton de 1914, en donde se establece:

- a) Prohibiciones de ciertas prácticas restrictivas a la competencia:
- Fijar precios discriminatorios, cuando el efecto sea la reducción sustancial de la competencia o la formación de un monopolio. No toda discriminación es sancionada, sino solo aquella que distorsione la competencia.
  - Contratos Restrictivos: Son los que tienen como finalidad la debilitación sustancial de la competencia.
  - Compañías “*holding*”: La Ley Clayton dispuso que “ninguna sociedad comercial puede adquirir directa o indirectamente todo o parte del capital de otra sociedad, cuando el efecto de tal adquisición sea el

---

<sup>10</sup> NAZAR ESPECHE Felix, “*Defensa de la Competencia*”, Buenos Aires, Depalma, 2002, pag. 8

<sup>11</sup> IBIDEM

<sup>12</sup> IBIDEM

debilitamiento sustancial de la competencia entre las sociedades cuyas acciones son adquiridas y la que realiza la adquisición” (Sección 4°).

b) Los medios legales para combatir las prácticas restrictivas:

- La ley fue aplicada por la Federal Trade Commission.
- Se aplicó la regla del triple daño, es decir, demandas de daños y perjuicios sobre actos derivados de actos contra la competencia, recobrando *tres veces los daños que haya sostenido*, las costas judiciales y un razonable honorario profesional
- Demandas interpuestas por el gobierno.
- Demandas de *injunctive relief*. Estas dos últimas son especies de interdictos que puede iniciar cualquier particular cuando exista amenaza de violación de leyes antitrust. Es una acción de naturaleza preventiva y de interés difuso o colectivo.

c) Disposiciones laborales:

- La Ley Clayton Act excluye a la fuerza de trabajo de la categoría de mercancías. La ley no se aplica a entidades sindicales que si quieren monopolizan la fuerza de trabajo.

La Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica, estableció el criterio de interpretación de la Ley Sherman, con lo que dio a conocer como la *rule o reason (regla de la razón)*. Esta regla de la razón, viene a contrarrestar el efecto negativo de la regla *per se*. Mediante la regla de la razón, la determinación de la ilicitud de la conducta queda determinada por la discrecionalidad judicial, en cambio, la regla *per se*, demostrados los extremos que hacen a la conducta enjuiciada, no es necesario indagar sobre los motivos, causas o efectos de la misma.<sup>13</sup>

En el año 1914 también se promulga la Ley de creación de la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Comision Act), que es la agencia especializada

---

<sup>13</sup> MARTINEZ MEDRANO Gabriel, “Control e Monopolios de Defensa de la Competencia”, 1era ed., Buenos Aires, Depalma, 2002 pag.27

en temas Antitrust.<sup>14</sup> Esta comisión contó con facultades para investigar y para impedir el empleo de medios ilegales de restricción de la competencia de mercado.

La Federal Trade Commissions tenía la facultad de aplicar directamente las demandas interpuestas de forma individual o por el Gobierno federal y estatal. Todo esto permitió el surgimiento de indemnizaciones y del accionar por parte de los afectados ante cualquier Corte Distrital de los Estados Unidos, según donde resida el agente económico causante de la práctica anticompetitiva y cobrando tres veces los daños ocasionado, las costas judiciales y un razonable honorario profesional.

En 1936 se dictó la Robinson Patman Act, ley destinada al control de la discriminación de precios.<sup>15</sup> Esta Ley no trata de la discriminación de precios desde el punto de vista del consumidor, sino que es un instrumento para prevenir que las cadenas y otros grandes *retailers* pueden obtener grandes descuentos de los productos que perjudiquen a los pequeños comercios (acuerdos verticales).

En esta ley se constituyen como ilegales dos tipos de discriminación de precios: a) diferencias de precios que no estén justificadas por una diferencia de costos y que tiendan a perjudicar a la competencia y 2) diferencias de precios que si bien justifican sus costos y no perjudican a la competencia, si son injustificadamente discriminatorias con los pequeños compradores.<sup>16</sup>

El 29 de diciembre de 1950 el Congreso expidió la Ley Celler Antimerger, la cual derogó las sección 7° de la Ley Clayton, ya que esta última había prohibido el entrecruzamiento de acciones entre sociedades (*holding*), pero la dinámica de los negocios había llevado a idear formas de asociación no alcanzadas por dichas normas, tales como fusiones, absorciones, etc. Con el

---

<sup>14</sup> EVE Rimoldi, "Derecho y Política de defensa de la competencia", La Ley, Buenos Aires, 2001, pag. 21

<sup>15</sup> NAZAR ESPECHE Felix, "Defensa de la Competencia", Buenos Aires, Depalma, 2002, pag. 8

<sup>16</sup> IBIDEM

fin de hacer eficaz a la norma la sección 7° quedó redactada así: “ninguna sociedad podrá adquirir directa o indirectamente todo o parte del capital social, o todo o parte de los bienes de otras sociedades, cuando el fin de esas adquisiciones sea disminuir la competencia o crear un monopolio”.

En 1976 el Congreso de los Estados Unidos, sancionó la Ley Scott-Hard-Rodino, también denominada Antitrust Improvements Act, la cual facilitó el control de las fusiones y adquisiciones mediante la creación de un sistema de notificación de las partes a la FTC cuando se involucren el movimiento de grandes capitales, previo a la concentración empresarial.

En 1990, el Congreso y la administración Reagan modificaron la legislación Antitrust, con el fin de permitir los acuerdos conjuntos de producción, lo cual sería una firme declaración de apoyo de la administración a la eficiencia y competitividad.<sup>17</sup>

La Ley Scott-Hart-Rodino fue modificada en diciembre de 2000, por medio de la cual se elevó la suma de las transacciones a cincuenta millones de dólares, es decir que solo las transacciones mayores a esa suma deben ser notificadas a la FTC.<sup>18</sup>

## **1.2.- Derecho de la Competencia en la Unión Europea**

El derecho de la Competencia tiene su otra vertiente en el nacimiento de la Comunidad Económica Europea, conocida actualmente como Unión Europea, a través del Tratado de Roma de 1957.<sup>19</sup>

En lo que al Derecho de la Competencia se refiere podemos decir que este Tratado fomenta el “*establecimiento de un mercado interior caracterizado por la*

---

<sup>17</sup> MARTINEZ MEDRANO Gabriel, “Control e Monopolios de Defensa de la Competencia”, 1era ed., Buenos Aires, Depalma, 2002 pag.35

<sup>18</sup> IBIDEM

<sup>19</sup> ALVARADO Fausto, “Tesis: La Situación Jurídico-Económica de la Libre Competencia en el Ecuador”, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2008.

*supresión entre los Estado Miembros de los Obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales” y el establecimiento de “un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior”.*<sup>20</sup>

*Los artículos que encierran las disposiciones básicas concernientes al Derecho de Competencia son el 85 y 86 del Tratado de Roma de 1957, que pasaron a ser los artículo 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 1999.*<sup>21</sup>

En su artículo 81 prohíbe “acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas, que afectando el comercio entre Estados tenga por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”. El artículo 82 en cambio establece la prohibición de “la explotación abusiva por parte de una o más empresas de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros”.<sup>22</sup>

La normativa comunitaria europea se complementa con varios Reglamentos dentro de los cuales se encuentra el Reglamento 17/1962, que se utiliza para poder llevar adelante los casos de competencia, en este reglamento se establecen los casos que deben pasar primero por una etapa de jurisdicción administrativa de la Comisión Europea y luego podrían ser apelados ante los Tribunales de la Unión Europea.

Las Leyes de competencia de los Países de la Unión Europea se caracterizan por seguir las pautas establecidas en la normativa comunitaria, la defensa de la

---

<sup>20</sup> Bellamy, Christopher, Chile y Gram., “Derecho de la competencia en el Mercado Común”, Ed. Española de Enric picañol, Civitas, Madrid, 1992, ps. 37 y 38

<sup>21</sup> Nazar . E. (2001) Defensa de la Competencia. Buenos aires. Depalma.

<sup>22</sup> MARTINEZ MEDRANO Gabriel, “Control e Monopolios de Defensa de la Competencia”, 1era ed., Buenos Aires, Depalma, 2002 pag.39

competencia goza de supremacía del derecho comunitario<sup>23</sup>, cuando se trata de conflictos entre países miembros, en este caso el procedimiento queda dentro de la jurisdicción de la Comisión Europea y fuera de las autoridades nacionales.<sup>24</sup>

### 1.3.- Legislación española

En España fueron desarrollados dos sistemas para determinar la existencia de conductas anticompetitivas.

El primer sistema se basaba en precisar la existencia de actos que por sí mismos conducen a esa restricción; el segundo sistema consideraba que hay situaciones en que los mismos actos no producen efectos perjudiciales. Dentro de este último se ubica la ley española de 1963.<sup>25</sup>

La mencionada ley prohibía las prácticas restrictivas que resultaban de acuerdos entre empresas y las denominadas prácticas abusivas. En el primer caso era necesaria la concertación de las empresas mientras que en el segundo la práctica restrictiva podía ser ejecutada por una sola empresa.

La ley española definía la posición dominante, como la de la empresa que, respecto de determinado mercado, resulta la única oferente o demandante de un producto o servicio, o cuando, sin ser la única, no estaba sometida con respecto a él a una competencia sustancial.

Ley española de defensa de la competencia de 1989, que sustituyó a la de 1963, establecía como conductas prohibidas a las que surgen de convenios entre empresas y las prácticas abusivas producto de la explotación de situaciones dominantes.

---

<sup>23</sup> Bellamy, Christopher, Chile y Gram., "Derecho de la competencia en el Mercado Común", Ed. Española de Enric picañol, Civitas, Madrid, 1992, ps. 37 y 38

<sup>24</sup> Bellamy, Christopher, Chile y Gram., "Derecho de la competencia en el Mercado Común", Ed. Española de Enric picañol, Civitas, Madrid, 1992, ps. 37 y 38

<sup>25</sup> NAZAR ESPECHE Felix, "Defensa de la Competencia", Buenos Aires, Depalma, 2002, pag. 12

#### 1.4.- Régimen Alemán

El objeto de la legislación anti monopolística alemana era el control de los carteles, considerados en ese país como vínculos asociativos con el fin de repartir los mercados y fijar en común los precios.<sup>26</sup>

En 1923 se reglamentó la prohibición del abuso de las posiciones dominantes, que concluían en la nulidad de los acuerdos en forma de cartel.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, se reglamenta la Ley de 1957 que constaba de las siguientes partes:

- Limitaciones a la competencia;
- Infracciones;
- Órganos administrativos;
- Procedimiento;
- Ámbito de aplicación de la ley;
- Normas transitorias y finales;

En materia de restricción a la Competencia se distinguen las siguientes:

- Los contratos y acuerdos de cartel;
- El abuso de las posiciones dominantes en el mercado;
- Las uniones de empresas; y
- Las conductas restrictivas y discriminatorias.

Los actos de abuso de posición dominante se configuran con la concertación para la elevación de precios o la imposición de determinadas condiciones comerciales en el mercado y la realización de contratos con la obligación del otro contratante de aceptar las mercancías o servicios.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> IBIDEM

<sup>27</sup> IBIDEM

### 1.5.- Legislación antimonopólica en Argentina

En Argentina rigieron sucesivamente las leyes 11.210, 12.906 y 22.262 modificada por el dec. 2284/1991.

La ley 11.210 establecía: *“Declárese delito todo convenio, pacto, combinación, amalgama o fusión de capitales tendientes a establecer o sostener el monopolio y lucrar con él, en uno o más ramos de las producción, del tráfico terrestre, fluvial o marítimo, o del comercio interior o exterior, en una localidad o en varias, o en todo el territorio nacional”*.

En esta ley se instauraba un catálogo de conductas consideradas punibles, sancionadas con pena de multa y prisión de 1 a 3 años. Se penaba tanto a los actores de los actos punibles como a los cómplices del mismo.

Esta legislación fue modificada por la Ley 12.906, misma que tiene como fuente directa la ley Sherman Act de los EE.UU, y fue caracterizada por una ley penal, en la cual se establecen las penas de prisión de 1 a 6 años y multa, pudiendo aplicarse conjuntamente en caso de reincidencia.

La competencia para la aplicación de la ley, la tenían los jueces federales.

Las leyes 11.210 y 12.906 no tuvieron gran aplicación debido a la realidad económica argentina y la gran intervención del Estado en la economía.

La Ley 22. 262, sigue los mismo pasos de las normativas anteriores, es considerada como una ley penal, tal es el caso que se remite como norma supletoria a la ley penal y del proceso penal.

Esta norma acoge el principio de control, se parte de un supuesto de competencia imperfecta, y es por ello que no se castiga al monopolio *per se*,

sino que se utiliza la defensa de la competencia como un instrumento para promover el bienestar general.

Los bienes jurídicos protegidos por la norma son: el mercado y el interés económico general. De su articulado se puede extraer los siguientes principios generales: No se pena el monopolio en sí mismo; no se impide la formación o concentración del poder económico; no son punibles las fusiones en busca de eficiencia; la ley no protege al competidor en particular, lo que protege es la competencia en abstracto.<sup>28</sup>

La sanción de la ley 25.156 estructura una nueva visión en la interpretación de la naturaleza jurídica de la legislación antitrust en Argentina.

Esta ley despenaliza el derecho de la competencia, incorporando sus normas al derecho comercial.

La ley 25.156 enumera diferentes conductas consideradas como anticompetitivas, pero en relación a la ley 22.262, no las señala como delitos, sino como prácticas restrictivas a la libre competencia.

Las sanciones previstas son: órdenes de cesar los actos o conductas previstas, remoción de efectos y multas civiles que se miden en relación al daño causado y los beneficios recibidos, entre otros parámetros.

Se establece el control de fusiones y concentraciones empresariales.

La ley dispone su aplicación extraterritorial siempre que los actos realizados en el extranjero tengan su efecto en el territorio nacional.

---

<sup>28</sup> MARTINEZ MEDRANO Gabriel, *“Control e Monopolios de Defensa de la Competencia”*, 1era ed., Buenos Aires, Depalma, 2002 pag.46

Se crea un tribunal administrativo independiente con la facultad de imponer sanciones por sí solo.<sup>29</sup>

## 1.6 Derecho de Competencia en la CAN

La política de competencia en la Región Andina surgió como una respuesta a la corriente de liberalización de los mercados y las medidas económicas tomadas a principio de la década de los noventa en los países de la región. Así mismo, fue el resultado de la tendencia que se impuso dentro de la región de poner en marcha un “Regionalismo Abierto”.<sup>30</sup>

Con la Decisión 285 expedida en 1991 se pretendió contrarrestar aquellos actos anticompetitivos que no estuvieran relacionados con el *antidumping* y tomó como modelo las normas de la Comunidad Europea para prevenir este tipo de prácticas.

La presente Decisión sufría grandes deficiencias conceptuales que también impidieron su desarrollo y que dejó en vacío la aplicación de la política de la competencia en la región andina por más de ocho años.

La promulgación de la Decisión 608, sustituye íntegramente a la Decisión 285 y rige desde su publicación el 4 de abril de 2005.

El artículo 5º establece el ámbito de aplicación de la Decisión al determinar que son objeto de la decisión aquellas conductas practicadas en:

*“a) El territorio de uno o más países miembros y cuyos efectos se produzcan en uno o más países miembros.”*<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> NAZAR ESPECHE Felix, *“Defensa de la Competencia”*, Buenos Aires, Depalma, 2002, pag. 4

<sup>30</sup> FAYIDO REYES Carolina, Tesis: *El Derecho de la Competencia en América Latina y El Caribe*, Universidad Javeriana, Bogotá, 2006

<sup>31</sup> Decisión 608 de la Comunidad Andina, Art. 5

De igual forma establece cuales son las conductas restrictivas a la libre competencia dentro de los cuales de los cuales se encuentran los acuerdos y abuso de posición dominante en el mercado.<sup>32</sup>

Así mismo, la presente decisión establece cual es el procedimiento de sanción, las medidas correctivas podrán consistir, entre otras, en el cese de la práctica, imposición de condiciones o multas al infractor.<sup>33</sup>

Esta decisión entra en vigencia para países como Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.<sup>34</sup>

Una vez publicada la Decisión 616 el Ecuador entra en vigencia lo dispuesto en la Decisión 608 de la CAN, derogándose la frase del artículo 51 que dice: *“...; y, para Ecuador, a los dos años calendarios siguientes o, si antes de este último período se aprobase la ley nacional de competencia de este país, en la fecha de la publicación de dicha norma nacional en el Registro Oficial de Ecuador.”*

## **1.7 EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ECUADOR**

La legislación ecuatoriana, a pesar de varios intentos no cuenta con una ley de competencia, pero a lo largo de los años se han dictado cuerpos legales que dentro de su articulado han introducido normas específicas tratando de regular la competencia en el Ecuador.

Aun cuando algunas leyes y la Constitución Política de 1998 se encuentran derogadas, considero importante citarlas para analizar el desarrollo del Derecho de la Competencia en el Ecuador.

---

<sup>32</sup> Decisión 608 de la CAN, Capítulo III, sobre las conductas restrictivas a la libre competencia.

<sup>33</sup> Decisión 608 de la CAN, art. 34.

<sup>34</sup> Decisión 608 de la CAN, art. 50.

- **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (derogada)**

“Art. 244.- Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: 1. Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizarán la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones. (...)3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen”.

- **LEY DE COMERCIO EXTERIOR E INVERSIONES (Derogada)**

“Art. 6.- Se prohíbe cualquier práctica o disposición administrativa o económica que limite la libre competencia o impida el desarrollo del comercio externo e interno y la producción de bienes y servicios, sin perjuicio de las prohibiciones o limitaciones que se impongan de manera excepcional, en virtud de la dispuesto en el literal i) del artículo 12 de esta Ley y en el artículo 63 de la Ley de Régimen Monetaria y Banco del Estado. No obstante, podrán aplicarse medidas correctivas en los casos contemplados en la normativa de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Art. 7.- El Estado dentro de las normas de la Constitución y de los acuerdos internacionales que sean suscritos y aprobados, garantizará la libre competencia en los servicios de transporte internacional de pasajeros y carga y contribuirá a su eficiencia con acciones que faciliten su desarrollo”.

- **LEY DE HIDROCARBUROS (R eforma Registro Oficial No. S-144 1 8 de agosto de 2000)**

“Art. 31.- En el capítulo I, Disposiciones fundamentales, agréguese el siguiente artículo:

“Art 1-A.- En todas las actividades de hidrocarburos, prohíbanse prácticas o regulaciones que impidan o distorsionen la libre competencia, por parte del sector privado o público. Prohíbase también prácticas o acciones que pretendan el desabastecimiento deliberado del mercado interno de hidrocarburos”.

- **LEY DE REGIMEN DEL SECTOR ELÉCTRICO (Registro Oficial No. S-43 10 de octubre de 1996)**

“Art. 13.- Funciones y facultades.- El CONELEC tendrá las siguientes funciones y facultades:

g) Dictar las regulaciones que impidan las prácticas que atenten contra la libre competencia en el sector eléctrico, y signifiquen concentración de mercado en desmedro de los intereses de los consumidores y de la colectividad, según el artículo 38 de esta Ley”.

- **LEY GENERAL DE SEGUROS (Registro Oficial No. 403 23 de Noviembre de 2003)**

“Art. 75.- Las condiciones de las pólizas y las tarifas serán el resultado del régimen de libre competencia en el mercado de seguro”.

- **LEY PARA LA TRANSFORMACIÓN ECONÓMICA DEL ECUADOR (TROLE1) (Registro Oficial No. S-34 13 de marzo de 2000) que reforma a la Ley del Régimen del Sector Eléctrico.**

“Art. 54.- Agréguese luego del segundo inciso del artículo 38 el siguiente:

El organismo de regulación deberá velar por que no se realicen prácticas que atenten contra la libre competencia en perjuicio de los usuarios, para cuyo efecto podrá iniciar las acciones judiciales a que hubiere lugar. De la misma manera, el CONELEC determinará los mecanismos de reclamación que correspondan a fin de brindar una protección efectiva a los legítimos derechos de los consumidores.

- **LEY REFORMATORIA A LA LEY ESPECIAL DE TELECOMUNICACIONES (Derogado)**

“Art. 12.- El artículo 35 dirá:

Las funciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones son:

(...) g) Controlar que el mercado de las Telecomunicaciones se desarrolle en un marco de libre competencia, con las excepciones señaladas en esta Ley;(...)”

- **LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO (Registro Oficial No. 349 31 de diciembre de 1993)**

“Art. 1.- Objeto.- La presente Ley tiene por objeto establecer los principios y normas generales para regular:

(...) c) La prestación de servicios públicos y las actividades económicas por parte de la iniciativa privada mediante la desmonopolización, la libre competencia. (...)”

- **LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO (Registro Oficial No. 250 del 23 de enero de 2001)**

“**Art. ...(1)** Se prohíbe que las instituciones del sistema financiero, ya por decisiones individual o colectivamente concertadas, fijen precios o impidan, restrinjan o distorsionen la libre competencia dentro del sistema financiero.

El Superintendente de Bancos y Seguros, respetando el debido proceso, iniciará de oficio o a petición de parte, los procedimientos necesarios para suspender las prácticas anticompetitivas que observe en el sistema financiero.”

NOTA.- Artículo incluido por el artículo 6 de la Ley No. 2007-81 “Ley de Regulación del Costo Máximo Efectivo del Crédito”, publicada en el Registro Oficial 135 de 26 de julio del 2007.

## 1.8 Normas de competencia en el Ecuador

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1614, se dictan lineamientos de aplicación de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, estos procedimientos los estudiaremos más adelante junto con los principios que recoge la actual constitución.

El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, expedido en el registro oficial suplemento 351 del 29 de diciembre de 2010, propugna en forma clara que se considerará como deber del Estado fomentar la igualdad de condiciones y oportunidades en el mercado, al igual que la transparencia y eficiencia en los mercados internacionales, de igual forma podrá prevenir el daño o posible daño derivado de prácticas desleales de dumping y subvenciones.

El 11 de agosto de 2011, fue presentado por el ejecutivo el Proyecto de Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, calificado con el carácter de urgente en materia económica, proyecto que tiene como objeto evitar, prevenir, corregir y sancionar el abuso del poder de mercado: la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas, concentración económica, prácticas desleales.

Dentro de este proyecto se desarrollan conceptos tales como: mercado relevante, poder de mercado, determinación del poder de mercado, abuso de poder de mercado, abuso de situación de dependencia económica, acuerdos y prácticas restrictivas, concentración económica y prácticas desleales.

Dentro del presente proyecto es admisible el incluir restricciones a la competencia mediante Decreto, lo que significa que el Decreto Ejecutivo a discrecionalidad del Ejecutivo tendría primacía, quebrantando el principio de jerarquía de la Ley.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> Proyecto de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, art. 26.

Se crea la Superintendencia de Control y Poder de Mercado, otorgándole facultades de prevención, investigación, juzgamiento corrección, sanción y eliminación del poder de mercado y demás conductas consideradas como anticompetitivas<sup>36</sup>

### **1.9 Decreto 1614, procedimiento de análisis**

El 27 de marzo de 2009, se publicó en el Registro Oficial No. 558, el Decreto 1614, en el cual se establecen las normas necesarias para la aplicación de la Decisión 608 de la Comunidad Andina en el Ecuador. Dentro de la cual se designa como autoridad de aplicación de la Decisión 608 de la CAN, al Ministerio de Industrias y Productividad y como autoridad investigadora a la Subsecretaria de la Competencia, entregándole a esta autoridad (MIPRO) facultades sancionadoras por medio de un decreto.

El Subsecretario de Competencia será el representante de la autoridad nacional en materia de libre competencia para que conforme el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia.

Para resolver sobre el cometimiento infracciones a las normas de la competencia, la investigación podrá iniciarse:

- a) De oficio;
- b) A solicitud de otro órgano administrativo; y,
- c) Por solicitud formulada por el agraviado; o, por cualquier persona natural o jurídica, que se sienta perjudicada.<sup>37</sup>

Toda solicitud se presentará por escrito. El Subsecretario de la Competencia podrá decidir no iniciar el procedimiento y disponer el archivo de las

---

<sup>36</sup> Proyecto de Ley Orgánica de Regulación y control de poder de mercado, art. 35.

<sup>37</sup> Decreto Ejecutivo 1614, Registro Oficial 558 del 27 de marzo de 2009, art. 3

actuaciones, cuando considere de manera motivada que no hay indicios de infracción, o cuando la afectación al mercado es insignificante

El Subsecretario de la Competencia, antes de abrir el expediente o cualquier instancia del procedimiento, podrá requerir los informes o documentos que estime relevantes para realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan con los casos de que se trate. Esta documentación puede ser calificada de confidencial.

Cumplidas las actuaciones previstas en la norma del artículo 15 de la Decisión 608, en lo que fuere pertinente, cuando se requiera informes se los solicitará a la autoridad u órgano que deba proporcionarlos, los que deberán remitirse en un plazo máximo de veinte días.

Ningún procedimiento administrativo podrá suspenderse por falta de informes. Esta omisión acarreará las responsabilidades personales de quien estaba obligado de informar y no lo hizo oportunamente.

El Subsecretario de la Competencia en cualquier momento, ya sea de oficio o a petición de los interesados que demuestren su interés legítimo y la inminencia del daño, podrá ordenar las medidas cautelares previstas por la Decisión 608.

En caso de que el solicitante fuere quien pidiera la adopción de estas medidas, el Subsecretario de Competencia podrá exigir que rinda caución de temeridad.

Si la autoridad procediera al otorgamiento de medidas cautelares, el afectado podrá solicitar que se las deje sin efecto, previo al otorgamiento de una caución para responder por los resultados del procedimiento.

Una vez admitida a trámite la solicitud, el Subsecretario de la Competencia efectuará todas las investigaciones necesarias a fin de conocer y establecer la existencia de la supuesta infracción.

Los resultados de esta investigación contarán en informes por escrito, dentro de los 90 días hábiles señalados en el artículo 17 de la Decisión 608. En este mismo plazo las partes podrán ejercer su derecho de legítima defensa, y el presunto responsable contestará acompañando toda la prueba de descargo de la que se creyere asistido.

Vencido el plazo de los 90 días hábiles y según el artículo 19 de la Decisión 608 de la CAN, el Subsecretario dispondrá de 45 días hábiles, para realizar sus propias determinaciones.

Dentro de este plazo de 45 días las partes podrán alegar en audiencia oral y pública, y en ella podrán presentar nuevas pruebas de cargo y de descargo.

Vencido el plazo de los 45 días extraordinarios, en caso de haber sido otorgados, la Subsecretaria de la Competencia contará con un plazo de diez días hábiles para elaborar el informe sobre los resultados de la investigación.

Las partes tendrán un plazo de 15 días hábiles para presentar sus alegatos escritos.

Para analizar el informe y los alegatos presentados, el Subsecretario de la Competencia, invitará al Ministro de Industrias y Productividad a una reunión dentro de los cinco días siguientes a la remisión del informe. Estas dos autoridades deberán reunirse dentro de los veinte días hábiles siguientes a la invitación.

El Subsecretario de la Competencia hará llegar su informe luego de la reunión al Ministro de Industrias y Productividad y hasta un máximo de 30 días hábiles desde la fecha de la convocatoria al Ministro de Industrias y Productividad.

Vencido el plazo señalado en la letra anterior, el señor Ministro de Industrias y productividad emitirá su resolución motivada sobre el mérito del expediente, dentro de los diez días hábiles siguientes.

Si el asunto conocido y tratado pudiere afectar de algún modo el interés público, inclusive en caso de desistimiento expreso por parte del solicitante, las investigaciones se seguirán de oficio, hasta que se dicte la resolución pertinente.

## **1.10 EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA.**

La Constitución ecuatoriana establece que el sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre la sociedad, estado y mercado, el cual tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de esas condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.<sup>38</sup>

Lo que se busca con este sistema económico es reconocer las distintas formas de producción y de trabajo, promover la transformación de la estructura económica primario exportadora, las formas de acumulación de riqueza y la distribución equitativa de los beneficios del desarrollo.<sup>39</sup>

El mercado no es el fin en sí mismo, ya que reconoce al ser humano como sujeto y fin, el mercado se transforma en un mecanismo que debe integrarse y ser funcional con otros principios y objetivos sociales y políticos, que el artículo 284 de la Constitución determina.

Los objetivos de la política económica son el asegurar una adecuada distribución del ingreso y la riqueza nacional; incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémica, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y estabilidad económica.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Constitución 2008, art. 283

<sup>39</sup> Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, registro oficial 306 del 22 de octubre de 2010.

<sup>40</sup> Constitución 2008, art. 284.

Corresponde al Estado promover el acceso equitativo a los factores de producción, evitando la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, la redistribución y supresión de privilegios o desigualdades en el acceso a ellos.<sup>41</sup>

La Constitución promueve y protege el mercado y la competencia tanto como institución, ya que considera como parte de su política comercial, evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado<sup>42</sup> como en la forma de derechos de libertad de competencia, garantizando la posibilidad de desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva y la libertad de contratación.<sup>43</sup>

El sistema económico social y solidario obliga al Estado a intervenir en la medida de lo necesario para el logro de ciertos objetivos sociales que posibiliten el buen vivir. El estado protege a los agentes económicos y los consumidores de prácticas monopólicas y carteles, y desarrolla ciertas políticas redistributivas, como las de carácter fiscal y social, encaminadas a lograr mayor equidad.<sup>44</sup>

Según el artículo 85 de la Constitución se establece que las políticas públicas respecto de la prestación de bienes y servicios, harán efectivos el buen vivir y todos los derechos, basados en el principio de solidaridad, postulado que resulta difícil de concretar al no existir normas de competencia que lo sostengan.

La idea de una política de competencia tiene grandes beneficios para economías como la nuestra, ya que se alcanzaría el desarrollo de pequeñas y medianas empresas y de todos quienes formen parte de la cadena productiva,

---

<sup>41</sup> Constitución 2008, art. 334 numeral 1

<sup>42</sup> Constitución 2008, art. 304 numeral 6

<sup>43</sup> Constitución 2008, art. 66 numerales 14 y 15

<sup>44</sup> Constitución 2008, art. 335 numeral 2

sin dejar a un lado la inversión extranjera que se convierte en el motor que impulsaría el crecimiento nacional.

La creación de una Ley de Competencia para el Ecuador debería ir de la mano con la normativa internacional (CAN) y acorde a la realidad y necesidades del país.

La función de la política de competencia es velar para que el comportamiento de los agentes económicos no distorsione el mercado en perjuicio de los propios agentes u operadores económicos y sobre todo de los consumidores y consumidoras. De esta manera se pretende garantizar el acceso efectivo al mercado, evitar restricciones por parte de ciertos agentes económicos y procurar la eliminación de medidas gubernamentales que estructuren conductas anticompetitivas.

El Estado ecuatoriano debería impulsar y velar por el comercio justo, por establecer mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica o acuerdo anticompetitivo sea público o privado, así como el abuso de la posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal. Lo que da como resultado que en la Constitución ecuatoriana se recogen los principios fundamentales que propugnan y promueven la relación dinámica y equilibrada en entre el estado, sociedad y mercado, mediante un marco normativo (ley de competencia) que promueva el desarrollo del buen vivir.

No se puede dejar de analizar que si bien es cierto que la Constitución acepta la intervención estatal, esta se debe realizar de forma moderada, ya que el abuso por parte del Estado en el manejo del mercado y la expedición de políticas económicas, puede traer como consecuencia la aparición de conductas anticompetitivas, producto de la desmesurada intervención estatal, que en lugar de proteger la competencia efectiva, motiva la aparición de prácticas restrictivas de la libre competencia.

El célebre autor argentino Roberto Dromi, señala: *“el mercado es una institución compleja, que surge como resultado de la interacción de los individuos. En otras palabras, el mercado más que un resultado automático del juego de variables económicas, es una construcción social. Lo dicho trae aparejada la dificultad de crear un mercado por Ley; la solución consiste en construir un mercado actuando sobre las instituciones colectivas y permitiendo la participación efectiva de la mayoría de los sujetos. Y es en este marco en el que la regulación del régimen de defensa de la competencia adquiere importancia. La iniciativa de construir modifica la relación entre el Estado y la economía y requiere una administración pública con capacidad para orientar y garantizar las elecciones realizadas por los agentes económicos y controlar el funcionamiento del mercado evitando la formación de monopolios que distorsionan la realidad del mercado. Lo dicho reafirma las nuevas misiones del Estado relocalizado luego de los procesos de reforma estatal y constitucional. El Estado Contemporáneo debe ser orientador en el sentido de ejercer la conducción de la política de la sociedad para lograr el bien común, fiscalizador para compatibilizar y armonizar los derechos e intereses de la comunidad, y regulador ajustando el desenvolvimiento de los grupos sociales a principios y reglas ordenadoras”*.<sup>45</sup>

De esta forma podemos concluir que el Estado debe limitar su intervención a la orientación, fiscalización y protección, actuando directamente como agente económico sólo en situaciones muy específicas.

El ordenamiento legal debe prevenir los abusos y las distorsiones a fin de que realmente exista competencia (efectiva). Este ordenamiento debe facilitar que las empresas ingresen libremente al mercado y que se mantengan en el mismo producto de su eficiencia; y que su salida se deba a su ineficiencia y no a la acciones de terceros que las expulsen del mercado mediante maniobras contrarias a la competencia, y la lealtad propias de un mercado regulado y

---

<sup>45</sup> ANDRADE UBIDIA Santiago, *“Hace falta una ley que promocióne y proteja la competencia económica, Juris Dictio, Universidad San Francisco, Quito, revista No. 4.*

controlado de manera eficiente a través de una autoridad que nace de la normativa de competencia.

## CAPITULO II

### 2. Conceptos básicos de derecho de Competencia y la Posición Dominante

#### 2.1. Que es la competencia y prácticas anticompetitivas

La competencia es un proceso que obliga a las empresas a ser receptivas a las necesidades de los consumidores en materia de precio, calidad, variedad, etc.; con el tiempo también actúa como mecanismo de selección o eliminación “natural”, de manera que las empresas más eficientes reemplazan a las menos eficientes. Por lo tanto, la competencia es un elemento clave para la promoción de una economía con un mayor crecimiento, orientada al consumidor y más competitiva.<sup>46</sup>

En el mercado, la competencia constituye un estado sobre el cual deben ser analizados la oferta y demanda, conjuntamente con sus distorsiones o fallas más conocidas, como por ejemplo, el monopolio.

Todo oferente desea contar con el mayor número de consumidores, sean estos intermedios o finales. La competencia es considerada como parte del desarrollo normal del mercado, no se encuadra a ésta como un hecho ilícito, ya que sus conductas no caen dentro de actuaciones anticompetitivas que distorsionan el desenvolvimiento normal del mercado.

La pretensión del vendedor de atraer el mayor número de compradores, tiende a caer en su mayor número de veces, en conflictos relacionados con las reducidas posibilidades de compra de los adquirentes, motivo por el cual todos aquellos que concurren al mercado se sienten tentados por caer en prácticas – anticompetitivas- que hacen necesario el accionar o intervención del Estado a

---

<sup>46</sup> REY/GUAL/HELLWIG/PERROT/POLO/SCHMIDT/STENBACK, *“Una Noción del Abuso, Enfoque económico del art. 82”*, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2006, p. 100.

través de la normativa y autoridad que defienda la competencia y en su momento elimine y sanciones tales prácticas o acuerdos anticompetitivos<sup>47</sup>.

No hay nada más importante en el mercado por parte del agente u operador económico, que tratar de llegar al mayor número de clientes posibles, con productos que alcancen la mejor calidad y los mejores precios, dentro de un determinado mercado geográfico en el cual va a ofrecer sus bienes similares o idénticos a los de otros competidores.<sup>48</sup>

Desde el punto de vista de los oferentes de bienes o servicios, la competencia se desarrolla dentro de un mercado sano, con una oferta sin distorsiones que pueda afectarla. El derecho incursiona en la economía mediante las normas de competencia que tienen como objetivo la defensa de la libre concurrencia de los agentes u operadores económicos al mercado por medio de disposiciones que eliminen sus fallas o vicios que la afecten.

Las reglas de la competencia se dirigen contra las acciones emprendidas por empresas que buscan influenciar directamente el mercado de manera anticompetitiva así como para establecer un marco regulatorio adecuado para el funcionamiento correcto del mercado.

La competencia económica, se da cuando las pretensiones de varios oferentes no pueden tener éxito al mismo tiempo, ya que los clientes dentro de la amplia gama de ofertas, al final se deciden por aquel que satisfaga de mejor forma sus necesidades y cumpla con los requisitos de mayor cantidad y mejor precio.

De esta forma, las empresas que son rivales dentro del mercado, esperan que la competencia se desarrolle de una forma leal. La operación exitosa de una empresa, constituye una oportunidad perdida para el resto de agentes u operadores económicos. En virtud de lo cual algunas empresas toman medidas

---

<sup>47</sup> GUITIERREZ Inmaculada y PADILLA Jorge, *“Una racionalización económica del concepto de posición dominante”*, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2006, p. 15.

<sup>48</sup> ESPECHE Nazar, *“Defensa de la Competencia”*, Ed. Depalma, 2001, Buenos Aires. Pag. 17

–unas veces legítimas y otras ilegítimas- mediante las cuales tratan de eliminar a sus competidores, para de esta forma no perder la oportunidad de llegar con sus productos a los consumidores en el mercado.

El buen competidor obtiene la clientela de otros mediante competencia sana, es decir haciendo más eficiente su producción, para de esta forma poder incrementar la calidad en sus productos y abaratar el costo final de los mismos, en razón de lo cual podemos decir que no existe competencia ilícita por el solo hecho de ganar el cliente de la competencia. Se cae en temas de ilicitud cuando para conseguir la clientela de los otros operadores económicos se emplea medios ilícitos, moralmente reprobables.

La competencia, se la entiende como la pugna por conquistar el mercado del modo que prevalezca la eficiencia, constituye el mejor medio para lograr que los agentes u operadores económicos utilicen de modo eficiente sus recursos productivos, reduzcan progresivamente sus costes para conseguir mayores cuotas de mercado y desarrollen la inventiva para captar nuevos clientes y de esta manera ampliar o mejorar su participación en dicho mercado.

El impulso a la competencia acrecienta la eficacia del sistema de economía, al conseguir que los recursos productivos se asignen de la mejor forma, que solo sobrevivan los agentes económicos más eficientes y que los consumidores tengan a su alcance más y mejores productos y servicios a un menor precio, lo que amplía para los consumidores en general una mayor capacidad de elección y de satisfacción.

Este tipo de postulados nos llevaría a hablar de una competencia efectiva y eficiente, que según Baylos Corroza se entiende como una libre elección del consumidor, sin mediatizaciones que la desnaturalicen o fuercen y que entre mas supeditada a las exigencias del mercado y a la actuación de los otros competidores aparezca, más pura será la competencia que se desarrolle dentro del mercado relevante.

En lo que al precio concierne, el régimen de la competencia consiste en que se mantenga en un punto de equilibrio entre la oferta y la demanda.

### **2.1.1. Competencia Perfecta**

Existe competencia perfecta cuando en un mercado existen muchos compradores y vendedores sin que ninguna de las partes tenga influencia sobre el precio. En ese mercado perfectamente competitivo, tomados el comprador y el vendedor individualmente, no tienen que tomar decisiones sobre a qué precio van a comprar o a vender sus productos, porque son precio aceptantes, es decir, el precio es fijado por el mercado.

Pero esta competencia perfecta se destaca por su inexistencia, puesto que en el mercado existen fallas, tales como la presencia de externalidades, problemas de información, derechos no definidos, y otras situaciones semejantes que no permiten la eficiente asignación de recursos abogada por el modelo de competencia perfecta, que es más una concepción ideal (abstracta) sin correspondencia práctica posible, pues en la realidad sabemos que esta “perfección” no existe por las situaciones antes señaladas.

### **2.1.2. Clasificación de las prácticas anticompetitivas**

Las prácticas anticompetitivas son *“aquellas conductas emprendidas por una firma, en un mercado determinado, que por sí mismas o conjuntamente con la conducta de otros agentes asociados con ella, causan o tienen la posibilidad de causar efectos de restricción, distorsión o prevención de la competencia a nivel de producción, distribución o adquisición de bienes”*.<sup>49</sup>

Para comprender la estructura anticompetitiva de los mercados, es necesario explicar someramente la organización industrial relacionada directamente con

---

<sup>49</sup> ANDRADE UBIDIA Santiago, *“Hace falta una ley que promocióne y proteja la competencia económica, Juris Dictio, Universidad San Francisco, Quito, revista No. 4.*

estos mercados. El proceso productivo cuenta con una serie de etapas que permiten la transformación de insumos y factores de producción en productos terminados. Las empresas interactúan en los diversos niveles de la organización industrial.

### **2.1.3. Estructura horizontal o vertical de las prácticas restrictivas de la competencia**

Dependiendo de la intención de la empresa de cooperar o competir en el mercado, o a su vez intentar aplicar condiciones monopolísticas, y en caso de que esta empresa goce de suficiente poder económico, puede intentar imponer sus condiciones unilaterales a clientes y consumidores, tratar de concertarse con otros competidores y así obtener aún más poder de mercado, también puede trabajar para desplazar ilegalmente a sus competidores del mercado y de esa forma lograr imponer precios abusivos.

Y es en este orden de ideas que existen dos tipos de prácticas restrictivas que a continuación se enumeran y detallan:

#### **2.1.3.1 Restricciones Horizontales**

Se da entre las empresas que se encuentran en el mismo nivel de la cadena de producción, esto quiere decir que se dedican en general al mismo tipo de actividades; sin embargo, están prohibidos solo aquellos acuerdos de carácter horizontal que impiden, restringen, limiten, eliminen o distorsionen la competencia, tales como:

- La fijación concertada de precios u otras condiciones de venta: Esta fijación puede presentarse en cualquier escalón de la cadena de producción y distribución. Puede consistir en convenios sobre precios de los productos primarios, los insumos intermedios o los productos acabados.

- Las licitaciones colusorias: Estas prácticas son anticompetitivas pues se oponen a la finalidad misma de la convocatoria de licitación, que es la adquisición de bienes o servicios a los precios y a las condiciones más favorables.
- El reparto de mercados o de la clientela: Esto implica la asignación a determinadas empresas de determinados clientes o mercados para los productos o servicios de que se trata y de esta manera no competir en dichos mercados.
- La restricción de producción o ventas, en particular por medio de cuotas: Tales restricciones se aplican a menudo a los sectores donde hay una capacidad excedente o donde el objetivo es el alza de precios.
- Las negativas concertadas a tratar o negociar, que pueden incluir negativas a adquirir o a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios: Estos son uno de los medios más utilizados para obligar a los que son miembros de un grupo a que sigan la línea de conducta trazada.
- La denegación colectiva injustificada de partición de un acuerdo, o de admisión en una asociación, que sea decisiva para la competencia: Este tipo de asociaciones suelen contar con un tipo de requisitos de admisión, que pueden redactarse de modo que eliminen cierto tipo de competidores<sup>50</sup>.

### **2.1.3.2 Restricciones verticales**

Pueden realizarse entre agentes u operadores económicos situados en fases distintas de los procesos o estados de producción y distribución. La diferencia

---

<sup>50</sup> ANDRADE UBIDIA Santiago, "Hace falta una ley que promocióne y proteja la competencia económica, *Juris Dictio*, Universidad San Francisco, Quito, revista No. 4. Pag. 105.

con los acuerdos horizontales, es que los participantes en los acuerdos verticales no son competidores entre sí.

Suelen citarse como prácticas o acuerdos restrictivos verticales los siguientes:

- Fijación de precios predatorios: Este tipo de conductas lo que hacen es establecer precios por debajo del costo para de esta forma eliminar a los competidores, a fin de mantener o consolidar una posición de dominio, equivale al dumping en el comercio internacional.
- Fijación discriminatoria de precios: Se da de forma injustificadamente diferenciada de los precios o de las modalidades o suministro o la compra de bienes o servicios. Esta abarca una variedad heterogénea de prácticas, que tienen en común el hecho de que la empresa dominante aplica a las mismas prestaciones condiciones económicas distintas en función de los clientes, esto cae en la discriminación.
- Imposición de precios de reventa de los productos: Con este tipo de conducta se limita la independencia económica del distribuidor y por lo tanto su capacidad para competir.
- Acuerdos de exclusividad: Se define como la práctica comercial en virtud de la cual una empresa recibe los derechos exclusivos, en muchos casos dentro de un territorio determinado, para la compra, venta, o reventa de bienes o servicios.
- Ventas condicionadas o vinculadas: Los acuerdos de venta condicionada se imponen normalmente para la promoción de los productos más difíciles de vender. Consiste en la subordinación del suministro de determinados bienes o de la prestación de determinados servicios a la

compra de otros bienes o servicios del proveedor o de la persona designada por este.<sup>51</sup>

#### **2.1.4. Prácticas Anticompetitivas**

Si bien es cierto las prácticas anticompetitivas se diferencian entre horizontales y verticales, existen otro tipo de clasificaciones que se organizan de acuerdo al tipo de afectación que se realiza.

En la legislación latinoamericana la competencia es concebida por el derecho como un bien a tutelar y defender desde una doble vertiente: desde la libertad y desde la lealtad.

En la presente clasificación analizaremos las prácticas anticompetitivas desde el ámbito de la libertad, en razón de la cual existen tres clases de prácticas contrarias a la libre competencia: 1) Las prácticas o acuerdos colusorios que impidan, restrinjan o falseen la competencia en el mercado<sup>52</sup>; 2) Las prácticas abusivas de posición dominante<sup>53</sup>; 3) Las prácticas desleales que supongan un falseamiento sensible a la libre competencia.

##### **2.1.4.1. Acuerdos colusorios, carteles, decisiones colectivas y prácticas concertadas**

El cartel es un acuerdo entre dos o más agentes u operadores económicos, competidores entre sí para evitar la mutua competencia y de esta manera limitar la producción o venta de bienes o servicios, así mismo establecer, determinar o fijar precios en el mercado relevante en el cual operan, siendo de esta manera la forma “ilícita” de organización industrial más perniciosa y

---

<sup>51</sup> ANDRADE UBIDIA Santiago, “Hace falta una ley que promueva y proteja la competencia económica”, *Juris Dictio*, Universidad San Francisco, Quito, revista No. 4. Pag. 107.

<sup>52</sup> ESPECHE Nazar, “Defensa de la Competencia”, Ed. Depalma, 2001, Buenos Aires. Pag. 17

<sup>53</sup> MARTÍNEZ LAGE Santiago, PETITBO JUAN Amadeo, “El abuso de la posición de dominio”, Ediciones jurídicas y sociales, 2006, Madrid.

restrictiva de la competencia. La colusión se materializa en el acuerdo ilícito entre competidores (agentes que se encuentran en el mismo nivel del canal de distribución), que tiene por objeto causar perjuicio a otros competidores o a los consumidores. Se consideran *acuerdos colusorios* a todo pacto verbal o escrito mediante el cual varios agentes económicos se comprometen o acuerdan<sup>54</sup> no competir o también cuando su actuación conlleva una conducta que tiene por finalidad o efecto restringir, eliminar o distorsionar la competencia.

Se considera que hay acuerdo siempre que exista un concierto de voluntades entre varios agentes económicos independientes, tanto si se encuentra en el mismo escalón del proceso productivo o no.

Las *decisiones y recomendaciones colectivas*, con fines o efectos contrarios a la competencia, constituyen formas de prácticas colusorias, equiparables a los acuerdos, por lo general son adoptados por asociaciones empresariales o corporaciones, de carácter vinculante o únicamente de orientación, que se los considera como si fueran acuerdos entre los asociados, se los realiza utilizando el escenario donde funciona la asociación, situación que tiene como finalidad evitar que los socios puedan eludir sus responsabilidades colusorias acordadas.

#### **2.1.4.2. Abuso de la posición dominante**

Aún cuanto este tema va a ser abordado más ampliamente en el punto 2.2 de este Capítulo, es importante establecer muy someramente que esta conducta consiste en utilizar una posición dominante en el mercado para obtener ventajas que no se podría alcanzar en condiciones de competencia efectiva.

El artículo 8 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina establece una serie de conductas que se presumen constituyen abusivas a la posición dominante, lo que no se hace es definir lo que se entiende por abuso de una posición de

---

<sup>54</sup> COLOMA Germán, *“Defensa de la Competencia.- Análisis Económico Comparado”*, Buenos Aires – Madrid, 1 era. Ed., 2003. Pag. 79.

dominio limitándose a describir las conductas que se encuadrarían dentro de la misma.

Según lo establece la doctrina el *Abuso de posición dominante* puede ser ejercido por *una o varias empresas que abusan de su posición de dominio en todo o parte del mercado relevante*.<sup>55</sup>

### 2.1.4.3. MONOPOLIO

El monopolio es una actividad de carácter exclusivo, ya sea de un comprador, de un vendedor o de consumidor, más conocido como *monopolio*. Este tipo de realidades lo que hace es afectar la correcta determinación del precio y las cantidades en la relación de oferta y demanda.<sup>56</sup>

El monopolio es el extremo opuesto a la *competencia perfecta*<sup>57</sup>, y entramos en una situación en la cual una empresa establece con independencia los precios, la cantidad ofertada y las condiciones de comercialización. Además el monopolista, al no sentir la presión de la competencia, no está motivado a reducir costos de producción y mejorar tecnología.

El requisito esencial de la competencia es la pluralidad de oferentes en el mercado, en el monopolio existe uno solo, motivo por el cual los adquirentes del bien en el mercado se verán obligados a pagar el precio que se les imponga por el bien al no existir más proveedores para el mismo. El monopolista obtiene de esta forma un beneficio superior al normal.

La causa principal de la existencia del monopolio está dada por la posibilidad de controlar la producción, comercialización y distribución de un determinado

---

<sup>55</sup> GUTIÉRREZ Inmaculada – PADILLA Jorge, “Una Racionalización Económica del Concepto de Posición Dominante”, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2006, Pag. 15

<sup>56</sup> MARTINEZ MEDRANO Gabriel, “Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia”, Lexis Nexis Depalma, 1era. Ed., Buenos Aires, 2002, Pag. 15.

<sup>57</sup> ESPECHE Nazar, “Defensa de la Competencia”, Ed. Depalma, 2001, Buenos Aires. Pag. 20

bien o servicio, lo que trae como consecuencia que el agente monopolista vea en esta estructura la posibilidad de manejar el precio y la distribución según sus intereses económicos, distorsionando de forma grave el normal desenvolvimiento del mercado.<sup>58</sup>

Según se desprende del texto de Martínez Medrano, la doctrina económica distingue entre el costo social del monopolio y la transferencia de riqueza. El costo social se da en virtud de que la empresa única que maneja el mercado producirá menos bienes a mayor precio; es decir que habrá un número de consumidores que no podrá saciar su necesidad y otros en cambio que podrán adquirir los bienes en un precio de mercado superior al precio de reserva.<sup>59</sup>

No todo monopolio es malo, existen monopolios naturales que permiten que se desarrollen grandes proyectos, en razón del costo de implementación, no podrían ejecutarse si no fueran mediante la concentración de poder económico, este sería el ejemplo de las redes de transmisión eléctrica, el agua potable, etc.

El profesor Paul Samuelson menciona que: “el mayor perjuicio del monopolio no consiste en los beneficios que reporta a sus titulares sino en el precio que obliga a pagar a los consumidores, que es muy superior al coste marginal social”.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> MARTINEZ MEDRANO Gabriel, *“Control e Monopolios de Defensa de la Competencia”*, 1era ed., Buenos Aires, Depalma, 2002 pag.16

<sup>59</sup> MARTINEZ MEDRANO Gabriel, *“Control e Monopolios de Defensa de la Competencia”*, 1era ed., Buenos Aires, Depalma, 2002 pag.15

En la libre competencia el precio está dado por la intersección de la oferta y la demanda, por ella si aumenta el precio la demanda disminuye y con ella los beneficios de los oferentes. Aumentan los excedentes del consumidor y los volúmenes de producción.

El excedente del consumidor es la diferencia entre el precio de reserva – que cada consumidor estaba dispuesto a pagar por un bien – y el precio del mercado. En el supuesto de competencia perfecta el precio de mercado es menor al precio de reserva. La diferencia es el excedente del consumidor.

<sup>60</sup> MARTINEZ MEDRANO Gabriel, *“Control e Monopolios de Defensa de la Competencia”*, 1era ed., Buenos Aires, Depalma, 2002 pag.22

## **2.2. CONDUCTAS QUE CONSTITUYEN ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE Y FORMA DE DETERMINARLA**

### **2.2.1 CONDUCTAS QUE CONSTITUYEN ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE**

Según lo establece la Decisión 608<sup>61</sup> de la Comunidad Andina de Naciones se presume que constituyen conductas de abuso de Posición Dominante las siguientes:

- 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;

### **2.2.2. FORMAS DE DETERMINAR EL MERCADO RELEVANTE**

#### **2.2.2.1. Delimitación del mercado relevante**

Para evaluar si determinados actos o conductas constituyen un abuso de posición dominante o cualquier otro tipo de práctica u acuerdo anticompetitivo resulta necesario determinar lo que se denomina mercado relevante.

---

<sup>61</sup> Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, art. 8.

La definición del mercado permite detectar los hechos reales en un mercado determinado para evaluar las conductas empresarias y distinguir aquellas situaciones derivadas del progreso técnico o económico de las que obedecen a actos o maniobras que buscan en forma deshonesta influir sobre la economía<sup>62</sup>.

El mercado relevante ha sido definido como el espacio comercial en el cual debe analizarse la potencia económica de una empresa respecto de sus competidores, o bien como el ámbito en el cual si se crea una situación de monopolio, quien la ostenta puede en forma rentable fijar un precio superior al de la competencia y mantenerlo por un lapso de tiempo prolongado<sup>63</sup>.

El análisis de una conducta restrictiva requiere previamente el análisis del contexto competitivo al cual se enfrenta la empresa. La doctrina coincide que para determinar el mercado relevante deben analizarse distintos ámbitos: el de producto o servicio, es decir aquellos productos que rivalizan entre sí en la satisfacción de las necesidades del consumidor; el área geográfica, en que las condiciones de competencia para el suministro de dichos productos son suficientemente homogéneas y diferentes de otras áreas geográficas próximas;<sup>64</sup> y el temporal, el conjunto de empresas que pueden ofrecer dichos productos en un plazo relativo de tiempo.<sup>65</sup>

#### **2.2.2.2. Mercado del producto relevante.**

Se entiende como mercado relevante de producto a todos aquellos bienes o servicios que son considerados fungibles o sustituibles por el consumidor,

---

<sup>62</sup> MARTINEZ MEDRANO Gabriel, *“Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia”*, Lexis Nexis Depalma, 1era. Ed., Buenos Aires, 2002, Pag. 123.

<sup>63</sup> IBIDEM.

<sup>64</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo “Derecho...” pag. 306

<sup>65</sup> JIMENEZ LARROTE Fernando y CAÑIZAREZ PACHECO Enrique, *“Dificultades para la definición de mercado relevante”* Fundación Rafael del Pino, Madrid – Barcelona, 2006

teniendo en cuenta sus características, precios y objeto del consumo al cual están destinados<sup>66</sup>.

El método más utilizado para determinar el mercado relevante es el análisis de *sustituibilidad* analizada desde dos aristas, la sustituibilidad de la oferta y de la demanda, mismas que establecen si un producto se enfrenta a sustitutos, cuyas variaciones de precios influyan recíprocamente en su oferta o en su demanda.<sup>67</sup> En algunos pueden existir bienes o servicios que si bien no son idénticos, igualmente pueden satisfacer las necesidades puntuales de los consumidores.

La sustituibilidad de la oferta es el comportamiento en el cual, ante un aumento de precios de bienes o servicios, los productores provenientes de zonas aledañas, encontrarán rentable la comercialización de sus productos (sustitutos) en la zona en la cual se registró el incremento de precios, lo que significa que cuando se presenta un alza en los precios.

La sustituibilidad en la demanda determina que productos son suficientemente similares en cuanto a su función, precio y atributos para ser considerados sustitutos razonables de otros, de forma tal que ante un aumento de precios en uno producto, los consumidores se vuelquen masivamente hacia los alternativos. Esta conducta puede venir dada por la posibilidad de que en respuesta a un incremento de precios, los consumidores busquen satisfacer sus necesidades con otro tipo de productos que en función del precio o por características técnicas puedan reemplazar al producto originario.

Es importante tomar en cuenta que para determinar la sustituibilidad entre productos, su aspecto y calidad deben ser lo suficientemente parecidos para

---

<sup>66</sup> MARTINEZ MEDRANO Gabriel, *Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia*, Lexis Nexis Depalma, 1era. Ed., Buenos Aires, 2002, Pag. 124.

<sup>67</sup> JIMENEZ LARROTE Fernando y CAÑIZAREZ PACHECO Enrique, *Dificultades para la definición de mercado relevante* Fundación Rafael del Pino, Madrid – Barcelona, 2006. Pag. 36

que el reemplazo de uno por el otro no resulte perjudicial al consumidor,<sup>68</sup> si los sustitutos tienen los mismos fines y usos que el producto en cuestión, ambos podrán formar parte del mismo mercado relevante.

Como lo ha señalado la Comisión Nacional de Competencia de Chile:

*“En definitiva, para que dos bienes sean considerados sustitutos a los efectos de la política de la defensa de la competencia, no sólo debe verificarse la posibilidad de que dicha sustitución se produzca ante un cambio en el precio relativo de ambos, sino que ella debe observarse en el comportamiento de los consumidores. En este sentido, ante un cambio en el precio relativo de dos bienes sustitutos, el menor gasto que se realiza en uno de ellos debe dirigirse mayoritariamente hacia el otro (a efectos de satisfacer una necesidad dada), y no diluirse entre innumerables posibilidades de consumo”<sup>69</sup>.*

Una vez determinado si un producto es reemplazable por otro, la forma más apropiada para medir su grado de sustituibilidad es la elasticidad cruzada de la demanda, que es entendida como el efecto que se produce en la demanda de un determinado bien o servicio por parte de los consumidores a raíz del cambio del precio de otros<sup>70</sup>.

Para ilustrar el concepto de elasticidad cruzada de la demanda suele utilizarse como ejemplo a la mantequilla y la margarina, ya que ambos productos pueden ser utilizados por los consumidores en forma similar, bastando con que el precio de uno suba para que los consumidores adquieran el otro.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup>LAMBERTE, Ariel, “El abuso de la posición dominante y la defensa de la competencia”. Revista Argentina de Derecho Empresario, 2005. Pag. 15

<sup>69</sup> “Telered Imagen S.A., Televisión Satelital Codificada S.A., Video Cable Comunicación S.A., Multicanal S.A. y Cablevisión TCI S.A.”

<sup>70</sup> MARTINEZ MEDRANO Gabriel, “Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia”, Lexis Nexis Depalma, 1era. Ed., Buenos Aires, 2002, Pag. 125.

<sup>71</sup> IBIDEM

La jurisprudencia de los EEUU ha sido la pionera en la aplicación de este análisis, en el caso *“Du Pont”*, el criterio utilizado se flexibilizó y se analizó la elasticidad cruzada de la demanda del producto comercializado por la demandada (celofán), llegándose a la conclusión de que en el mercado relevante también debían ser incluidos otros productos de embalaje<sup>72</sup>.

En la Unión Europea el examen de sustituibilidad fue utilizado por primera vez en el caso *“United Brands”*, en el cual el Tribunal de Justicia estableció que como primer paso para determinar si una conducta es o no anticompetitiva, deben precisarse las características del producto en cuestión para identificar sus particularidades y evaluar su intercambiabilidad.<sup>73</sup>

Lo resuelto por el Tribunal de Justicia en el caso *“United Brands”* es ilustrativo. En este caso, se debatió si las bananas en sus diversos tipos debían ser consideradas como el producto relevante o si, por el contrario, formaban parte de un segmento más amplio como el de las frutas frescas, en el cual los consumidores optaban de acuerdo a los precios relativos de cada uno de los productos que lo integraban. El Tribunal de Justicia decidió que las bananas formaban un mercado lo suficientemente diferenciable del resto de las frutas frescas, ya que eran una porción importante de la dieta de gran parte de la población y estaban sujetas a una demanda constante y con esporádica competencia por parte de otros productos<sup>74</sup>

### **2.2.2.3 Análisis del mercado geográfico relevante.**

El mercado geográfico relevante es una zona definida, en la que las condiciones objetivas de competencia y la regularidad de la oferta y la demanda de un determinado bien o servicio son lo suficientemente

---

<sup>72</sup> IBIDEM

<sup>73</sup> El abuso de la posición dominante en la defensa de la competencia” pag. 17.

<sup>74</sup> IBIDEM

homogéneas como para poder apreciar el poder económico de una empresa<sup>75</sup>, esto lo podemos entender como aquel segmento donde de forma constante de ofertan y demandan esos productos.

Es importante diferenciar que el mercado geográfico relevante no debe ser confundido con el área en la cual los agentes económicos venden sus productos o servicios, ya que aquél se encuentra limitado al ámbito en el cual se desarrollan las conductas consideradas anticompetitivas.<sup>76</sup>

La Comisión Nacional de Competencia de Argentina entiende al mercado geográfico relevante como la menor región dentro de la cual, en caso de existir un único proveedor de un determinado producto, le resultaría rentable imponer un incremento pequeño, aunque significativo y no transitorio, en el precio del producto, mismo que puede ser el territorio nacional en su totalidad, parte de este territorio e inclusive una localidad.

Según la Comisión Nacional de Competencia de Argentina:

*“...una delimitación adecuada del mercado geográfico relevante requiere la consideración de elementos tales como el área de operación de las principales empresas productoras del bien en cuestión [...], la correlación existente entre los precios del bien registrados en las distintas zonas a ser incluidas en dicho mercado, y la existencia o no de elevados costos de transporte que impidan la integración de distintas zonas”<sup>77</sup>.*

Para la identificación del mercado geográfico relevante, también se debe tener en cuenta a los competidores cuyas condiciones operativas son

---

<sup>75</sup> MARTINEZ MEDRANO Gabriel, “Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia”, Lexis Nexis Depalma, 1era. Ed., Buenos Aires, 2002, Pag. 127.

<sup>76</sup> LAMBERT Ariel, “El abuso de la Posición Dominante y la defensa de la competencia”, Revista Argentina de derecho Empresario, 2005

<sup>77</sup> “Autogas S.A.I.C.c. Y.P.F.S. A. e Y.P.F. Gas S.A.”

suficientemente homogéneas con las de la empresa cuya posición se evalúa, analizándose a tales efectos, además de los costos de transporte, las condiciones de comercialización y las formas habituales de operación con los proveedores y los consumidores, las características básicas de los consumidores que componen la demanda, su opinión, los flujos comerciales y las barreras relativas a la desviación de pedidos hacia otras zonas geográficas<sup>78</sup>, se analiza la posibilidad que tienen los consumidores de trasladar su consumo hacia otras zonas geográficas y el costo y el tiempo necesario para optar por estas medidas alternativas de abastecimiento.

#### **2.2.2.4 El factor temporal.**

Una vez establecido el mercado de producto y el mercado geográfico, el momento de determinar la importancia de la temporalidad, aun cuando la legislación comunitaria y el decreto ejecutivo 1614 no se refieren a este importante elemento en la determinación del mercado relevante.

Cuanto mayor sea el tiempo contemplado para evaluar el comportamiento de la oferta y la demanda de un determinado bien o servicio, más completa será la definición que se logre del mercado relevante, ya que con el paso del tiempo podrían surgir sustitutos a los productos que originalmente pudieron formar parte del mercado relevante<sup>79</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido como un elemento importante para determinar la existencia de una posición dominante, la duración en el tiempo de tal calidad<sup>80</sup>. Si bien el Tribunal de Justicia no ha fijado parámetro alguno, la doctrina ha entendido que cinco años podría ser

---

<sup>78</sup> MARTINEZ MEDRANO Gabriel, *“Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia”*, Lexis Nexis Depalma, 1era. Ed., Buenos Aires, 2002, Pag. 128.

<sup>79</sup> LAMBERT Ariel, *“El abuso de la posición dominante en la Defensa de la Competencia”* Revista Argentina de Derecho Empresario, 2005.

<sup>80</sup> Cfr. BELLAMY, Christopher y CHILD Graham, pag 520.

entendido como un lapso suficiente para que una cuota de mercado sea considerada configurativa de una posición dominante<sup>81</sup>.

## **2.3. Definición de posición dominante, poder de mercado, abuso de posición dominante, abuso de poder de mercado y abuso de dependencia económica**

### **2.3.1. Poder de Mercado**

En teoría económica se conoce al “poder de mercado”, como la capacidad de una empresa de subir sus precios por encima del nivel competitivo sin perder un volumen de ventas tal, y tan rápido, que el incremento de precios deja de ser rentable<sup>82</sup> o, en las palabras de la *Office of Fair Trading* británica, la capacidad de mantener los precios, de forma rentable, por encima de los niveles competitivos o de restringir la oferta o la calidad por debajo de los niveles competitivos.<sup>83</sup>

Según se desprende de las directrices para la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea se entiende por “poder de mercado”:

*“(…) la capacidad de mantener durante un periodo de tiempo significativo precios superiores a los niveles que permitiría el juego de la competencia o de mantener durante un periodo de tiempo significativo la producción, en términos de cantidad, calidad y variedad de los productos o innovación, en un nivel inferior al que permitiría el juego de la competencia (…)”.* (Europea, 2011).

---

<sup>81</sup>Cfr. CHRISTENSEN Roberto, Pag. 522

<sup>82</sup> FERNANDEZ Cani, “Cuota de Mercado y Poder de Mercado”, Ed. Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2006, pag.63

<sup>83</sup> IBIDEM

En los mercados con costes fijos elevados, las empresas deben fijar precios claramente por encima de los costes marginales de producción a fin de obtener una rentabilidad competitiva de su inversión. El hecho de que las empresas fijen precios por encima de sus costes marginales no es por tanto en sí mismo señal de que la competencia en el mercado no funciona bien y de que las empresas tienen un poder que les permite fijar precios por encima del nivel competitivo.

La creación, mantenimiento y fortalecimiento del poder de mercado puede ser resultado de una restricción de la competencia. Puede también serlo de una restricción de la competencia entre cualquiera de las partes y terceros, por ejemplo, por suponer la exclusión de competidores o aumentar sus costes y limitar así su capacidad de competir eficazmente con las partes del acuerdo.

El concepto de “poder de mercado” no goza, sin embargo, de unanimidad. Estados Unidos es una de las jurisdicciones en las que más se ha desarrollado, y aparece claramente vinculada con la capacidad de una empresa de controlar los precios. Pero en la Comisión Europea, el concepto de poder de mercado es más amplio, refiriéndose a la capacidad de actuar en el mercado de manera independiente.<sup>84</sup>

Por tanto es posible afirmar que una determinada empresa tiene poder de mercado cuando puede actuar libre de condicionantes competitivas. Esta independencia la debemos entender respecto de competidores, clientes y consumidores.

Parece haber un amplio consenso entre la doctrina jurídica en cuanto a que la cuota de mercado de una empresa no revela de forma precisa el poder de mercado de una empresa en un determinado mercado. La *Office of Fair Trading* británica menciona entre otras las siguientes razones:

---

<sup>84</sup> Ver: Definición que proporciona la Comisión Europea en el apartado 24 de su documento de discusión sobre el artículo 82 del Tratado.

- a) La presencia de reducidas barreras de entrada al mercado podría conducir a negar que una empresa con cuotas persistentemente altas disponga de poder de mercado, al verse amenazada constantemente por competidores potenciales.
- b) En mercados donde los compradores recurren a procesos de licitación, la cuota de mercado de un proveedor determinado en un momento muy concreto puede desplazarse a otro proveedor en el siguiente proceso de licitación, si no existen limitaciones de las capacidades de suministro.
- c) En caso de productos muy diferenciados, empresas con cuotas de mercado bajas pueden disponer, sin embargo, de cierto poder de mercado ya que los productos competidores no constituyen sustitutos perfectos.
- d) La estructura de la demanda puede limitar el poder de mercado de un proveedor cuando existan elementos que indican que el poder de decisión se encuentra del lado de los compradores<sup>85</sup>

Los factores enumerados recuerdan en definitiva que el *poder de mercado* se identifica con la independencia de comportamiento. Independientemente de la cuota de mercado de la empresa supuestamente dominante, ésta actúa en el mercado libre de condicionantes competitivos.

### **2.3.2. Posición Dominante**

El artículo 9 de la decisión 608 de la Comunidad Andina establece:

*“Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir,*

---

<sup>85</sup> FERNANDEZ, Cani, *“Cuota de Mercado y Poder de Mercado”*, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2006, p. 70.

*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”.*<sup>86</sup>

La ley de Defensa de la Competencia Argentina 25156 en su artículo 4 incluye el concepto de “posición dominante”:

*“A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de éstos.”*<sup>87</sup>

La actual ley argentina en su artículo 5 dice: *“a fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, se deberán considerar las siguientes circunstancias:*

- a) El grado en que el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma;*
- b) El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos oferentes o demandantes al mercado de que se trate;*
- c) El grado en que el presunto responsable puede influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el*

---

<sup>86</sup> Ver: Decisión 608 CAN, artículo 9.

<sup>87</sup> Ley de Defensa de la Competencia Argentina 25156, art. 4.

*mercado y el grado en que sus competidores pueden contrarrestar dicho poder”.*<sup>88</sup>

En sentencia United Brands de 14 de julio de 1978, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea combinó su definición de la Sentencia Sirena con la definición de la Comisión en la Decisión Continental Can y así proporcionó la que, a partir de entonces, ha sido la base de su definición constante de posición dominante y que han sido ratificadas en sentencias tales como Hoffman- La Roche (13-II-1979) L’Oréal (11-XII-1980), Michelin (9-XI-1983), Bodson c. Pompes funébres (a-V-1988) y Alstet c. Novasam (5-X-1988):

*“Situación de poder económico que ostenta una empresa que le da la facultad de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportamientos, en medida apreciable, independientes respecto de sus competidores, sus clientes y en definitiva sus consumidores”.*<sup>89</sup>

Un elemento crucial de la Posición Dominante es la capacidad de la empresa para comportarse con independencia de los competidores, proveedores y consumidores. Este elemento se encuentra presente en la interpretación que sobre la posición dominante realizó el Tribunal de Defensa de la Competencia Español:

*“Así, se diría que una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tuviera en éste poder económico e independencia de comportamiento suficientes para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio y otra característica del producto”.*<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> Ley de Defensa de la Competencia Argentina 25156, art. 5.

<sup>89</sup> Sentencia TJCE, de 14 de febrero de 1978, asunto 26/76, Rec. 1978, p. 207, párrafo 65.

<sup>90</sup> Tribunal de Defensa de la Competencia, Expte. R 362/99, Bacardí, 30 de septiembre de 1999. Párrafo 6 de los fundamentos de derecho.

¿Qué quiere decir comportarse con independencia? Pensemos en una empresa que opera en un mercado determinado y consigue aumentar sus beneficios al elevar los precios de manera significativa. Lo que nos dice la teoría económica, es que en ausencia de obstáculos, otras empresas se sentirán atraídas por la oportunidad de hacer negocios en ese mercado, vendiendo sus productos a precios más bajos que la empresa instalada. La amenaza de perder clientes y ver deteriorada su posición evita que la empresa pueda sostener en el tiempo un comportamiento no competitivo. Es así que decimos que 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.<sup>91</sup>

En este sentido la Posición Dominante es la fuerza económica de la cual se vale una empresa -o varias que actúan concertadamente- para impedir el desarrollo de una efectiva competencia dentro de un mercado relevante, posibilitándole un comportamiento independiente tanto de sus competidores como de sus clientes.<sup>92</sup>

### **2.3.3 Diferencia entre Posición de Dominio y Poder de Mercado**

El poder de mercado es la capacidad de mantener durante un periodo de tiempo significativo precios superiores a los niveles que permitiría el juego de la competencia o de mantener durante un periodo de tiempo significativo la producción en términos de cantidad, calidad y variedad de los productos o innovación, en un nivel inferior al que permitiría el juego de la competencia.

El dominio se ha definido como una posición de fuerza económica que disfruta una empresa, lo que le permite evitar la competencia efectiva en un mercado de referencia, al otorgarle el poder de actuar en una medida apreciable,

---

<sup>91</sup> GUTIERREZ, Inmaculada y PADILLA Jorge, *“Una racionalización económica del concepto de posición de dominio”* Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2006, p. 17.

<sup>92</sup> BELLAMY, Chistopher, y CHILD, Graham, *“Derecho de la Competencia en el Mercado Común”*, ed. Española de Enric Picañol, 1992, Madrid, p. 507.

independiente de sus competidores, sus clientes, y en última instancia de los consumidores. Dominancia implica que estas presiones competitivas no son suficientemente eficaces y por lo tanto que la empresa en cuestión goza de poder sustancial de mercado en un periodo de tiempo. Esto significa que las decisiones de la empresa son en gran medida insensibles a las acciones y reacciones de los competidores, clientes y, en última instancia, los consumidores.

Muchas veces se suele relacionar el concepto de posición dominante con el de una alta participación de las ventas de una empresa o grupo de empresas en un mercado. Esta relación, sin embargo, resulta procedente sólo en los casos en los cuales dicha participación pueda influir en las decisiones de sus competidores.

Un elemento definitorio de la posición de dominio es la capacidad de la empresa para comportarse con independencia de los competidores, proveedores y consumidores.

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 (posición dominante), resulta asimilable a la noción de poder de mercado de la teoría económica.<sup>93</sup>

La definición anteriormente citada puntualiza que la dominancia requiere que el comportamiento independiente a) lo sea en grado suficiente y b) obstaculice el desarrollo de la competencia efectiva, esto es, impida la existencia de competidores presentes o potenciales que supongan una amenaza para su negocio.

Como podemos analizar el concepto de poder de mercado en economía no hace diferencia entre las modalidades de conductas anticompetitivas, y aún

---

<sup>93</sup> GUTIÉRREZ, Inmaculada, PADILLA, Jorge, *“Una Racionalización Económica del Concepto de Posición Dominante”* Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2006, p. 15 – 23.

cuando es más amplio, está íntimamente relacionado al efecto que puede tener una Posición de Dominio en derecho.<sup>94</sup>

Así podemos decir que el poder de mercado es un término económico, mucho más amplio que el concepto de posición dominante, termino meramente jurídico. El poder de mercado se puede presentar en cada una de las aristas que conforman las distorsiones a la competencia, sean estas los acuerdos restrictivos, el abuso de la posición dominante o las concentraciones económicas a excepción de la competencia desleal.

Para una empresa gozar de posición dominante deber tener poder de mercado, independencia y obstaculizar de manera efectiva el desarrollo de la competencia.

#### **2.3.4. Abuso de Posición Dominante**

El Abuso de Posición Dominante, es una conducta contraria a la competencia también denominada explotación abusiva, consiste en utilizar una posición dominante en el mercado para obtener ventajas que serían inasequibles en una condiciones de competencia efectiva o practicable.

*El Abuso de Posición Dominante puede ser ejercido por una o varias empresas que abusan de su posición de dominio en todo o en parte del mercado relevante<sup>95</sup>. Esto se aplica (la prohibición) también a la explotación abusiva de una situación de dependencia económica<sup>96</sup>, entendida como una modalidad de explotación abusiva de dependencia de posición dominante, en donde la situación de dependencia económica, en la que se pueden encontrar diferentes agentes económicos, en relación con otra que es la que ostenta una posición*

---

<sup>94</sup> Comentarios Dr. Marcelo Marín.

<sup>95</sup> GUTIÉRREZ, Inmaculada, PADILLA, Jorge, *“Una Racionalización Económica del Concepto de Posición Dominante”* Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2006, p. 15 – 23.

<sup>96</sup> DÍAZ ZABALETA, Marta, *“La Explotación de una Situación de Dependencia Económica como supuesto de Competencia Desleal”*, Marcial Ponce, Madrid – Barcelona, 2002, p.27.

de poder relativo a un mercado y en donde los agentes económicos involucrados por su situación de dependencia (cliente-proveedor) de la empresa fuerte, no puede prescindir de sus relaciones comerciales sin que su actividad se vea significativamente afectada.

Según establece la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, se presumen como conductas de abuso de posición dominante en el mercado las siguientes<sup>97</sup>, entre otras:

- “a) La fijación de precios predatorios;*
  
- b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;*
  
- d) 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;*
  
- e) 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;*
  
- f) 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,*

---

<sup>97</sup> Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, art. 8

*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”.*

En las conductas mencionadas anteriormente, es importante advertir que estos se limitan a concretar prácticas que por ser abusivas e ilícitas, requieren como condición necesaria que exista una condición de posición dominante en el mercado relevante, no pudiendo los ejemplos ser considerados prácticas ilegales si sus autores no gozan de dicha posición dominante.

Según la doctrina existen pasos para poder determinar el abuso de la posición dominante: a) Determinación del mercado relevante, para ello se debe analizar el mercado de producto y el mercado geográfico en el que se desempeña el presunto responsable; b) Análisis de la estructura del mercado relevante; c) Precisar si el presunto responsable tiene poder de mercado, se debe determinar si goza de una posición dominante; d) Por último ha de analizarse si el sujeto abusa de dicho poder o posición dominante.<sup>98</sup>

La interpretación clásica abarca dos aspectos. Por una parte, se considera que puede darse abuso de posición dominante cuando una empresa ya tiene su posición y busca mediante el grado de dominancia reforzar la misma, obstaculizando la competencia para que sobrevivan en el mercado las empresas que dependan de aquella que se encuentra en situación de dominio; es importante analizar, que no existiría una relevante relación entre el abuso y el reforzamiento de la posición dominante, si no se presentaran conductas que llevaran a obstaculizar de forma sustancial la competencia.<sup>99</sup>

Es de gran importancia considerar en materia de abuso de posición dominante que las empresas con posición dominante tienen un especial compromiso en el

---

<sup>98</sup> MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriela, “Control de Monopolios de Defensa de la Competencia” Ed. Depalma, Argentina, p. 122.

<sup>99</sup> ALVARADO, Fausto (2008): La Situación Jurídico – Económica de la Libre Competencia en el Ecuador: Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, p.26.

cuidado de una competencia sin distorsiones, debiendo la misma actuar con especial diligencia, ya que la situación en la que se encuentra ya limita de alguna forma el desarrollo de una libre competencia. Es por esta razón, que las empresas con posición dominante tienen prohibidas ciertas conductas que, sin embargo, estarían permitidas para las empresas que carecen de ella, es así por ejemplo que la Comisión Europea en relación con el art. 82 del Tratado de la Comunidad Europea, limita excesivamente la capacidad de las empresas y en especial de otorgar descuentos y rivalizar así el precio, esta decisión de alguna forma afecta un beneficio cierto a los clientes en aras de la protección de una estructura competitiva.<sup>100</sup>

Las instituciones europeas han identificado el concepto de daño a la competencia como *daño a la estructura del mercado*. Dentro de este sistema se considera que *“la existencia de posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate”*<sup>101</sup>, lo cierto es que muchos pronunciamientos de las instituciones europeas aparecen impregnados de una clara reticencia hacia las empresas con elevadas cuotas de mercado, a las que se culpa de la debilidad de la competencia en el mercado.

La aproximación económica al concepto de abuso conduce a la afirmación según la cual, el objeto del Derecho de Competencia en general y de la prohibición del abuso en particular es proteger la competencia y no proteger a los competidores y que por lo primero se entiende atender a los efectos sobre el bienestar de los consumidores y sobre el *proceso competitivo*.

Con la moderna y actual noción de abuso (concepción objetiva), se prohíbe a la empresa, además de que utilice las ventajas que se derivan de su posición para obtener beneficios de transacción que no habría obtenido en caso de competencia practicable y suficientemente eficaz (concepto causal del abuso),

---

<sup>100</sup> ALLENDE SALAZAR CORCHO, Rafael, *“El Abuso y sus efectos. Modernización del Art. 82 TCE: Revisión o Reforma”*, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2006, p.167.

<sup>101</sup><sup>101</sup> Apartado 112 de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de Octubre de 1999, *Irish Sugar Plc/Comisión*, As. T-228/97, Rec. P. II-2969.

otro tipo de comportamiento susceptibles de ser realizados por cualquier operados del mercado y que únicamente cuando es ella quien los lleva a cabo son considerados abusivos y, por ende, prohibidos.

### 2.3.5 Abuso de Poder de Mercado

El término *abuso de poder de mercado* esta generalmente referido a las acciones desplegadas por una sola firma, que erosiona el proceso competitivo. En consecuencia, mientras las acciones organizadas por un pequeño grupo de firmas pueden, en algunos casos, parecer como un *abuso de poder de mercado*, tales acciones están generalmente referidas a acuerdos restrictivos, y por tanto que se regulan según las regulaciones relativas ha dicho supuesto. El abuso de poder de mercado es aplicable a la conducta anticompetitiva ejecutada por una organización individual<sup>102</sup>.

Determinar si una actividad constituye un abuso de poder de mercado es asunto complicado, que depende de criterios no siempre muy bien diferenciados. El proceso competitivo está supuesto a promover la competencia en relación con el precio, servicio y calidad. Es posible, sin embargo, que ciertas empresas tengan suficiente poder de mercado para desarrollar estrategias y prácticas cuyo efecto sea la reducción significativa de la competencia en el mercado.

El *abuso* puede estar dirigido a imponer condiciones a consumidores o clientes; alternativamente puede perseguir excluir un competidor.

Entre los ejemplos de abuso de poder de mercado se encuentran conductas como:

- **Imposición de Precios Predatorios**.- Consiste en vender a precios de venta inferiores a sus costos de producción con el fin de desestimular la entrada de nuevos participantes en el mercado o propiciar la salida de

---

<sup>102</sup> ALVARADO, Fausto, "*Abuso de Poder de Mercado*", texto de clase, Universidad de las Américas.

los actualmente existentes. El resultado es que habiendo eliminado la competencia, en el largo plazo la firma estará en la capacidad de aplicar precios *monopólicos* a fin de compensar las pérdidas financieras sufridas<sup>103</sup>.

- **Imposición de Precios Abusivos.**- Cuando una empresa que posee un poder significativo de mercado, fija un precio alto para su producción, es decir muy por encima de sus costos y sin tomar en cuenta criterio alguno de eficiencia, se está apoderando de una parte del excedente del consumidor<sup>104</sup>.
- **Discriminación de Precios .**-Se da cuando un oferente carga precios diferentes a diferentes consumidores o clases de consumidores, en ausencia de diferencias apreciables que pueden justificar tal desigualdad. El propósito de esta práctica es aplicar a cada consumidor el máximo que estén dispuestos a pagar, maximizando de esa manera los beneficios<sup>105</sup>.
- **Negativa a tratar.**- Una empresa con poder de mercado que opera en múltiples niveles del canal de distribución de un producto podría negarse a prestar sus servicios, o vender sus productos a otra empresa con la que compite en otro nivel del canal.<sup>106</sup>

Para regular el uso abusivo de mercado se han desarrollado dos mecanismos diferentes:

- **El propósito de acción.**- De acuerdo a este sistema, una acción es prohibida si tiene el propósito de eliminar o perjudicar a un competidor o

---

<sup>103</sup> ALVARADO, Fausto, "Abuso de Poder de Mercado", texto de clase, Universidad de las Américas.

<sup>104</sup> IBIDEM.

<sup>105</sup> IBIDEM.

<sup>106</sup> IBIDEM.

hacer que un competidor potencial desista de su intención de ingresar al mercado.

- **El efecto de acción** .- Una acción es prohibida si tiene el efecto de disminuir la competencia en el mercado.

Cada uno de estos sistemas tiene dificultades de aplicación, el primero porque es difícil determinar el propósito de una acción, ya que requiere del estudio de un conjunto de indicios probatorios; y por otra parte, el efecto de acción aún cuando puede ser fácil de determinarlo en algunos casos, no obstante, la regulación basada en este enfoque tiene el riesgo de penalizar a una empresa por ser un productor eficiente, de bajos costos, que ha superado a sus competidores de una manera legítima.

### **2.3.6 Abuso de dependencia económica**

El *abuso de dependencia económica* se suele relacionar de manera directa con la competencia desleal, es un abuso contrario a la competencia llevado adelante por una o varias empresas de una situación de dependencia económica en la que pueden encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de la 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.<sup>107</sup>

Cuando hablamos de abuso de situación de dependencia económica, la sola delimitación del mercado relevante no basta y se necesita tomar en consideración otros elementos exteriores al mercado relevante, como ocurre normalmente con las integraciones verticales y los temas de concentración.

---

<sup>107</sup> ALVARADO, Fausto, “*Abuso de Poder de Mercado*”, texto de clase, Universidad de las Américas.

Este concepto falla en los casos en los que la posibilidad de adoptar comportamientos independientes sólo frente a un grupo de clientes o proveedores que dependen económicamente del agente económico dominante.

En razón de que la determinación del mercado relevante no se puede utilizar como un método principal, algunos autores han propuesto para las situaciones de dependencia la adopción de una concepción relativa de posición dominante, que concentrándose en las relaciones verticales, evitaría tener que definir un mercado relevante como requisito previo. Esto quiere decir determinar la situación de dependencia económica en la que se pueden encontrar los agentes económicos (clientes o proveedores).

La posición de dominio relativa constituiría el vínculo de dependencia entre el agente económico dominante y sus empresas sean estas clientes o proveedores que se convierten en contratantes obligatorios suyos. A diferencia de la posición de dominio absoluta referida a los competidores en el plano horizontal, la posición de dominio relativa se define en el plano vertical y de esta forma puede darse frente a un grupo reducido de clientes o proveedores.

En las relaciones comerciales fabricante- distribuidor un aspecto especialmente relevante, desde el horizonte institucional de la defensa de la competencia, es el relativo a la posesión y eventual ejercicio de poder económico por parte de los agentes económicos pertenecientes al canal de distribución. Puede afirmarse que, si nos interrogáramos acerca de la causa primera que permite a una empresa "A" tener poder o capacidad de influencia sobre otra "B", obtendríamos, como respuesta, que ese poder se apoya, de ordinario, en la dependencia que la empresa "B" muestra respecto de "A"; esto es, en la posesión por esta última de recursos o activos, tangibles o intangibles, que le son necesarios a la primera para la realización de sus objetivos empresariales.

Las razones que determinan esta dependencia económica de una empresa respecto de otra son diversas pero las más comunes se encuentran entre las

siguientes: el volumen de ventas que realiza una empresa (la dependiente) a través de otra (la que ostenta la supremacía en la relación comercial); el escaso número de alternativas que tiene un miembro del canal para sustituir a aquél de quien depende; el número y cuantía de las inversiones en activos específicos que ha tenido que realizar la empresa dependiente para mantener la relación comercial (en este caso los llamados costes de transacción dificultan la ruptura de la relación económica); la calidad del servicio prestado por la empresa que actúa de canal también origina dependencia y, por último, la fabricación de marca de distribuidor por el fabricante es asimismo un factor que intensifica la relación de dependencia dentro del canal. Son, en resumen, causas que se relacionan con la propia estructura de la empresa o causas que tienen que ver con la situación del mercado. Los ejemplos de acuerdos de compra o de distribución en exclusiva son paradigmáticos para reflejar este tipo de situaciones de dependencia.

La cadena económica, cuyos eslabones extremos son el productor y el consumidor, se está haciendo fuerte en los eslabones intermedios que ocupa el distribuidor. En efecto, la distribución comercial es una actividad económica en continua evolución debido a la modificación de las funciones que desarrolla que en síntesis son las siguientes: la función de distribución física y logística de los productos, es decir, las tareas de aprovisionamiento, almacenamiento, manutención y transporte; una segunda función es la de marketing que se ocupa de satisfacer las necesidades del mercado, aquí se encontrarían las tareas de formación de surtidos, previsión de la demanda y atención por la calidad del servicio; otra función de la distribución es la comercial que se ocupa de la comercialización de los productos, aquí están tareas tales como la presentación de los productos; la última función es la financiera que se ocupa de financiar todo el proceso de distribución. Esta fortaleza de la distribución comercial supone que la importancia de los dos extremos de la cadena de producción, productor y consumidor, se vaya diluyendo y exige una mayor atención a la distribución en las cuestiones de competencia. El modelo de actuación en este terreno de los órganos encargados de aplicar esta nueva

normativa, debe conciliar el respeto al principio de autonomía de la voluntad, en su manifestación de libertad para contratar, y la potenciación de la competencia en el sector de la distribución vigilando los abusos de poder en el mercado.<sup>108</sup>

---

<sup>108</sup> MARTINEZ GARCIA Roberto, *“LA EXPLOTACIÓN ABUSIVA DE UNA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA ECONÓMICA COMO NUEVO ILÍCITO ANTITRUST EN LA LEY ESPAÑOLA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA”*, Revista del Poder Judicial Universidad Antonio de Nebrija, 2003.

## CAPITULO III

### DIFERENCIA ENTRE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE Y ABUSO DE DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

#### 3.1. Abuso del derecho de propiedad intelectual en el Derecho de la Competencia.

La protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial, derechos de autor, marcas, patentes, modelos de utilidad, obtenciones vegetales, etc, se sustentan en el derecho del creador, de ser él el único que puede explotar, convirtiéndose esto en un monopolio (legal) de exclusividad de explotación del derecho respectivo.

Los derechos de propiedad intelectual han sido concebidos como mecanismos de incentivo al esfuerzo creativo en diversos campos, esto según sea la categoría de derecho de propiedad intelectual de que se trate.<sup>109</sup> Es importante destacar que la innovación tecnológica que el derecho de propiedad intelectual promueve es un factor importante de competitividad.

Por otro lado, la importancia de la legislación de competencia económica se funda en elementos integrantes de políticas estatales relacionadas con el bienestar común (interés económico general), protegiendo de esta forma una libre competencia en la cual todos los agentes económicos sean partícipes activos.

Cuando analizamos el derecho de la competencia y el derecho de la propiedad intelectual en el ámbito nacional, existe una notable asimetría ya que si partimos de este último obtenemos como resultado una estructura legal

---

<sup>109</sup> GOMEZ VELASCO Xavier, "Patentes de Invención en el derecho de la competencia", Ed. Abya -Yala, Quito - Ecuador, 2003

ampliamente fortalecida y en el caso del derecho de la competencia una ausencia legislativa que no hace contrapeso.

Ecuador tiene una legislación de propiedad intelectual moderna, acoplada a las exigencias del Acuerdo sobre la ADPIC.<sup>110</sup> En cambio, por parte del régimen de la competencia económica, este es un asunto de actual debate en nuestro país.

Si analizamos los beneficios que otorgan los derechos de propiedad intelectual uno de los más importantes es la protección de los resultados de la investigación tecnológica y en este punto vamos a abarcar el universo de las patentes de invención. La patente de invención debido a la exclusividad en la explotación, permite la explotación exclusiva y temporal de la tecnología<sup>111</sup>, misma que puede exteriorizarse en un producto o en un proceso, que mientras dure su derecho nadie salvo el titular de la patente o la persona autorizada podrá explotar legalmente la tecnología protegida.

Las patentes de invención favorecen la inversión en la ciencia y tecnología, misma que se ve recompensada por el período de explotación exclusiva que le brinda la ley. El inventor obtiene una patente para una invención que aporta novedad y altura inventiva al estado de la técnica mundial, y el mismo se compromete a divulgar su invento y a explotarlo dentro de las reglas de la ley, y la sociedad se compromete a otorgarle un derecho de exclusividad por un período determinado que en la ley ecuatoriana es de veinte años.<sup>112</sup> Esta limitación del periodo de exclusividad permite a la sociedad aprovechar el invento, una vez obtenido el provecho del innovador.

---

<sup>110</sup> Ley de Propiedad Intelectual publicada en el Registro Oficial No. 320 del 19 de mayo de 1998). La existencia de una norma supranacional la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones (Registro Oficial No. 258 de 2 de febrero de 2001).

<sup>111</sup> En el Ecuador las patentes de invención otorgan el derecho exclusivo de explotación a lo largo de 20 años. (poner artículo de la ley)

<sup>112</sup> MARTINEZ MEDRANO Gabriel, *“Control de Monopolios y Defensa de la Competencia”*, Buenos Aires-Argentina, Depalma, 2002. Pag. 233

La divulgación de la invención permite su consulta y el enriquecimiento del conocimiento tecnológico de la sociedad. Este derecho de patente no es restrictivo ya que si otro inventor produce una mejora de la invención tiene derecho a una patente de mejora y puede acceder a una licencia cruzada entre la patente principal y la de mejora.<sup>113</sup>

Al entrar al campo del derecho de competencia podemos determinar tres nociones importantes: La primera como una situación fáctica, es decir la concurrencia de los competidores al mercado; por otro lado tenemos a la competencia como un requisito de un mercado eficiente; y por otra lado, a la existencia real, eficiente o practicable de la competencia en el mercado.<sup>114</sup>

La segunda de las nociones atañe a la *política de competencia*, misma que se puede analizar en dos sentidos, como la intervención del Estado en el contexto de las relaciones de los operadores económicos en el mercado y desde el otro punto de vista de *política de competencia* que significa la asignación de los objetivos a la competencia como dato fáctico.

Por último en su tercera acepción, se incluye el derecho de competencia económica como el conjunto de normas jurídicas reguladoras del proceso competitivo.

La política de competencia determina los objetivos a seguir dentro del proceso competitivo en el mercado, lo que significa que existe una relación entre política de competencia y situaciones empíricas que al final concluyen o desembocan en normas jurídicas que regulan los actos realizados por los participantes en los procesos productivos.

Desde el punto de vista subjetivo este régimen tutelar regula el hecho de concurrir al mercado (teoría subjetiva); por el contrario, desde otro punto de

---

<sup>113</sup> IBIDEM

<sup>114</sup> GOMEZ VELASCO Xavier, "Patentes de Invención en el derecho de la competencia", Ed. Abya –Yala, Quito – Ecuador, 2003 pag. 22

vista se busca conseguir objetivos diferentes, de jerarquía igual al derecho ya mencionado, o, incluso superior (teoría institucional)<sup>115</sup>, es decir defiende la competencia como sistema, es el que garantiza no sólo el interés de los competidores, sino también de los consumidores y del interés económico general, en el cual el bien jurídico tutelado es la libertad de competencia o concurrencia por parte de los operadores económicos dentro del mercado.

Los objetivos perseguidos por la propiedad intelectual son el bienestar del consumidor y la promoción de innovación tecnológica<sup>116</sup>. En lo que tiene que ver con el primero es importante destacar que el sistema siempre atiende al interés público, concepto en el que se encuadra el bienestar del consumidor. En materia de fomento a la innovación tecnológica, esta se asienta en el derecho de patente de invención, como uno de los principales incentivos, en virtud de lo cual desde el punto de vista económico se transforma en necesario y hasta eficiente el otorgar derechos de propiedad intelectual especialmente de las patentes de invención a los sujetos que incentivan o desarrollan la innovación tecnológica.

Del lado de la competencia económica, el otorgamiento de patentes de invención –en un principio- sería contrario a sus postulados, por la negativa que otorgan los derechos de propiedad intelectual de que varios agentes u operadores económicos concurren al mercado, ya que la misma, es decir, el derecho de patente es objeto de exclusividad. Es en este punto en el cual regresamos a la visión institucionalista del derecho de la competencia y en el se permite la consideración de objetivos tales como el bienestar del consumidor y el desarrollo tecnológico, ambos relacionados con la eficiencia económica y en este sentido con el derecho de patente. En cuanto al desarrollo tecnológico, para permitir la apropiación de los beneficios económicos derivados de la invención, el régimen permite que la patente de invención restrinja o elimine la competencia durante un cierto espacio de tiempo, como el medio idóneo para

---

<sup>115</sup> GOMEZ VELASCO Xavier, “Patentes de Invención en el derecho de la competencia”, Ed. Abya –Yala, Quito – Ecuador, 2003 pag. 24

<sup>116</sup> IBIDEM

alcanzar el fin mencionado, y de esta manera se evita la explotación ilícita por parte de otros agentes u operadores económicos de los esfuerzos inventivos realizados por el titular de la patente.

Podemos manifestar entonces que la teoría institucionalista permite la alineación de objetivos entre el derecho intelectual (patentes de invención) y el derecho de competencia. En este acoplamiento superan coincidencias, incluso puede hablarse de una interdependencia sobre todo en la realización del objetivo del desarrollo tecnológico que da como resultado la eficiencia. A pesar de ello, de la forma como se busca alcanzar esos objetivos, es decir, la concesión de derechos exclusivos que limitan la competencia, surge un conflicto entre ambos regímenes, por lo que no es dable aceptar que su coexistencia sea completamente pacífica. El problema no surge por los derechos de propiedad intelectual en sí mismo, sino básicamente por el ejercicio de esos derechos que pueden colisionar con las norma de competencia.

Se puede considerar que los derechos de propiedad intelectual constituyen monopolios, lo cual le da la potestad de impedir que un tercero se beneficie o lleve a cabo un procedimiento o producto que se encuentre protegido por el derecho en cuestión.

La protección jurídica respecto a la propiedad intelectual consiste en la concesión de un monopolio sobre la materialización del bien inmaterial. Es así que el derecho industrial se encuentra conformado por un derecho inmaterial o *corpus misticum* y un la materialización de este derecho conocida como *corpus mechanicum*.<sup>117</sup>

Sin embargo, existe un amplio margen de diferencia entre la exclusividad legalmente garantizada respecto de una determinada actividad económica y la

---

<sup>117</sup> MARTINEZ MEDRANO Gabriel, “Control de Monopolios y Defensa de la Competencia”, Buenos Aires-Argentina, Depalma, 2002.

presencia de un monopolio o posición de dominio en el mercado. La concesión de derechos exclusivos desde el punto de vista jurídico no devendrá en una situación de monopolio o de posición dominante en un mercado relevante.

La patente de invención puede conducir al *poder de mercado*, suficiente para configurar una posición de dominio o un monopolio en un mercado relevante. El derecho de competencia económica se guía en cierta presunción respecto de la posición dominante generada por los derechos de propiedad intelectual. No obstante en la actualidad dicha presunción ha sido abandonada al establecer los principios del derecho de la competencia, mismo que requieren para cualquier análisis de conductas anticompetitivas como la determinación de un mercado relevante.

Aun cuando la patente de invención genere una posición dominante para su titular, esto no es motivo para considerar esto como ilicitud, la ilicitud nace del ejercicio abusivo de esa posición contraria a la competencia, el problema es el abuso de la posición dominante, no la posición en sí misma<sup>118</sup>, ya que esta podía ser consecuencia incluso, de factores ajenos a la empresa y, de su propia eficiencia, sin poder considerarse a esto como una conducta anticompetitiva.

En España se resolvió que el titular de un derecho de propiedad industrial no realiza una práctica prohibida por el hecho de ejercitar competencias derivadas de la titularidad de la patente, pero lo hace si pretende extender el objeto de la patente.<sup>119</sup>

La existencia de los derechos de propiedad intelectual, presentan una actitud anticompetitiva potencial, que al parecer podría ser mayor en el caso de las patentes de invención, ya que esta otorga al titular, derechos exclusivos

---

<sup>118</sup> GOMEZ VELASCO Xavier, "Patentes de Invención en el derecho de la competencia", Ed. Abya –Yala, Quito – Ecuador, 2003 pag. 40

<sup>119</sup> Sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia del 24/12/1966, cit. En MASSAGUER, J., Comentario..., p.403.

respectos a los procedimientos o productos protegidos. Pero no en razón de este presupuesto podemos decir que la patente de invención se puede asimilar como posición de dominio.

Es importante repasar conceptos estudiados anteriormente y recordar que posición dominante, en una primera aproximación, es definida como una posición de poder de mercado que goza una empresa en un determinado mercado relevante, dentro de una extensión geográfica sea esta de producto o servicio. Poder que gira primordialmente dentro de tres elementos tales como: poder económico, depresión de la competencia e independencia de comportamiento.<sup>120</sup>

Bajo esta óptica, el mercado deja de ser un mundo de *precio-aceptantes*, debido a la presencia de una empresa que puede controlar en cierta medida el precio de su producto y e influir o intervenir en las condiciones en que la competencia va a desarrollarse en el mercado.

La posición de dominio no es un concepto abstracto en sí mismo, sino que depende de la determinación de un mercado relevante, y sea este de producto o servicio y de establecer el mercado geográfico específico.

Este análisis nos permite ratificar que la presencia de derechos de propiedad intelectual puede conferir a su titular el suficiente poder de mercado para configurar una posición de dominio, siempre y cuando los preceptos de estas conductas sean cumplidos.

La existencia de derechos exclusivos sobre una actividad económica constituye *per se* un indicio a la hora de calificar como dominante la posición de una empresa en un mercado concernido.<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup> IBIDEM

<sup>121</sup> GOMEZ VELASCO Xavier, "Patentes de Invención en el derecho de la competencia", Ed. Abya -Yala, Quito - Ecuador, 2003 pag. 46

### **3.2 Autoridad llamada a resolver controversias en caso de abuso de posición dominante en el derecho de propiedad intelectual.**

Desde mi punto de vista la autoridad llamada a resolver respecto al abuso de posición dominante sería la autoridad de competencia, ya que la ilicitud se centra en el hecho de la configuración de esta conducta anticompetitiva, y no en el uso en sí de derechos de propiedad intelectual de forma ilegal.

La autoridad está llamada a investigar el acto por el cual el agente económico se encuentra violentando las normas de competencia y de esta forma corregir y sancionar el abuso del poder del mercado.

Como dijimos en el numeral anterior, el problema respecto a la explotación exclusiva de ciertos productos o procedimientos otorgados por los derechos de propiedad intelectual, dan al titular de los mismos ciertas ventajas respecto a los demás competidores, pero no pueden considerarse como abuso de posición dominante.

El análisis se centra en establecer si la conducta objeto de la distorsión económica afecta o no al mercado, y en el caso de la posición dominante, la autoridad está llamada a estudiar temas como:

- La participación del agente económico en el mercado relevante, sea este de producto o servicio y el mercado geográfico, es decir la zona en la cual se desenvuelve.
- La existencia de barreras de entrada y salida, mismas que pueden ser de tipo legal, contractual, económico.
- La existencia de clientes, proveedores y competidores.
- La sustituibilidad de la oferta y la demanda.

En el Ecuador la autoridad llamada a resolver según decreto ejecutivo 1614, en el caso de que existan conflictos de competencia relacionados con el derecho

de propiedad intelectual, es el Ministerio de Industrias y Productividad, a través de la Subsecretaría de Competencia, que tiene facultades investigativas, en tanto que el o la Miniustra tienen la potestad coercitiva y sancionadora respecto a conflictos relacionados con derecho de competencia.

Esta autoridad toma como sustento para su estudio y sanción lo que establece la decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones en concordancia con la Decisión 616 y el Decreto Ejecutivo 1614.

### **3.3 Análisis de sentencias Dictadas por la Fiscalía Nacional Económica (Chile) y por el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Perú).**

#### **FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA (CHILE)**

#### **Tribunal de defensa de la libre competencia**

#### **Sentencia No. 95/2010**

#### **Caso Gonzalo Vallejo en contra de Naviera Danvi Ship S.A.**

#### **Antecedentes:**

#### **ACTOR DON GONZALO VALLEJOS**

Con fecha 30 de junio de 2008, mediante presentación rolante a fojas 109, don Gonzalo Hernán Vallejos Mackay interpuso demanda en contra de Naviera Danvi Ship S.A. (en adelante "Danvi Ship"), por supuestas conductas contrarias a la libre competencia, fundando su acción en los antecedentes de hecho, económicos y de derecho, que a continuación se indican:

- Señala que es un empresario del rubro comercial y que desde hace 7 años opera un negocio de distribución de materiales de construcción y abarrotes en Isla de Pascua, que actualmente es el líder del rubro en dicha localidad.

- Agrega a continuación que la única forma de transportar mercadería al por mayor a Isla de Pascua es el transporte marítimo operado, en forma exclusiva, por Danvi Ship. Lo anterior, dado que la alternativa de embarque aéreo de carga es inviable para casi todos los bienes o productos, dado su elevado costo.

Según explica, la empresa Danvi Ship nació el año 2002 y ha mantenido una frecuencia de viajes a Isla de Pascua cercana a un viaje por mes, que realiza en diferentes naves o barcos de su propiedad. Agrega que la capacidad de cada uno de estos barcos es distinta, fluctuando entre los 1200 y los 2800 metros cúbicos, y que la carga que él transporta, fluctúa entre los 300 y los 600 metros cúbicos.

- Explica a continuación que la demandada, de un tiempo a esta parte, ha modificado de manera sustancial y unilateralmente la forma de hacer negocios que venían desarrollando, lo que le ocasionaría graves perjuicios, beneficiando de pasada a sus competidores en el rubro de los materiales de construcción.

En este sentido, explica que desde hace un tiempo la demandada no sólo le ha rechazado reservas y ha dejado de respetar la relación peso-volumen normalmente aplicada, sino que, además, ha alterado sustancialmente las condiciones de envío de carga, de tal manera, que resultaría más barato intentar llevar la carga por vía aérea.

Asimismo, señala que la demandada ha modificado unilateralmente la forma de pago del servicio de transporte de carga. En este sentido, explica que ahora la demandada le exige el pago del servicio por adelantado, en circunstancias que antes el pago de las facturas se hacía dentro del mes siguiente a la fecha de zarpe, mediante pago de las respectivas facturas a diferentes empresas de factoring.

Lo anterior, según explica, se vería agravado por el hecho que estas nuevas reglas sólo se le aplicarían a ella, y no a las otras personas o empresas que contratan con Danvi Ship.

- A continuación, la demandante explica que, en su opinión, el verdadero motivo del cambio en las referidas condiciones de contratación, no era otro más que intentar evitar su ingreso como nuevo competidor al mercado del transporte de carga a Isla de Pascua.

Lo anterior, por cuanto, según explica, ha iniciado y concretado gestiones para adquirir un buque de carga que permita reducir sus costos de flete y, eventualmente, prestar el servicio de transporte de carga hacia Isla de Pascua.

#### **CONTESTACIÓN DE NAVIERA DANVI SHIP S.A.**

Con fecha 8 de agosto de 2008, mediante presentación rolante a fojas 138, Danvi Ship contestó la demanda presentada por don Gonzalo Vallejos Mackay, solicitando su rechazo en todas sus partes, con expresa condena en costas, por las siguientes consideraciones de hecho, derecho y económicas:

- Después de hacer un breve resumen de los diversos antecedentes expuestos en la demanda de autos, señala que no es efectivo que se haya ocasionado un perjuicio a un importante sector de la población y a los comerciantes de Isla de Pascua, ya que la frecuencia de naves que tiene Danvi Ship se ha mantenido de manera tal que el abastecimiento de dicha localidad no se ha visto afectado, y que sus naves han transportado carga con su capacidad total y con la frecuencia acostumbrada.
- A continuación, y entrando al análisis de las conductas imputadas en la demanda, señala que jamás ha negado un embarque al demandante,

salvo cuando no disponía de capacidad de transporte. Agrega que por si eso no fuera suficiente, aún en el momento que el demandante se encontraba en mora de pagar flete adeudado, tampoco se le negó la posibilidad de embarque y se le exigió el pago del 50% anticipado, de acuerdo a las normas usuales establecidas en el “Reglamento General de Transporte Marítimo a Isla de Pascua” de Danvi Ship.

En relación con lo anterior, explica que Danvi Ship funciona mediante un sistema de reservas, las que se hacen en su página *web* llenando el Formulario de Solicitud de Transporte, o enviando un correo electrónico al encargado del Departamento Control de Reservas y Cobranzas o enviando un fax, de manera tal que a medida que se van haciendo las reservas se va asignando el espacio y llenando la nave en la medida que existan metros cúbicos disponibles y que estos metros cúbicos estén conformes con el peso disponible. En este sentido, explica que en algún caso particular puede haber ocurrido que la capacidad disponible para alguna nave haya sido inferior a la solicitada por el demandante, y por eso se podría haber limitado su reserva.

Asimismo, respecto de la afirmación de la demandante en el sentido que Danvi Ship habría modificado unilateralmente la forma de pago del servicio de transporte de carga, hace presente que lo único que hizo fue negarle el crédito a la demandante, pero que dicha decisión en ningún caso fue un acto arbitrario, ya que tuvo su fundamento en que ésta última se encontraba en mora en el pago a una empresa de factoring de una suma que, a mayo de 2008, ascendía a \$12.951.960.-, más intereses y gastos. En este sentido, apunta que el Reglamento General de Transporte Marítimo a Isla de Pascua, disponible desde siempre en su página *web*, señala expresamente que todo usuario que tenga pendiente pagos anteriores, sean éstos por saldos de fletes o por rebajas sin autorización por daño y/o pérdida de mercaderías, no se le

recibirá carga hasta la regularización total de la deuda pendiente, aplicándose los intereses correspondientes a su mora.

- Respecto a la acusación de la demandante, en el sentido que el verdadero origen de su conducta sería intentar evitar que ingrese un nuevo competidor en el mercado del transporte de carga a Isla de Pascua, señala que jamás se ha opuesto al ingreso de nuevas empresas navieras que quieren efectuar transporte marítimo de mercaderías en dicho tramo, ni tampoco podría hacerlo, en razón de la libertad de comercio que existe en el transporte de cabotaje en Chile.

### **ANÁLISIS DE FONDO POR PARTE DEL TRIBUNAL**

- a) Que, en su demanda, don Gonzalo Vallejos Mackay acusa a Danvi Ship de haber intentado evitar su ingreso como nuevo competidor al mercado del transporte de carga desde Valparaíso a Isla de Pascua, mediante la modificación, de manera sustancial y unilateral, de los mecanismos de asignación de reservas y pago por el transporte de la carga que debe trasladar hacia dicho destino. Según explica, esta modificación de las condiciones de contratación por parte de Danvi Ship serían constitutivas de un abuso de posición dominante y de una práctica predatoria destinada a mantener dicha posición;
- b) Que, en primer lugar, corresponde determinar el mercado relevante para efectos de esta causa y la eventual posición de dominio que pueda tener la demandada en éste;
- c) Que, tal como lo señala la propia demandante, Danvi Ship se dedica al transporte de mercadería al por mayor desde Valparaíso hacia Isla de Pascua. Por su parte, el demandante se dedica a la comercialización de materiales de construcción y abarrotos en Isla de Pascua, para lo cual requiere de los servicios de transporte de carga que provee Danvi Ship;

- d) Que, según lo declarado por don Gonzalo Vallejos en la absolución de posiciones de fojas 708 y por don Francisco Javier Vigouroux a fojas 423, a la época de los hechos denunciados en autos, Danvi Ship era la única empresa que transportaba mercadería al por mayor a Isla de Pascua por vía marítima;
- e) Que, por otra parte, el propio señor Vallejos señala que la única alternativa a los servicios de Danvi Ship está dada por el servicio de transporte aéreo de mercadería que presta Lan Cargo S.A. (en adelante "Lan Cargo"). Sin embargo, en su opinión, esta alternativa resulta prácticamente inviable, ya que el precio por el servicio de transporte aéreo de carga sería mucho mayor al del transporte marítimo;
- f) Que, en opinión de este Tribunal, a pesar de que el servicio de transporte aéreo a Isla de Pascua puede ser más caro que el servicio ofrecido por la demandada, dichos servicios pueden ser considerados como sustitutos imperfectos, ya que sería razonable utilizar el servicio de transporte aéreo, para determinadas combinaciones de valores y pesos de la carga transportada, cuando se ha considerado que el transporte marítimo ha tenido un precio demasiado alto;
- g) Que, adicionalmente, este Tribunal estima que pueden existir diversas razones, como el tipo de carga transportada o las características meteorológicas de la época del año en la que se realiza el transporte, que pueden explicar que se utilice el transporte de carga aéreo a Isla de Pascua, a pesar de que éste sea más caro que el transporte marítimo ofrecido por Danvi Ship;
- h) Que, a mayor abundamiento, es interesante notar que Catherine Lacord, una de las competidoras del demandante, al ser preguntada en su declaración testimonial, respecto de si Danvi Ship constituye el principal medio de abastecimiento para su establecimiento comercial, respondió a

fojas 515 que *“(t)engo otro medio de abastecimiento que también es muy importante para mi empresa que es el avión Lan Chile, en un 50% o más, depende del avión”*. En este mismo sentido, al preguntársele al testigo don Luis Adolfo Devia si su negocio depende del transporte de carga que le hace Danvi Ship, a fojas 518 respondió: *“(e)n parte sí, de barco y el otro de transporte aéreo que hace Lan Chile”*. Posteriormente, el testigo aclara que el porcentaje en que utiliza cada uno de los servicios es de un 60% en barco y el resto en avión;

- i) Que, por último, en opinión de este Tribunal, la parte demandante no aportó en autos antecedentes suficientes que permitan formarse convicción respecto de que los diferenciales de precios entre el transporte aéreo y marítimo de mercaderías al por mayor a Isla de Pascua sean de una entidad tal que hagan comercialmente inviable la sustitución entre el transporte marítimo y el aéreo;
- j) Que, en consecuencia, dado que existen antecedentes que acreditarían algún grado de sustitución entre ambos tipos de transporte, sin que dichos antecedentes hayan sido desvirtuados por prueba en contrario, este Tribunal estimará, para efectos de esta causa, que el mercado relevante es el de transporte de mercadería al por mayor hacia Isla de Pascua, tanto por vía marítima como por vía aérea;
- k) Que, luego de haber definido el mercado relevante, corresponde determinar si la demandada tiene una posición de dominio en el mismo. Para tal fin, a continuación se analizará la estructura de este mercado y si existen o no barreras a la entrada que puedan otorgar a la demandada una posición de dominio en él;
- l) Que, como ya se explicó, en el mercado relevante ya definido y a la época de los hechos denunciados en estos autos, sólo realizaban transporte de carga a Isla de Pascua, la demandada y Lan Cargo, por

vía marítima y aérea, respectivamente, por lo que dicho el mercado presentaba una elevada concentración. Sin embargo, esta característica no es suficiente por sí sola para establecer una posición de dominio, por lo que es necesario analizar, además, la existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores;

- m) Que, en este sentido, es preciso hacer presente, en primer término, que no existen barreras de tipo legal o reglamentario que pudieran impedir o dificultar en forma relevante la entrada de algún nuevo competidor al mercado de autos;
- n) Que, en segundo lugar, en lo que respecta a la posibilidad de la existencia de eventuales barreras naturales a la entrada a este mercado, dado el reducido tamaño del mismo, no es descartable pensar que el ingreso de potenciales competidores podría verse dificultado por restricciones para alcanzar la escala mínima necesaria para obtener rentas positivas al proveer dicho servicio. Sin embargo, lo anterior no ha sido acreditado en autos;
- o) Que, al respecto, es importante notar también que, durante el año 2008, ingresaron dos nuevas empresas a ofrecer este servicio, a saber, la empresa Naviera GV S.A. y la empresa Naviera Iorana Ltda.
- p) Que en opinión de este Tribunal, esto último refleja que el tamaño del mercado relevante no constituye una barrera natural infranqueable para la entrada al mismo;
- q) Que, en consecuencia, de los antecedentes que obran en autos, no es posible concluir que la demandada haya tenido a la época de los hechos denunciados una posición dominante en el mercado del transporte de mercadería al por mayor hacia Isla de Pascua, por lo que su demanda será en definitiva rechazada;

- r) Que, sin perjuicio de lo anterior y a mayor abundamiento, resulta necesario hacer presente que no existe evidencia en autos que permita dar por establecido que, en el caso de tener una posición dominante, las conductas adoptadas por Danvi Ship hubiesen constituido una infracción a la libre competencia en contra de don Gonzalo Vallejos:
- s) Que, en este sentido, no se ha acreditado en autos que la demandada haya discriminado arbitrariamente a don Gonzalo Vallejos al obligarlo a abonar, al momento de hacer sus reservas, el 50% del monto estimado a pagar por el servicio de transporte. Por el contrario, tal como consta del documento rolante a fojas 269, a la fecha de los hechos denunciados se encontraban vigentes las Condiciones Generales de Transporte Marítimo de naviera Danvi Ship, las que, en su numeral tercero, señalaban que *“(p)ara asegurar espacio de carga, se deberá abonar, junto con la solicitud, el 50% del valor estimativo a pagar y el saldo al momento del embarque, el cual debe ser documentado con cheque a 15 días o 30 días, a contar de la fecha de zarpe, documento que debe ser entregado a nuestro representante en Isla de Pascua, quien informará de ello a nuestra oficina para la recepción de la carga”*. Así, al proceder de esta manera, Danvi Ship se habría limitado a aplicar a don Gonzalo Vallejos las mismas reglas que aplica a todos lo que contratan con ella sus servicios de transporte de carga marítimo;
- t) Que, por otro lado, si bien la propia demandada reconoce que en junio de 2008 dejó de otorgar crédito vía *factoring* a don Gonzalo Vallejos, se encuentra acreditado fehacientemente en autos que a la fecha en que Danvi Ship adoptó dicha decisión, el demandante se encontraba en mora en el pago a la empresa de *factoring* Solventa de una suma que ascendía a \$12.951.960. Por lo demás, también se acreditó en autos que don Gonzalo Vallejos, al menos desde el año 2007, se había atrasado en reiteradas ocasiones en sus pagos a dicha empresa. Todo lo anterior consta en el informe de documentos cancelados emitido por

Solventa, rolante a fojas 307, y en la respuesta que dio dicha compañía a un oficio enviado por el Tribunal, rolante a fojas 540. De esta manera, es posible concluir que, al adoptar dicha decisión, Danvi Ship sólo se habría limitado a aplicar al demandante las condiciones generales que aplica a todos quienes contratan con ella;

- u) Que, en último término, tampoco se acreditó en autos que Danvi Ship haya dejado de respetar, a partir de junio de 2008, la relación peso-volumen que normalmente aplicaba a las cargas embarcadas por el demandante, reduciéndola de 0,8 a 0,3 toneladas por metro cúbico. Con relación a este punto, sólo obra a fojas 3 de autos un correo electrónico enviado por don Alex Cordero de Danvi Ship a don Marcos Mackay, en el cual se indica que se le autorizó, para un caso concreto, un embarque de 100 toneladas o de 300 metros cúbicos de carga liviana, carga que, según se desprende del mismo correo, podía distribuir de la manera que le pareciera más conveniente;
- v) Que, según se desprende de las consideraciones precedentes, don Gonzalo Vallejos Mackay fue totalmente vencido, por lo que se le condenará al pago de las costas de esta causa;

### **ANÁLISIS:**

En el caso descrito seguido por el Sr. Gonzalo Vallejo en contra de Naviera Danvi Ship S.A., nos demuestra la importancia del análisis de todos los elementos que forman la posición dominante y para posterior a esto poder determinar si existe o no abuso de posición dominante.

En lo que se refiere a la naviera se dejó sentado que la misma no contaba con posición de dominio ya que en el análisis del mercado relevante se pudo demostrar que el transporte aéreo se convertía en un sustituto del transporte marítimo, y con el ingreso de dos compañías que brindaban el mismo servicio, la hipótesis de barreras de entrada a nuevos competidos perdió sustento.

De esta forma el Tribunal resolvió rechazar la demanda planteada por el señor Gonzalo Vallejo y condenarlo al pago de costas procesales.

**INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**

**Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1**

**Resolución 0930-2011/sc1-indecopi - expediente 001-2010/clc**

**Caso Super Star S.R.L en contra de Deprodeca S.A.C.**

**ANTECEDENTES:**

**ACTOR SUPER STAR S.R.L.:**

El 5 de enero de 2010, Super Star S.R.L., denunció a Deprodeca S.A.C., ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, infracción prevista en el artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

En su denuncia, Super Star manifestó lo siguiente:

- La empresa denunciada es distribuidora de los productos del Grupo Gloria, en particular, de Gloria S.A., tales como leche evaporada, leche condensada, jugos, entre otros, y se dedica a venderlos a distribuidores locales y mayoristas en Moquegua;
- Super Star mantenía una relación comercial con Deprodeca, mediante la cual esta última le vendía dichos productos al crédito. Sin embargo, a partir de mayo de 2009, dejó de venderle sin motivo alguno, exigiéndole

que la compra se realice al contado o efectuando un pago por adelantado;

- Deprodeca le ha prohibido a la empresa La Genovesa S.A.C., distribuidor local de la denunciada, que le venda a Super Star los productos de Gloria, bajo amenaza de suspender el aprovisionamiento a dicho distribuidor;
- La denunciada es la única empresa que vende los productos de Gloria y pretende perjudicar a Super Star, debido a que esta última mantiene una relación de vinculación por parentesco con GEC E.I.R.L. empresa con la cual Deprodeca mantiene litigios pendientes; y
- La conducta denunciada le ha generado graves perjuicios económicos a Super Star, dado que no le permite atender las obligaciones de suministro asumidas con sus clientes.

#### **DEMANDADO DEPRODECA:**

Deprodeca señaló, entre otras cuestiones, que había concluido el vínculo comercial con Super Star dado que dicha empresa no constituyó la garantía requerida para la venta al crédito. Finalmente, precisó que no mantiene vinculación por razones de gestión, parentesco o similar con las empresas que intervienen en cadena de distribución y comercialización de los productos elaborados por Gloria en Moquegua.

#### **RESOLUCIÓN SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN**

La Secretaría Técnica de la Comisión declaró inadmisibles las denuncias interpuestas contra Deprodeca por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato en el mercado de distribución y

comercialización de los productos elaborados por el Grupo Gloria, por considerar que no existían indicios razonables de la infracción denunciada.

A criterio del órgano instructor, Super Star se encuentra en un nivel inferior de la cadena de distribución y comercialización, por lo que no representa un competidor directo para la denunciada. Asimismo, de las indagaciones preliminares, determinó que ninguna de las empresas que participan en el mismo nivel de la cadena que Super Star se encuentra vinculada a Deprodeca, por lo que tampoco existía una relación de competencia indirecta. En consecuencia, concluyó que no existían indicios razonables de que Deprodeca haya podido obtener beneficios anticompetitivos o generar perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, como consecuencia de la conducta denunciada.

#### **APELACIÓN ANTE EL TRIBUNAL DE COMPETENCIA:**

Super Star apeló la Resolución 009-2010/ST-CLCINDECOPI, solicitando se revoque o alternativamente se anule dicho pronunciamiento.

#### **TEMAS ANALIZADOS:**

- La Resolución 009-2010/ST-CLC-INDECOPI declaró inadmisibile la denuncia, por considerar que no existían indicios razonables de que la presunta práctica dominante haya permitido a Deprodeca obtener beneficios o genera perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos. Ello debido a que Super Star no tiene una relación de competencia directa o indirecta con la denunciada, pues participan en diferentes niveles de la cadena de distribución y comercialización de los productos elaborados por Gloria en Moquegua, y a su vez, dado que Deprodeca no se encuentra vinculada con algún competidor de la denunciante.

- La Secretaría Técnica de la Comisión resaltó que la propia denunciante ha afirmado que la negativa de Deprodeca se sustentaba en que Super Star se negó a asumir las obligaciones pendientes de pago que mantenía GEC, empresa que antes se desempeñó como distribuidora de la denunciada y que se encuentra vinculada por relaciones de parentesco con la denunciante. Del mismo modo, indicó que fue Super Star quien manifestó que la finalidad de Deprodeca era perjudicarla y no así, obtener un beneficio anticompetitivo.
- En su apelación, Super Star alegó que la conducta denunciada la está excluyendo del mercado, dado que limita su actividad comercial al impedirle atender los pedidos de su cartera de clientes respecto de los productos de Gloria. Asimismo, enfatizó que no se ha denunciado que Super Star es un competidor directo de Deprodeca, sino la negativa injustificada de esta última empresa de vender aquellos productos que distribuye de manera exclusiva.
- Tal como se ha señalado en el apartado precedente, para que se configure un supuesto de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa de trato en el ámbito del Decreto Legislativo 1034, se requiere que dicha conducta produzca un efecto exclusorio. Es decir, que como resultado de la conducta cuestionada se excluya del mercado a un rival o se impida el ingreso de un competidor del presunto agente dominante, lo cual presupone que existe una relación de competencia directa o indirecta entre las empresas involucradas.
- De la revisión de la denuncia y las indagaciones preliminares realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión, se verifica que en efecto, Super Star se encuentra en un nivel inferior de la cadena de distribución y comercialización de los productos elaborados por Gloria, por lo que no representa un competidor directo para Deprodeca. Mientras esta última

se dedica a la distribución mayorista, la denunciante se desempeña en el canal de comercialización en el rubro de autoservicios.

- De otro lado, conforme a la información recabada durante las actuaciones preliminares en la primera instancia, tampoco se presentaría una relación de competencia indirecta entre Super Star y Deprodeca, pues ninguna de las empresas que participan en el mismo nivel de la cadena que Super Star se encuentra vinculada por alguna relación de gestión, propiedad, parentesco u otra a Deprodeca.
- En consecuencia, de los hechos denunciados se advierte que no se presenta una relación de competencia actual o potencial entre Super Star y Deprodeca, de manera tal que no podría configurarse un abuso de posición de dominio exclusorio en la modalidad de negativa de trato, en la medida que la conducta denunciada no tendría como objeto o finalidad excluir a un competidor actual del presunto dominante ni impedir el ingreso de un competidor potencial al mercado.
- Por el contrario, la propia Super Star ha manifestado que la finalidad de la negativa de Deprodeca era perjudicarla, toda vez que existía una relación de vinculación por parentesco con GEC, empresa con la cual la denunciada mantenía litigios.
- Se advierte que la denunciante corrobora que no existiría una relación de competencia directa o indirecta con Deprodeca, ni se pretendería obtener un beneficio anticompetitivo derivado de la negativa. Según afirma Super Star, en todo caso, se trataría de una represalia a partir de su vinculación con una empresa que mantendría obligaciones pendientes con la denunciada.
- Ante las alegaciones efectuadas por Super Star en su apelación, es necesario precisar que pese a que Deprodeca pueda ostentar la

exclusividad en la distribución mayorista de los productos de Gloria, al no presentarse una relación de competencia con la empresa denunciante y por ende, un efecto exclusorio como consecuencia de las conductas denunciadas, estas últimas no califican como un supuesto de abuso de posición de dominio en el marco de la ley de libre competencia.

- De este modo, si bien la Secretaría Técnica de la Comisión declaró inadmisibile la denunciada por no presentarse indicios razonables de que la práctica en cuestión haya generado beneficios para Deprodeca o perjuicios a sus competidores directos o indirectos, la Sala ha verificado que al no presentarse una relación de competencia entre Super Star y la presunta empresa dominante, los hechos denunciados no constituyen un supuesto de abuso de posición de dominio con carácter exclusorio.
- Atendiendo a ello, dado que los hechos denunciados no se encuentran en el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1034, corresponde revocar la resolución apelada que declaró inadmisibile la denuncia interpuesta por Super Star contra Deprodeca por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, y reformándola, declarar improcedente la denuncia.

## **RESOLUCIÓN DE LA SALA**

Revocar la Resolución 009-2010/ST-CLC-INDECOPI del 14 de julio de 2010, expedida por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, que declaró inadmisibile la denuncia interpuesta por Super Star S.R.L. contra Deprodeca S.A.C., por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato; y, reformándola, se declara improcedente.

**ANÁLISIS:**

El abuso de la posición dominante tiene como objetivo el restringir la competencia, en lo relacionado al caso en mención, en una primera instancia la denuncia fue declarada como inadmisibile y en segunda instancia como IMPROCEDENTE, ya que no se puede considerar como abuso de la posición dominante el simple ejercicio de dicha posición.

Al referirnos a SUPER STAR Y DEPRODECA, estamos hablando de agentes económicos que se desarrollan en distintos niveles de la cadena, motivo por el cual no cabe el concepto de restricción a la competencia ya que SUPER STAR, no puede ser asumida como una competencia de DEPRODECA.

Existen varias negativas válidas para negarse a contratar dentro de las cuales se encuentra el incumplimiento de pago, negativa que no puede ser considerada como abuso de posición dominante.

**3.4 CASO POSICIÓN DOMINANTE ECUADOR**

**Ministerio de Industrias y Productividad – Superintendencia de Competencia**

**Resolución MIPRO – 001 - 2011**

**Caso Pfizer relacionado con el Sildenafil**

**SIONPHARM CIA. LTDA.; SWISS & NORTH GROUP S.A.; BIODENTAL CIA. LTDA.; VARTRAXHEALTH S.A.; GINSBERG E CUADOR S.A.; REPRESENTACIONES WHITEHOUSE S.A.; y HELSIN NPHARM CIA. LTDA. VS PFIZER CIA. LTDA. (Ecuador), PFIZER IRELAND PHARMACEUTICALS y PFIZER OVERSEAS PHARMACEUTICALS.**

**ANTECEDENTES:**

- El 15 de julio de 2009 se presentó ante el Señor Ministro de Industrias y Productividad una denuncia por parte de los agentes económicos u operadores económicos: BIODENTAL CIA. LTDA., GINSENBURG ECUADOR S.A., HELSINPHARM CIA. LTDA., REPRESENTACIONES WITHEHOUSE S.A., SIONPHARM CIA. LTDA., SWISS & NORTH GROUP S.A., VARTRAX HEALTH S.A., por presuntas prácticas anticompetitivas tipificadas en la Decisión 608 de la Comunidad Andina, la misma que fue remitida a esta Subsecretaría de Estado el 15 de julio de 2009.
- A continuación, mediante oficio MIC: E-C-11509-2009-SCs (fojas Scomp – 000237 a Scomp - 000238), la Subsecretaría de Estado admitió a trámite el expediente I-C-17885-2009-SCs, dando así inicio a la etapa de investigación preliminar.
- La denunciante, el 11 de agosto de 2009, estableció que sus pretensiones son: “1. Impedir la utilización de conductas restrictivas a la libre competencia, en el caso específico, el uso abusivo por parte de la compañía Pfizer Ireland Pharmaceuticals de la patente No. PI 99-1598, concedida con fecha 30 de agosto de 1999 por el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI; 2. Evitar la imposición de una distribución exclusiva del principio activo denominado “SILDENAFIL”; y 3. Impedir que nuestras representadas estén prohibidas de competir con los medicamentos producidos por los laboratorios autorizados por Pfizer Ireland Pharmaceuticals.
- La Subsecretaría aclara que el agente económico denunciado, a quien se ha iniciado este procedimiento administrativo es PFIZER IRELAND PHARMACEUTICALS, y a todas sus empresas relacionados inclusive, sin excluir a PFIZER OVERSEAS PHARMACEUTICALS, PFIZER CÍA.

LTDA. y cualquier otro operador económico que se encuentre involucrado en la supuesta infracción denunciada.

- De la misma manera y en concordancia con la participación dentro de este procedimiento, la compañía PFIZER CÍA. LTDA. a través de su Presidente Ejecutivo, el señor FELIX HERNAÉZ UGARTE presentó ante esta Subsecretaría de Estado el escrito LMZ-202-10 el 21 de enero de 2010, remitiendo información financiera de la mencionada compañía, en respuesta a lo solicitado por la Subsecretaría de Competencia.
- La denunciada PFIZER IRELAND PHARMACEUTICALS mediante escrito LMZ 524 - 10, presentó el recurso de apelación a la providencia de 09 de febrero de 2010 contenida en el oficio No. MIPRO-SC-2010-0093-SC.
- La Señora Ministra de Industrias y Productividad el 13 de septiembre de 2010 a las 15h00, resolvió desestimar el Recurso de Apelación interpuesto por la denunciada, así como negar la suspensión de los efectos recurridos, devolviendo el expediente al Subsecretario de Competencia para continuación del presente caso.
- El Señor Subsecretario de Competencia mediante providencia de 14 de septiembre de 2010 contenida en el Oficio No. MIPRO-SC-2010-0749-SC reabrió el plazo extraordinario de 45 días hábiles contemplado en el artículo 9 del Decreto Ejecutivo 1614. Una vez concluido dicho término se cerró la etapa de investigación y se procedió a la elaboración del informe.
- El miércoles 06 de octubre de 2010 mediante providencia contenida en el oficio No. MIPRO-SC-2010-0883-SC, el Subsecretario de Competencia aperturó un período adicional de prueba de trece días hábiles, para que las partes evacuen en una audiencia oral y pública sus

criterios sobre el mercado relevante del presente caso y lo expongan de manera oral ante el Subsecretario de Competencia del MIPRO.

- La conducta denunciada por la parte denunciante es -entre otras- la monopolización por parte de la denunciada del principio activo denominado “Sildenafil” que sirve para la producción de varios medicamentos, en especial el medicamento contra la disfunción eréctil bajo la marca de producto VIAGRA®, de acuerdo a lo señalado a fojas Scomp- 000003 y Scomp-000004.
- infracción continuada por parte de la denunciada, por cuanto solicitó las medidas cautelares el 26-VI-2006 y estas están vigentes al menos hasta el 13-XII-2009 como se desprende de autos, así como no ha sido negado por la denunciada (a fojas Scomp – 002534).
- El principio activo denominado “Sildenafil” es utilizado por la industria farmacéutica, en especial como medicamento de uso humano (medicamento) contra la disfunción eréctil masculina de acuerdo a lo señalado por la Dirección Nacional de Control y Mejoramiento en Gestión de los Servicios de Salud (a fojas Scomp 1221 y Scomp 1222) y por el Ministerio de Salud Pública mediante oficio SDM-10 0003512 de 10 de marzo de 2010, y que consta a foja Scomp – 7992.
- En el año 2000, las ventas de Viagra a nivel mundial coparon el 92% del mercado de píldoras prescriptivas para la disfunción eréctil. En Ecuador en el año 2000 solo se comercializaba el Viagra® (Sildenafil de Pfizer) mientras que al año 2010 se comercializan cerca de 26 marcas y productos diferentes con el compuesto activo o principio activo Sildenafil.
- El ingreso de nuevos competidores en el mercado de Sildenafil en el Ecuador trajo consigo que Pfizer Ireland Pharmaceuticals, subsidiaria de Pfizer Inc. y persona vinculada con Pfizer Cía. Ltda. Ecuador y Pfizer

Overseas Pharmaceuticals, entre otras, inicie demandas ante los jueces respectivos a sus competidores nacionales de Sildenafil con base a su patente de procedimiento aduciendo su infracción y se dicten medidas cautelares para impedir, bloquear o dificultar las ventas de Sildenafil en el país por otros operadores económicos.

- La Autoridad de Competencia ha confirmado y como consta en autos, que la denunciada ha planteado ocho (8) medidas cautelares con base a su patente de procedimiento Sildenafil (Viagra). La denunciada PFIZER planteó las medidas cautelares a dos (2) competidores directos cuando estos pasaron a vender un volumen de ventas superior al de Pfizer (Análisis Económico del Mercado Gráfico No. 9). Este es un caso de abuso horizontal donde el actor que impone las medidas cautelares busca alterar el rendimiento o ganancias del demandado dentro de un mercado o excluir totalmente al demandado.
- Que la patente de invención de procedimiento para la preparación de Sildenafil, patente signada con el No. PI 99-1598 es un patente de procedimiento y no es una patente de producto y por lo tanto no impide que existan otros productos con el mismo principio activo en el mercado ecuatoriano, como lo estipula la Decisión 486 de la CAN y la Ley de Propiedad Intelectual. En este sentido, existen dentro del procedimiento de investigación, la referencia a varios títulos de procedimientos para la preparación del Sildenafil que se encuentran patentados, tanto así que en Ecuador se encuentra registrada la patente No. PI 09 -1982, para el “Procedimiento para la preparación de piperacina, 1[[3-(4,7-dihidro-1-metil-7-oxo-propil-1H-pirazolo [4,3-d] pirimidin-5-il)-4-etoxifenil] sulfonil]-4-metil- y sus sales” llamada también sildenafil, según consta a fojas Scomp – 000244. De esta información se colige que el procedimiento patentado por la denunciada PFIZER IRELAND PHARMACEUTICALS no es el único procedimiento existente para la preparación del Sildenafil.

- El informe económico refleja la reducción de las ventas de Viagra (Sildenafil) de PFIZER con la entrada de nuevos competidores con el mismo principio activo. La entrada de nuevos competidores en el mercado del Sildenafil demuestra una reducción en las ventas de PFIZER a partir del año 2002. Coincidentemente, de la documentación constante en el expediente, en el año 2002 PFIZER interpone el primer juicio de medidas cautelares en contra de uno de sus primeros competidores, la compañía Acromax con su producto Max (Sildenafil). A partir del año 2002 PFIZER interpone subsecuentes juicios de medidas cautelares a otros competidores en el mercado del Sildenafil para evitar esta reducción significativa en su cuota de mercado, sin que hasta el día de hoy un juez haya declarado la copia entre las patentes del actor y del demandado en dichos juicios. Aún cuando existiera dicha declaración por el órgano judicial respectivo, esto no modifica el criterio de esta Autoridad, ya que son decisiones independientes.

#### **RESOLUCIÓN:**

- Se resuelve que las empresas denunciadas han incurrido en abuso de posición dominio. Se impone a la denunciada una multa de USD 549,189.35 (QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL CIENTO OCHENTA Y NUEVE CON 35/100 DOLARES DE LOS ESTADOS DE AMÉRICA)<sup>122</sup>

#### **ANÁLISIS:**

El caso en mención demuestra la aplicación de la normativa comunitaria en el Ecuador, la presente resolución deja un precedente importantísimo respecto a la aplicación del artículo 8 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina en nuestro País.

---

<sup>122</sup> Resolución No. MIPRO – 001 – 2011. Proceso de investigación No. I – C – 17885 – 2009 – Scs, que acumula el proceso de investigación No. SCC – DC – 0012 – 2010.

La sentencia a Pfziser demuestra que amparados en la Decisión 608 de la CAN y en el Decreto Ejecutivo 1614, en el Ecuador se está comenzando a investigar y sancionar conductas de posición dominante que afecten a los agentes económicos.

## CAPITULO IV

### 4.1 CONCLUSIONES

- La constitución ecuatoriana recoge principios fundamentales que protegen los derechos de los agentes económicos con el fin de evitar el abuso de la posición dominante y de las prácticas anticompetitivas que afectan el mercado nacional.
- Aun cuando no entra en vigencia una normativa de competencia varios cuerpos legales recorren dentro de su articulado normas que van en procura de la defensa de la libre competencia.
- A partir de la entrada en vigencia del Decreto 1614 el Ecuador tiene como norma para sancionar conductas anticompetitivas a la Decisión 608 de la Comunidad Andina, en tal virtud el artículo 8 es aplicado por la Subsecretaría de Competencia adscrita al Ministerio de Industria y Productividad (MIPRO).
- La pugna que existe entre el Derecho de Patente y el Derecho de Competencia en relación con la Posición Dominante, debe ser resuelto por la autoridad de competencia.

## 4.2 RECOMENDACIONES

- Incentivar políticas que aseguren dentro de la economía y el mercado el mayor y mejor bienestar económico general, objetivo que se puede conseguir evitando y sancionando prácticas individuales, empresariales e incluso estatales que impidan, restrinjan o falseen la competencia.
- Que una vez entrada en vigencia la Ley de Competencia, la misma sea analizada con más profundidad con el fin de que no obedezca a intereses económicos o incluso de carácter política que muchas veces pretenden desnaturalizar los verdaderos motivos del Derecho de Competencia.
- La necesidad de poner en marcha una política de competencia con la finalidad de promover la competitividad en el sector productivo y de esta forma permitir que la industria ecuatoriana tenga la eficiencia suficiente para competir.
- El establecer un Reglamento a la Ley de Competencia que establezca con exactitud cuáles son los procedimientos a seguir con el fin de controlar y sancionar actos de distorsión competitiva.

**BIBLIOGRAFÍA:**

- Andrade, S. (2001) Hace falta una Ley que promocióne y proteja la competencia económica. Ecuador: Colegio de Jurisprudencia de la Universidad de San Francisco de Quito.
- Baylos, H. (1978) Tratado de derecho industrial; Propiedad industrial e intelectual; Derecho de la competencia económica; y, Disciplina de la competencia desleal. Madrid: Civitas.
- Beneyto, J. (2005) Tratado de Derecho de la competencia. Barcelona: Bosch.
- Bercovitz, A. (1975) La formación del Derecho de la competencia. Madrid: Marcial Pons.
- Cases, L. (1995) Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia. Madrid: Ediciones Jurídicas
- Constitución de la República del Ecuador (2008). En Registro Oficial No. 449 Asamblea Constituyente.
- Decisión 608 de la Comunidad Andina (1991). Comunidad Andina.
- Decisión 616 de la Comunidad Andina (2005). Comunidad Andina.
- Decreto 1614 (2009). En el Registro Oficial No. 558. Presidencia de Replica del Ecuador.
- Espeche, N. (2001) Defensa de la Competencia. Buenos Aires: Depalma.
- Eyzaguirre, H. (1998) Políticas de competencia en países menos desarrollados, *Boletín Latinoamericano de Competencia*.

- Font, J. (1987) Constitución económica y Derecho de la competencia. Madrid: Marcial Pons.
- Gutiérrez, I. Y Padilla, J. (2006) Una Racionalización Económica del Concepto de Posición Dominante. Madrid: Fundación Rafael del Pino.
- Grijalva, A., Troya, J. (2003) Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador, *Foro Revista de Derecho de la UASB-Ecuador /CEN*.
- Hernández, F. (1997) Precios Predatorios y Derecho Antitrust.- Estudio Comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español. Madrid: Marcial Pons.
- Martínez, S. (2006) El Abuso de Posición de Dominio. Madrid: Marcial Pons, Fundación del Pino.
- Medrano, G. (1993) Control de los monopolios y defensa de la competencia. Buenos Aires: Depalma.
- Soto, R. (2005) EL Interés Público en la Defensa de la Competencia. Madrid: Marcial Pons.
- Tineo, L. Y Curiel, C (2005) ¿Mejora un País su Marco Institucional con Políticas de Competencia? El Caso de Guatemala. Boletín Latinoamericano de Competencia.
- Velasco, L. (2006) Diccionario de Derecho de la competencia. Madrid: IUSTEL.
- Gómez, X (2003) Patentes de invención y derecho de la competencia económica, Ecuador: ABYAYALA.