



FACULTAD DE DERECHO

“ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República.

Profesor Guía
Dr. Fausto Alvarado Contreras

Autor
María Elena García Herrera

Año
2014

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

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

.....
Fausto Alvarado Contreras
Doctor en Jurisprudencia
C.C. 0102417391

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 Elena García Herrera
C.C. 172454179-0

AGRADECIMIENTOS

Agradezco al Doctor Fausto Alvarado Contreras por toda su entrega durante este Trabajo de Titulación, por los conocimientos compartidos y primordialmente por cada día impulsarme a ser mejor, viendo en él un ejemplo a seguir.

DEDICATORIA

A María Judith Falconí, la luz en el cielo que guía mi camino.

A mis padres María Elena y Miguel, por ser los pilares de mi vida y mi motivación diaria.

A mis ángeles

RESUMEN

Por varios años el ámbito de la competencia en el Ecuador ha sido descuidado y los posibles acuerdos anticompetitivos que se han suscitado a lo largo de estos años han sido desapercibidos, debido a la falta de una política de la competencia instituida en el país y por lo tanto, la carencia de una autoridad de competencia, una ley aplicable y principalmente el desconocimiento por parte de la colectividad.

El mercado ecuatoriano es un mercado concentrado e imperfecto, debido a que no ha habido suficientes competidores que favorezcan al desarrollo de nuestra economía, y esta situación ha permitido que determinadas empresas se posicionen en el mercado fijando los precios de los bienes o servicios a su conveniencia para su único beneficio económico y en perjuicio de los consumidores que somos todos los ciudadanos e incluso al Estado por ser éste un consumidor más.

Los acuerdos anticompetitivos están prohibidos en el art. 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado vigente desde el mes de octubre del año 2011. Estos acuerdos son horizontales cuando han sido celebrados entre empresas de un mismo eslabón de la cadena productiva, y los acuerdos verticales son celebrados entre empresas de distintos eslabones de la cadena productiva. Los segundos se caracterizan por ser acuerdos con efectos positivos al mercado, cuyo objeto no es restringir la competencia sino mejorar toda la actividad comercial de manera vertical para ser más eficientes, a diferencia de los acuerdos horizontales cuyos efectos son *per se* nocivos a la competencia ya que su objeto versa sobre restringir la oferta en el mercado para así fijar los precios a su conveniencia.

En este Trabajo de Titulación realiza un análisis de los tipos de acuerdos anticompetitivos contenidos en el art. 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

ABSTRACT

For several years the field of competition in Ecuador has been neglected and possible anticompetitive agreements that have arisen over the years have been unnoticed because of the lack of competition policy instituted in the country and at therefore, the lack of a competition authority , applicable law and especially the ignorance of the community.

Ecuador is a concentrated and imperfect market because competitors have not been enough to encourage the development of our economy, and this has allowed certain companies to position themselves in the market by setting prices on products or services at your convenience, just only for economic benefit and to the detriment of consumers that we are all citizens and even the State as another consumer. Anti-competitive agreements are prohibited in the art. 11 of the Organic Law for the Regulation and Control of Market Power in force since October 2011.

Such agreements are horizontal when they have been entered into between companies in the same link of the production chain, and vertical agreements are concluded between undertakings various links in the production chain. The latter are characterized by positive agreements with market effects, the purpose is not to restrict competition but to improve the whole business vertically to be more efficient , unlike the effects of horizontal agreements are per se harmful to competition and its object is about restricting supply in the market to set prices and at your convenience.

In this paper titration performed an analysis of this type of anti-competitive agreements and each of the behaviors contained, in order to determine what should be the criteria under which we will proceed to investigate by the competition authority, and what arrangements should also be considered within the exception in art. 12 of the Organic Law for the Regulation, and each of the behaviors contained in the Law.

ÍNDICE

CAPÍTULO I	1
LA FINALIDAD DE LA NORMA Y DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA	1
1.1 Finalidad de las normas de Competencia	1
1.2 Objetivo de una Política de Defensa de la Competencia	3
1.3 El Interés General o Público de la Defensa de la Competencia	6
1.4 La intervención del Estado en la defensa de la competencia	8
CAPÍTULO II	9
CONCEPTOS ANALÍTICOS FUNDAMENTALES	10
2.1 Eficiencia y generación de excedentes	10
2.2 Ejercicio del poder de mercado	13
2.3 Mercados competitivos y oligopólicos	17
2.4. Competencia efectiva	19
2.5 Mercado relevante y la importancia de su análisis en el Derecho de la competencia	22
CAPÍTULO III	25
ESTRUCTURA NORMATIVA DE LA COMPETENCIA	25
3.1. Introducción al Artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado	25
3.2. Consideraciones Generales sobre el Artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado	27

del Poder de Mercado.....	30
3.3.1 Formas de los acuerdos.....	30
3.3.2. Autonomía de las partes	38
3.3.2.1. El autor de la infracción.....	40
3.4. Aptitud de la práctica para restringir la competencia	41
3.4.1. Restricciones por objeto o efecto	43
3.5. La nulidad de los acuerdos prohibidos	45
3.6. Excepciones a la aplicación de la prohibición contenida en el Artículo 12 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.....	46
CAPÍTULO IV	48
CONSIDERACIONES RELATIVAS A LOS ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS HORIZONTALES.....	48
4. Introducción a los tipos de acuerdos anticompetitivos horizontales.....	48
4.1. Acuerdos de fijación de precios.....	49
4.2. Acuerdos de fijación de otras condiciones comerciales	52
4.3. Acuerdos de limitación o control de la producción, distribución, el desarrollo técnico o las inversiones	53
4.4. Acuerdos de reparto de mercado, zonas, clientes o las fuentes de aprovisionamiento	55
4.5. Licitaciones fraudulentas.....	57
4.6. Acuerdos de boicot.....	59
CAPÍTULO V	61
CONSIDERACIONES RELATIVAS A LOS ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS VERTICALES	61

5. Introducción general a los acuerdos anticompetitivos	
verticales	61
5.1.1 Agencias.....	62
5.1.2. Franquicias.....	64
5.2. Tipos de clausulas incluidas en acuerdos de distribución.....	66
5.2.1. Fijación de precios mínimos de reventa.....	69
5.2.2. Precios de reventa máximos, recomendados e indicativos.....	71
5.2.3. Ventas activas y ventas pasivas.....	72
5.2.4. Marca Única.....	74
5.2.5. Compra exclusiva.....	76
5.3. Análisis Casos Internacionales.....	77
5.3.1. Caso Argentina (año 2005).....	77
5.3.2. Caso Chile (año 2007).....	78
Conclusiones	81
Recomendaciones	84
REFERENCIAS	84

CAPÍTULO I

LA FINALIDAD DE LA NORMA Y DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

1.1 Finalidad de las normas de Competencia

Como lo establece Manuel Abanto Vásquez en su libro *“El Derecho de la Libre Competencia”*, en los últimos años la Competencia ha sido reconocida como la única institución con capacidad para motivar el desarrollo de las actividades comerciales de los individuos para operar dentro del mercado, por lo que deberá ser entendida como un principio de cada ordenamiento jurídico que propaga la libertad de empresa conforme lo dispone el artículo 66 numeral 15 de la Constitución de la República del Ecuador. De esta manera, entendemos a la competencia económica como la rama del derecho *“coordinadora de las relaciones contractuales de las partes en el mercado, y con ello, como reguladora de un proceso de mercado que se regula a sí mismo”* (Vásquez Abanto, 1997).

Lo señalado por Manuel Abanto se refiere a que la Competencia tiene como objetivo, regular las relaciones comerciales entre los operadores económicos que participan en un mismo mercado, para así promover la competencia entre los mismos. Autores como Manuel Abanto consideran que sería ideal sería que el mercado funcione sin mayor intervención alguna, sino mediante las reglas naturales del mercado como son a través de la oferta y la demanda, pero esto a nuestro parecer muy pocas veces funciona a favor del interés económico general, situación que conlleva en sí mismo una razón para su existencia.

Daniel Hargain, respecto a la normativa en materia de Derecho de la Competencia afirma lo siguiente: *“Las leyes de Defensa de la Competencia son las que aseguran que el sistema funcione correctamente, prohibiendo que los agentes económicos reduzcan o eliminen deliberadamente la competencia”*.

(Gómez Leiva, Hargain, & Espinosa Calabuig, Derecho de la Competencia, 1998)

Para que en una sociedad exista una estructura de mercado eficiente, es decir, donde la competencia entre los operadores económicos sea transparente y de esta manera se puedan adquirir por parte de los consumidores intermedios o finales de bienes o servicios de calidad, al menor precio posible, es necesario la intervención del Estado, mediante la promulgación de una normativa en materia de Competencia a fin de que se precautele la libre concurrencia en el mercado y prohíba conductas que lo atenten y distorsionen.

Xavier Ginebra Serrabou en su obra *“El Derecho de la Competencia en tiempos de crisis”* explica que a través de las normas de competencia se podrá corregir las fallas del mercado y se genere una mejor interacción entre la oferta y la demanda. (Ginebra Serrabou, 2011)

En conclusión, la finalidad de las normas de competencia es precautelar el bien jurídico denominado como **libertad de empresa**, la cual se refiere a una libertad de decisión por parte de los consumidores al momento de adquirir un bien, y además la libre realización de la voluntad o al libre proceder de los operadores económicos que compiten en el mercado. Para lo cual, las normas de competencia deben estar orientadas al bienestar social, a través de precautelar el interés económico general y al mismo tiempo incidir en el desarrollo económico del país, donde la competencia sea la regla y el mercado regulado la excepción.

En la persecución de esta finalidad, los beneficiarios de las normas de competencia son los consumidores tanto intermediarios como finales, quienes podrán acceder a los bienes y servicios ofertados por las empresas que en este contexto compiten entre ellas, alcanzando así una competencia efectiva que puede evidenciarse en mejores precios y una mayor diversidad en cuanto a las opciones de productos o servicios para los consumidores. Todo esto lo

podríamos resumir en una sola frase, la competencia efectiva nos conlleva a ser más competitivos.

1.2 Objetivo de una Política de Defensa de la Competencia

El Estado es el responsable de crear las políticas públicas conforme lo establece la Constitución de la República del Ecuador, las mismas que regirán en todo o en parte de la sociedad. Dentro de estas capacidades y/o competencias, se debe implementar una política aplicable al mercado, la cual está contenida en el Capítulo Sexto, Sección quinta que trata sobre *“Intercambios económicos y comercio justo”*, Art. 336 inciso segundo que dispone lo siguiente: *“(…) El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades (…)”* (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Es decir, las políticas de competencia establecidas por el Estado deben tener como objetivo, lograr una justa y equitativa asignación de recursos entre todos los operadores económicos que participan en el mercado, para así alcanzar un equilibrado progreso y desarrollo en beneficio de los ciudadanos, pero sobretodo se requiere, alcanzar el bienestar de los consumidores quienes junto con los operadores económicos son afectados cuando son víctimas de las prácticas anticompetitivas y más aún ante la ausencia de regulación en esta materia.

Adicionalmente, ésta política está enfocada en alcanzar una competencia efectiva entre los operadores económicos, y que se reduzcan para los mismos cualquier barrera que obstaculice su libre acceso al mercado o dificulte su permanencia en él o incluso impida su salida.

Los autores Daniel Hargain y Rosario Espinosa Calabuig definen a la política de competencia como: *“Es la concepción que existe en un determinado país, en un momento histórico concreto, acerca de si debe haber competencia en*

todos los sectores del mercado, y cuán intensa debe ser ella". (Gómez Leiva, Hargain, & Espinosa Calabuig, Derecho de la Competencia, 1998)

Por lo expuesto, no siempre existe competencia en todos los sectores del mercado, ya que justamente estas imperfecciones del mercado impiden, limitan, distorsionan o falsean la competencia afectando el interés económico general, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

Es por eso que una política de competencia debe ser adoptada por todos los países sin tomar en cuenta si existe una mayor o menor competencia en su mercado, ya que una correcta política instaurada promoverá la competencia en beneficio del mercado, la economía y la sociedad en su conjunto.

Adicionalmente, es necesario considerar que la política de competencia será de aplicación uniforme y no contempla ningún tipo de excepción alguna. Sin embargo, aunque esta política busca ser aplicada por todas las empresas ya sean públicas o privadas, nacionales o extranjeras, con o sin fines de lucro incluido las asociaciones gremiales, existen ciertas excepciones establecidas estrictamente para los servicios públicos, tales como son los servicios de agua potable o la luz eléctrica, los cuales gozan de cierta protección y están exentos por razones de interés público.

Otra excepción respecto a la aplicación o no de la política de competencia sobre la cual versa esta tesina, es aquella relacionada con los acuerdos cuya intencionalidad si bien fue la de obtener un beneficio lucrativo perjudicando a los consumidores u otros competidores, éste no es significativo o en otras palabras, el daño ocasionado al mercado en general es ínfimo, por lo que estarán sujetos a la excepción llamada o conocida como la *regla de mínimos*.

En virtud de lo expuesto, el planteamiento de una eficaz política de competencia motivará a las empresas u operadores económicos a ofertar bienes y servicios que sean de calidad y al momento que los consumidores

deseen adquirirlos tengan varias opciones en cuestión de precios y calidad, lo que implica una gran eficiencia en la estructura del mercado.

En este punto es necesario considerar que si bien la responsabilidad de la política de defensa de la competencia y la política de promoción de la competencia es responsabilidad casi exclusiva del Estado, debe realizarse una diferenciación entre las mismas. La política de promoción de la competencia busca dar a conocer a la colectividad en qué consiste este ámbito del Derecho, cual es el bien jurídico protegido e incentivar su participación a fin de que se denuncie los actos contrarios a la libre competencia que afecten no solo a los consumidores sino también a los demás competidores.

En tanto que, la política de defensa de la competencia tiene como objetivo esencial el de fomentar por parte de los operadores económicos la libre competencia en el mercado a la que puedan acceder los competidores fácilmente sin que existan barreras o distorsiones que lo obstaculice.

Lluís Cases Pallares en su obra “Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia” señala que la defensa de la competencia es: “(...), es una forma de intervención de los poderes públicos en el mercado diseñada para mantener una competencia adecuada” (Pallares Cases, 1995).

Conforme a lo expuesto, la intervención estatal es indispensable para que en el mercado exista una competencia efectiva y los beneficios que de ésta se pueden generar conforme lo señala Cases Pallares pueden ser los siguientes: “1) *Determinación de precios limitada a los incrementos de costos, lo que conduce a decisiones de compra y producción que minimice el gasto; 2) Procesos de producción eficientes, y 3) innovación tanto en productos como en los procesos de producción*”. (Pallares Cases, 1995).

En conclusión, una adecuada política de defensa de la competencia instaurada por el Estado permitirá preservar el funcionamiento competitivo de los

mercados, lo cual acarreará una mayor eficiencia económica en beneficio de toda la colectividad y su propio desarrollo.

1.3 El Interés General o Público de la Defensa de la Competencia

El interés público de defensa de la competencia radica en evitar que se generen posibles abusos por parte de los empresarios que busquen alcanzar su propio beneficio y enriquecimiento mediante actos que perjudiquen a otros competidores y principalmente a los consumidores.

Nuestro ordenamiento jurídico permite a los empresarios realizar las actividades propias de sus negocios con autonomía, sin embargo, las mismas deben ser concurrentes con el bienestar de la mayoría de los ciudadanos ecuatorianos.

Es decir, si es necesaria la intervención del Estado en la competencia pero no debe limitarse el ejercicio individual de la libertad de empresa como por ejemplo en la toma de decisiones de las empresas en busca de su desarrollo. Su intervención debe enfocarse en alcanzar un equilibrio entre la libertad de empresa en el mercado y los derechos de los consumidores para que no sean violentados.

William García Machmar en su obra *“Manual de la Libre Competencia”* respecto a los intereses que se busca precautelar mediante la regulación de conductas que afecten a la libre competencia establece que es el bienestar de los consumidores, la eficiencia económica y la protección al proceso competitivo. (García Machmar, 2011)

Respecto al bienestar del consumidor García Machmar afirma que *“(…) mayores grados de competencia están asociados a mayor calidad de los productos y precios bajos”* (García Machmar, 2011). Es decir, que en un mercado de competencia transparente y eficiente se ofertarán más bienes y

servicios de buena calidad y a precios más bajos para ser accesibles a todos los consumidores.

Siendo la eficiencia económica el segundo interés que la política y el derecho de competencia busca precautelar, García Machmar señala lo siguiente: “(...) *el derecho de la libre competencia promueve la eficiencia, debido a que conduce los precios efectivos del mercado hacia los costos marginales de la empresa*” (García Machmar, 2011). Los costos marginales a los que hace referencia Machmar es un costo extra que recibe el productor por haber vendido una unidad adicional de su producto en relación a la cantidad que vende regularmente, por lo que esto promoverá la eficiencia económica en el mercado, se logrará incentivar a la investigación e innovación por parte de las empresas y así el desarrollo de las mismas.

Finalmente, respecto al proceso competitivo como tercer interés tutelado, García Machmar establece lo siguiente: “(...) *se dice que el derecho de la libre competencia protege el proceso competitivo como un todo, o sea, no busca proteger como tal a alguno de los participantes en especial –sean los consumidores o las empresas-, sino que, por el contrario, busca hacer eficiente el proceso productivo, impidiendo que en alguna parte de la cadena productiva existan conductas de los agentes económicos que entorpezcan el desempeño y la actividad del resto de los agentes*” (García Machmar, 2011).

En base de lo referenciado, podemos señalar que el derecho de la competencia tiene como finalidad precautelar la transparencia y correcto funcionamiento de toda la cadena productiva, evitando que en algún segmento de la misma se puedan suscitar ciertas conductas por parte de los operadores económicos que ocasionen distorsiones o restrinjan y limiten la competencia.

1.4 La intervención del Estado en la defensa de la competencia

A fin de precautelar el acceso a la libre competencia y la defensa de la misma, se requiere principalmente la intervención normativa por parte del Estado, es decir, que se establezcan los parámetros legales necesarios que permitan a los operadores económicos conocer las respectivas reglas del mercado al momento de ingresar a competir dentro de éste, lo que implica una igualdad de oportunidades para cada uno de ellos.

Es necesario considerar que la intervención normativa por parte del Estado no solo consiste en fijar las reglas del mercado, sino también establecerá las sanciones que se aplicarán en caso de que se afecte, limite o elimine la competencia debido a los acuerdos o prácticas anticompetitivas efectuados entre competidores cuyo objetivo o efecto sea ese.

Javier Viciano Pastor en su obra *“Libre competencia e intervención pública en la economía”* respecto a la intervención estatal en defensa de la competencia señala lo siguiente: *“Las intervenciones de los poderes públicos en la Economía tienen por objeto, como hemos dicho, restablecer las condiciones ideales del mercado: multiplicidad de operadores, libertad de acceso, competencia por el esfuerzo”* (Viciano Pastor, 1995).

Conforme lo citado, podemos señalar que la intervención del Estado en las relaciones económicas que se realicen en los distintos sectores del mercado deben estar al amparo de las normas que regulan a la libre competencia, con el objetivo de que exista una competencia efectiva, en donde puedan concurrir la mayor cantidad de empresas compitiendo.

Delio Gómez Leiva, autor de *“La política de competencia y la integración regional”* en la Obra *“Derecho de la Competencia”*, respecto a la intervención del Estado en la competencia concluye lo siguiente:

“La competencia no es suficiente per se por qué no garantiza que en detrimento de los consumidores, las empresas se pongan de acuerdo para incrementar los precios y obtener mayores rentas. Al hacerlo dichas empresas evitan tener que mejorar su ganancia disminuyendo sus costos de producción” (Gómez Leiva, Hargain, & Espinosa Calabuig, Derecho de la Competencia, 1998).

Lo señalado, se refiere a que no es posible prescindir del control del mercado y dentro de este la defensa de la competencia, puesto que los operadores económicos siempre buscarán su beneficio económico y a muchas de éstos les tendrán sin cuidado cuán afectados sean los consumidores. Es por eso que la intervención del Estado en la defensa de la competencia es indispensable, ya sea a través de la promoción de una correcta política y su correspondiente control mediante su Ley correspondiente.

Si bien, la indispensable intervención del Estado en este caso consiste en regular y controlar las actividades económicas, tanto públicas como privadas, con o sin fin de lucro, nacionales o extranjeras, en otras palabras, todas las actividades realizadas por agentes u operadores económicos que participen en todo o en parte del mercado, pues es conocido que los sujetos denominados operadores económicos y que participan en el mercado, son capaces de a través de su intervención, modificar y/o alterar, significativamente la concurrencia y de esta manera vulnerar el bienestar de toda la colectividad, es decir, el interés económico general.

CAPÍTULO II

CONCEPTOS ANALÍTICOS FUNDAMENTALES

2.1 Eficiencia y generación de excedentes

Guillermo Cabanellas de las Cuevas en su obra *“Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia”* Tomo I, en relación a la eficiencia del mercado explica que en los mercados competitivos, es decir, *mercados eficientes*, la oferta se determina porque los costos marginales aumentan en relación a la cantidad que se produce. (Cabanellas, 2005)

Es decir, que en un mercado en el cual existe competencia, la capacidad de poner a disposición de los consumidores ya sean bienes o servicios, dependerá de que se incrementen las unidades adicionales que se producen en virtud de que la cantidad de unidades que se produce regularmente haya incrementado también. Al incrementar la cantidad de bienes que se producen regularmente generará mayores ingresos al productor, por lo que le permitirá producir algunas unidades adicionales.

Además, menciona que el equilibrio en el mercado se logra cuando la oferta es igual a la demanda, esto debido a que los precios han sido determinados por este “juego”. El “juego” al cual nos referimos es la “conurrencia”. Este interactuar entre oferta y demanda al que se refiere Cabanellas de las Cuevas está directamente relacionado con el precio, por lo que así desarrolladas las fuerzas del mercado, casi siempre existirá simetría entre los bienes y servicios que se ponen a disposición de los consumidores por parte del o los productores (oferta), en relación a la cantidad de los mismos que los consumidores intermedios o finales desean adquirir (demanda), siempre que los precios en el mercado hayan sido fijados libremente y en base de lo antes referido, sin la intervención de terceros ya sea el Gobierno o algún competidor con poder cuya intención sea la de manipular los precios para su beneficio, es decir, la

concurrència aquí definida se da en situaciones donde exista competencia efectiva y en donde los operadores económicos (oferta y demanda) hayan alcanzado un equilibrio.

Tomando en cuenta el precio de equilibrio al que se ha llegado en un mercado de competencia efectiva, no perfecta, conforme lo citado anteriormente, y dadas las fallas existentes en el mercado-por eso es imperfecto-, este delicado equilibrio puede verse alterado, iniciando de esta manera las llamadas imperfecciones o distorsiones llevadas a cabo por los agentes u operadores económicos que intervienen en el mercado, fijando sobre todo precios mayores o menores al precio de equilibrio, por lo que los productores se verán en la necesidad de producir una menor cantidad que la que ha sido demandada pero al mismo precio, cuya consecuencia será que la demanda sea mayor que la oferta y podrán elevar los precios de los productos ya que habrá un desequilibrio o se producirá artificialmente un desabastecimiento de los bienes o servicios.

Otra particularidad en el análisis referido, es que si los precios de los bienes son superiores al precio de equilibrio, esto ocasionará que los productores generen una mayor cantidad de bienes que la que ha sido demandada y ésta será comercializada a dicho precio, al mismo tiempo los productores incrementarán la producción, por lo que la oferta será mayor a la demanda y habrá una ruptura del equilibrio, cuya consecuencia inmediata será que exista un excedente de dichos bienes, pero que los consumidores no estarán dispuestos a pagar el precio incrementado o distorsionado, pues ese valor no es equivalente o no corresponde a su costo de producción; ante dicho desequilibrio, tendremos la presión de los consumidores que no están de acuerdo y al mismo tiempo no han demandado dicha cantidad, por lo que no adquirirán el bien o servicio, de esta manera presionando a los productores a la baja del precio, situación que generará una pérdida para los productores por lo invertido en la producción excesiva. El bien o servicio que no será pagado al

precio distorsionado, sino únicamente a su precio equivalente, salvo que el consumidor no tenga otra opción.

El tratadista Cabanellas de las Cuevas define al excedente del productor como: *“El excedente del productor equivale a la diferencia entre el precio percibido por los productores por la venta de sus productos y el costo experimentado por tales productores para ofrecer tales productos”* (Cabanellas de las Cuevas, 2005).

El autor explica que el excedente del productor se refiere a la diferencia que existe entre el valor percibido por cada unidad de un producto o servicio adquirido por los consumidores, y los costos que son utilizados en la producción de dichos bienes o servicios que son ofrecidos (ofertados) a los consumidores, sean estos consumidores intermedios o finales.

En este caso, si el total de bienes producidos es menor al nivel de equilibrio alcanzado dentro del mercado se perderá una parte del excedente del consumidor, ya que al existir una gran cantidad de bienes de iguales características y calidad, estos buscarán pagar precios inferiores. A su vez, también se perderá el excedente del productor puesto que una mayor producción generará precios elevados en relación a los costos que se han generado para producir dichos productos.

Adicionalmente, define al excedente del consumidor como: *“El excedente del consumidor es la diferencia entre el precio que los consumidores estarían dispuestos a pagar por los productos que adquieren, y el que efectivamente pagan”* (Cabanellas de las Cuevas, 2005).

En este punto el autor, se refiere a que el excedente del consumidor equivale al precio que los consumidores estarían dispuestos a pagar por adquirir un determinado bien o servicio y el precio en efectivo de los mismos. Para adquirir cierto producto, los consumidores siempre van a tener en cuenta el precio

máximo que pagarían por él, así como también preferirían pagar por él un precio menor pero nunca sobrepasar ese máximo, es decir, nunca sobrepasar el precio de equilibrio.

Conforme lo expuesto, deducimos que una vez que en un mercado se ha establecido un precio de equilibrio, el excedente del productor y del consumidor habrán alcanzado su máximo y la suma de los excedentes dará como resultado el interés económico general siendo este uno de los múltiples fines que persigue la libre competencia y como no podría ser de otra manera también constituye el objeto de nuestra Ley.

Es indispensable conocer los excedentes ya que nos permite medir y comprender desde la perspectiva de los consumidores los beneficios que estos alcanzan al pagar un precio dentro de su capacidad en el caso del excedente del consumidor, y en caso del excedente del productor, reflejará cuáles son los costos finales que implica a los productores la generación de sus productos y así evaluar los beneficios que han de alcanzar dentro del mercado. Sin embargo, esta equivalencia no es más que un análisis teórico debido a que en la práctica no funciona de esta manera.

2.2 Ejercicio del poder de mercado

El poder de mercado está definido en el art. 7 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la cual señala lo siguiente:

“Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. (...). La obtención o reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta control, regulación, y, de ser el caso,

a las sanciones establecidas en esta Ley.” (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011)

El artículo citado define al poder de mercado como la posibilidad que tienen los operadores económicos que compiten en un mismo mercado para influir de manera relevante en el mismo a través de las decisiones que sean adoptadas por sus representantes.

En un determinado mercado relevante siempre habrá una empresa que goce de una mayor cuota de mercado, ahora lo verdaderamente importante es determinar si ese mayor porcentaje le otorgará una posición de dominio frente a las demás. Sin embargo, esto no implica ninguna incidencia negativa o violación de la norma *per se* en el mercado, salvo que dicha empresa utilice su posición dominante en el mercado para cometer abusos cuyo efecto van siempre en perjuicio de los demás competidores actuales o potenciales, así como también de los consumidores, situación que debe ser regulada, controlada y eliminada, y de ser el caso sancionada por parte de la autoridad competente.

Javier Cortázar Mora, en su obra *“Curso de Derecho de la Competencia”* explica que para la determinación de la posición de dominio por parte de un operador económico es necesario considerar los siguientes elementos: *“(…) por ejemplo, las cuotas de mercado, el volumen de negocios, su situación patrimonial, el tamaño de su nómina, la capacidad de jugar con sus precios por encima del nivel de competencia o debajo de los costos por períodos considerables”* (Cortázar Mora, 2011).

Los elementos citados en párrafo anterior, son de fundamental desarrollo y se lo debe hacer de manera técnica y sin exclusión alguna, a fin de determinar la posición de dominio en cada caso, es decir, en cada mercado relevante y para cada caso en particular:

- a. Cuotas de mercado.-** Se refiere al porcentaje de participación que tiene cada una de las empresas que se analizan dentro de un sector del mercado, es decir, del mercado relevante propiamente dicho. La empresa que ostente una mayor cuota de mercado frente a las demás le dará una mayor ventaja que le permitirá tomar decisiones en cuestión de precios de manera particular, pero también en cuanto a cantidades y calidad de los bienes o servicios que otros competidores no podrían en un corto o mediano plazo igualar.
- b. Volumen de negocios.-** Se analiza la solidez de las actividades comerciales de una empresa con el objetivo de determinar si de ellas se deriva una posición de dominio debido a las ganancias obtenidas, lo cual le pueda generar ciertas ventajas frente a otros competidores y respecto al mercado en sí. Un ejemplo dado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas en su obra "*Derecho anti monopolístico y de defensa de la competencia*" es la necesidad de determinar el volumen de negocios de una empresa ya que aunque esta refleje que su participación dentro del mercado es limitada, si esta pertenece a algún grupo económico podrá cometer una práctica anticompetitiva de abuso como son los precios predatorios. (Cabanellas de las Cuevas, 2005)
- c. Capacidad de determinar sus precios por encima del nivel de competencia o por debajo de los costos de producción por períodos considerables.-** Si la empresa analizada, es la única que presta un servicio o produce un determinado producto dentro de un determinado mercado relevante y opta por incrementar los precios de manera injustificada estaremos frente a un abuso de dominio, pues a todas luces vemos que el único fin del operador económico para realizar esta distorsión es la de enriquecerse y obligar a los consumidores a comprar sus productos a precios explotativos, ya que al no existir más opciones en el mercado a los consumidores no les queda ninguna otra opción.

Así mismo, una empresa podrá reducir considerablemente los precios de los bienes que produce o los servicios que presta por un cierto tiempo hasta lograr atraer a una mayor cantidad de consumidores y eliminar a otros competidores para finalmente posicionarse en ese mercado y luego incrementar los precios como en el primer ejemplo, pues al haber eliminado la competencia, queda “solo” en el mercado y tiene la capacidad para establecer los precios explotativas ejemplificativos.

La determinación del poder de mercado o posición dominante que ostente una empresa se determinará una vez que el mercado relevante haya sido definido dentro de un caso en concreto. En este sentido, el autor Luis Ortiz Blanco en su obra *“Manual de Derecho de la Competencia”* respecto al poder de mercado afirma lo siguiente: *“(...) las empresas disfrutan siempre, en alguna medida, de poder de mercado, es decir, de una cierta independencia de comportamiento con respecto de sus consumidores y sus clientes.”* (Ortiz Blanco, 2008).

Conforme a lo expuesto, podemos señalar que en cuanto al poder de mercado o posición dominante del que goce una determinada empresa, le permitirá tomar decisiones de manera autónoma y sin tomar en cuenta la influencia o capacidad que tengan los consumidores u otros competidores dentro de ese mercado relevante.

Asimismo, Luis Ortiz Blanco explica que al determinar el poder de mercado de las empresas que participaron de un acuerdo restrictivo permitirá establecer el nivel de afectación ocasionado al mercado y/o al interés económico general. En caso de que una empresa u operador económico cuente con suficiente poder de mercado en relación a los demás competidores, éste se consolidará como un operador dominante dentro de ese mercado, y deberá precautelar no abusar de esta condición, pues ese abuso es el que no está permitido, más no el poder en sí mismo. (Ortiz Blanco, 2008)

De acuerdo a lo referido anteriormente, en caso de que se produzca una pérdida del excedente del productor por parte del monopolista, este estará dispuesto a producir bienes y servicios a niveles inferiores a los que se producirían dentro de un mercado competitivo. Esto se debe a que una vez que la empresa con poder de mercado proceda a ocasionar una restricción a la producción en donde los bienes ofertados serán adquiridos a un precio mucho más elevado a diferencia de que si estos hubiesen sido adquiridos en un mercado de competencia efectiva a un precio de equilibrio y que por obvias razones será inferior.

Por lo que una empresa en ejercicio de su poder de mercado, es decir un *“monopolista”* podrá producir una cantidad menor de bienes a la que ofertaría en un mercado de competencia efectiva con el único propósito de que en el mercado se genere una falsa escases de esos bienes y así poder elevar su precio en virtud de ser el productor dominante dentro de dicho mercado relevante.

2.3 Mercados competitivos y oligopólicos

Un mercado es considerado como competitivo cuando en él existen un gran número de vendedores ofertando distintos bienes y servicios sin tener influencia alguna en el precio de estos. En este tipo de mercado, los compradores y vendedores interactúan entre sí mediante un precio que es fijado por el mercado mismo, es decir, por la oferta y la demanda.

Conforme lo desarrollaremos posteriormente, es necesario esclarecer que en ningún mercado existe una competencia perfecta ya que todos presentan ciertas distorsiones u obstáculos que afectan su desarrollo y funcionamiento. Dentro de estas distorsiones tenemos los siguientes tipos:

El monopolio consiste en que en un mercado existe un solo productor o vendedor con poder de mercado, el cual produce bienes o servicios que son

requerido por un gran número de consumidores o compradores, y este, abusando de su poder podrá decidir independientemente sobre la cantidad que producirá y al precio al cual estos bienes serán comercializados, sin tomar en cuenta si los consumidores pueden pagar esos precios u otros competidores llegar a competir.

Un monopolio ocasiona un gran perjuicio al mercado ya que producirá menos bienes y los consumidores deberán pagar un precio cada vez más elevado por lo que la eficiencia que debería existir se ve afectada, al contrario de lo que se generaría en un mercado de competencia efectiva donde la estructura y eficiencia del mercado se fortalece constantemente con la concurrencia de varios operadores económicos.

Otro impacto negativo del monopolio en el mercado, es la generación de barreras al ingreso o a la salida, en este sentido, el perjuicio que les ocasionaran a los demás competidores, por ser el único o el dominante no permitirá que nuevos competidores ingresen a dicho mercado relevante.

A continuación describiremos otro tipo de imperfección que se da en el mercado, éste es el Oligopolio. Este tipo de mercado es imperfecto debido a que en un sector del mercado existen pocos oferentes, lo que genera que entre estos conozcan la actividad comercial de cada uno y sus decisiones tengan influencia en las actividades de los demás. Así como también, estos operadores económicos podrán unir fuerzas para mantener su poder sobre el mercado y restringir el ingreso a nuevos competidores.

Dentro de este tipo de mercado existirán muy pocos vendedores de un mismo producto, y aunque no es el único vendedor o proveedor como en el mercado anterior, pero dado su poder dentro de ese mercado relevante aún podrá tomar decisiones respecto de los precios que repercuta negativamente y de manera inmediata. Para influir negativamente en el mercado, las empresas u operadores económicos con mayor dominancia en el mercado podrán acordar

independientemente sobre las cantidades que van a producir y a qué precios comercializaran lo producido. Este tipo de capacidad les permite que no dependan de sus propios competidores, ni de los consumidores.

2.4. Competencia efectiva

García Machmar en su obra *“Manual de la Libre Competencia”* define a la competencia desde el ámbito económico como: *“la competencia, es un mecanismo de la organización de la producción y de la determinación de precios e ingresos que descansa sobre el libre intercambio entre oferentes y demandantes. Clásicamente, se le llama la fuerza ordenadora que impulsa a una empresa a la reducción del precio de sus productos”* (García Machmar, 2011).

Este autor explica que la competencia es un conjunto de reglas que busca establecer un orden y armonía entre todos los agentes que forman parte de la cadena de producción y cuya interacción sea transparente a fin de evitar que se produzcan distorsiones que afecten a otros competidores y a los consumidores (García Machmar, 2011).

Adicionalmente señala que los siguientes factores son considerados como condicionantes de la competencia:

- Existencia de un elevado número de compradores y vendedores en el mercado, lo cual implica mayores opciones en los productos en cuestión de precios y calidad.
- Ningún operador económico podrá tomar decisiones cuya consecuencia inmediata sea la de influir significativamente dentro del mercado.
- Conocimiento pleno de las condiciones generales del mercado por parte de los compradores y vendedores.

- La libre movilidad de recursos productivos dentro de la cadena de producción sin que estos sean acaparados por uno de los agentes de comercio.

Según criterio del autor, un mercado será considerado perfectamente competitivo cuando: *“(...) hay muchos vendedores pequeños en relación con el mercado, el producto es homogéneo, los compradores están bien informados, existe libre entrada y salida de empresas y existen decisiones independientes tanto en los oferentes como de los demandantes; (...)”* (García Machmar, 2011).

Es decir, en un mercado con las características antes mencionadas, el precio de los bienes y servicios no está bajo el control ni decisión de ninguno de los intervinientes en el mercado sino se regulará de manera natural conforme a la oferta y la demanda. Adicionalmente, será un mercado amplio dentro del cual compitan varios operadores económicos y haya un constante flujo –entrada y salida- de los mismos.

En relación a la competencia perfecta, Mauricio Velandia, autor del libro “Derecho de la Competencia y del Consumo” la define como: *“la competencia perfecta se presenta cuando existen numerosos compradores y vendedores plenamente informados respecto de un producto homogéneo, sin ningún tipo de obstáculos para que las empresas ingresen o salgan a largo plazo.”* (Velandia, 2008).

Conforme a lo señalado por Velandia, podemos concluir en que al existir iguales oportunidades de acceso y desarrollo en el mercado para los participantes del mismo, habrá menores posibilidades de que estos distorsionen la competencia a través de prácticas o acuerdos cuyo fin sea el de incrementar los precios de los bienes y servicios ofertados.

En un mercado de competencia efectiva los precios de los bienes y servicios no se incrementan por disposición unilateral de las empresas, sino se regulan por sí mismos mediante la oferta y la demanda, es decir, el mercado es quien establece el precio de equilibrio de los bienes y servicios ofertados.

Además, cabe recalcar que la eficiencia o el equilibrio del mercado no solo podrá ser afectada por acuerdos anticompetitivos o abusos de poder de mercado, sino también, y por varias ocasiones por la intervención del Estado, en donde se destacan las llamadas ayudas públicas, cierto tipo de regulación o incluso establecimiento de políticas de precios o control de precios, cuyos efectos en la mayoría de las veces son contrarios al fin u objetivo que persiguen las normas y políticas de competencia, atentado a través de estas al bien jurídico protegido.

Para que exista una competencia efectiva en el mercado no deben realizarse acuerdos ni abusos de poder entre los operadores económicos cuyo fin sea el perjudicar a los consumidores o demás competidores y así lograr su beneficio propio.

Otra ventaja o característica de un mercado donde se dé una competencia efectiva, es que nuevos competidores puedan acceder o ingresar al mercado fácilmente y ofertar sus bienes y servicios, lo que permitirá a los consumidores tener mayores opciones en cuestión de calidad y precios. Mientras mayores competidores ingresen al mercado menos posibilidades habrá que se lleguen a acuerdos o abusos que restrinjan la libre competencia, debido a que como fruto de esa competencia de operadores, se neutralizará el incremento o distorsión de los precios que se deriven de estos acuerdos o abusos.

2.5 Mercado relevante y la importancia de su análisis en el Derecho de la competencia

Dromi define al mercado como: *“El mercado es la institución de intercambio libre de bienes y servicios, fiscalizada por el Estado (...)”* (Dromi, 1999). El autor explica que el mercado es la zona dentro de la cual interactúan compradores y vendedores; los primeros ofertan bienes o servicios que sean atractivos para los compradores en cuestión de precio y calidad para así obtener una ganancia económica, y los segundos buscan adquirir bienes o servicios a un precio que esté dentro de su alcance para satisfacer sus necesidades.

Adicionalmente, Dromi señala lo siguiente: *“Si la conceptualización del mercado es muy amplia, la figura en contravención no se va a dar nunca; si por el contrario, la definición es muy estrecha, la figura se va a producir siempre”*. (Dromi, 1999).

En referencia a lo afirmado por Dromi anteriormente, podemos concluir que previo a iniciar una investigación de una posible conducta que pueda estar ocasionando algún tipo de perjuicio al mercado es necesario determinar el mercado relevante que es lo que nos dará los parámetros dentro de los cuáles iniciaremos la investigación.

Buscando una clara definición de mercado relevante, Roberto Dromi en su obra *“Competencia y Monopolio”* explica que este es un mercado *“determinado”* y que para ser delimitado en cada caso en concreto es necesario definir cuáles son los productos o servicios que conciernen dentro de este análisis, es decir, el espacio geográfico sobre el cual versan los mismos; su ámbito temporal; quienes son los consumidores; y, finalmente cuáles son los competidores reales y potenciales. (Dromi, 1999)

Por lo tanto, dentro del análisis del mercado relevante deberán ser revisados cada uno de los puntos señalados por el autor, debido a que todos estos forman parte de la estructura del sector del mercado analizado y nos permitirá determinar la situación actual de la competencia dentro de ese sector.

Dromi afirma lo siguiente: “(...), *la definición de mercado relevante para encuadrar una situación desleal a la competencia es de importancia por existir diferentes productos que pueden hallarse comprometidos, debiéndose precisar en cada caso qué variedades de los mismos, y cuáles áreas geográficas se consideran partes integrantes del mercado a tomar en cuenta.*” (Dromi, 1999).

Como lo veremos a continuación, el mercado relevante se divide en dos elementos según lo establecido en el art. 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), uno de estos elementos es el análisis del mercado producto, que como lo señala Dromi es importante analizar a fin de conocer las características, precios, y si existen sustitutos de los bienes involucrados en la investigación.

En relación al mercado producto, el inciso segundo del art. 5 LORCPM establece que dentro de este parámetro se analizará los bienes o servicios principales sobre los cuales verse la conducta investigada, y si para éstos existen bienes que por sus características puedan ser sustitutos de los mismos. El tercer inciso del art. 5 *ibídem*, se refiere al mercado geográfico y señala lo siguiente: “*El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante.*” (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011). Es decir, dentro de este aspecto se deberá analizar la zona dentro de la cual los agentes de comercio realizan sus actividades propias de su negocio.

Dentro de este artículo no se ha especificado las dimensiones que serán consideradas para determinar el mercado geográfico, por lo que se entenderá que podrá considerarse a una ciudad, una región, provincia, o incluso cierto

ámbito a nivel internacional. Dentro de este elemento deberá considerarse todos los aspectos que involucren el transporte y la distribución de los productos investigados.

Aunque el artículo de la Ley en referencia no menciona al *mercado temporal* como un tercer elemento que debe ser considerado para el análisis del mercado relevante, haremos un breve análisis sobre lo que consiste. En materia de competencia este elemento es estimado dentro del análisis del mercado relevante debido a que nos permitirá determinar si los hechos investigados se suscitaron en un corto o largo plazo; si fueron en corto plazo tal vez no hubo cambios mayores a diferencia de si fue en largo plazo, lo cual ocasiona que las preferencias de los consumidores varíen así como también los costos.

Un ejemplo de temporalidad en el Ecuador, se suscita cada año en el mes de abril cuando empieza la época de Semana Santa, dentro de la cual los precios de los granos suben considerablemente a diferencia de otros meses en el año. Esto se debe a que en ésta época se prepara un plato típico llamado “fanesca”, para el cual su preparación es en base a un gran número de granos por lo que su consumo aumenta y los oferentes aprovechan para elevar sus precios.

Finalmente, en materia de Derecho de la Competencia es indispensable proceder con el análisis del mercado relevante para cada caso en concreto debido a que este reflejará de forma objetiva cuáles productos o servicios están siendo manipulados por las empresas y se precisará las características propias de cada bien o servicio y las variedades o sustitutos que existan de los mismos; además se determinará las áreas geográficas y el tiempo en el cual los productos son mayormente consumidos. De esta manera se parte de un análisis exacto del mercado que ha sido afectado por una práctica anticompetitiva.

CAPÍTULO III

ESTRUCTURA NORMATIVA DE LA COMPETENCIA

3.1. Introducción al Artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Debemos partir del principio que el Estado tiene la obligación de proteger a la libre competencia como medio para lograr eficiencias en los mercados, proteger el proceso competitivo y beneficiar al consumidor, es decir, velar por el interés económico general.

Nuestra actual Constitución, en su Capítulo Sexto, Sección Quinta: *“Intercambio económicos y comercio justo”*, le otorga al Estado el poder de regular e intervenir cuando sea necesario en los intercambios y transacciones comerciales, y a su vez sancionar toda forma de perjuicio a los derechos económicos. Además, le faculta a establecer mecanismos para evitar entre otras cosas, las prácticas de competencia desleal. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En el art. 336 de la Constitución se dispone que el Estado asegurará la transparencia y eficacia en los mercados, a fin de generar una competencia en igualdad de condiciones y oportunidades para todos los participantes, lo cual deberá ser cumplido mediante Ley, en este caso, a través de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento.

Dentro del Título VI de la Constitución, la Sección Séptima, en su art. 304 numeral 6, se establece como objeto de la política comercial del Estado ecuatoriano lo siguiente: *“Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado y otras que afecten al funcionamiento de los mercados.”* (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En los artículos 52 y 66 de la Constitución, es evidente que esta norma suprema es reiterativa en reconocer a los mercados ecuatorianos el derecho que tienen a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad absoluta. Así como también a que la Ley establezca mecanismos y procedimientos de defensa a los consumidores, y se determinen sanciones por la vulneración de cualquiera de estos derechos.

La Asamblea Nacional del Ecuador, ajustándose al precepto contemplado en el art. 84 de la Constitución que le dispone de manera expresa que en su calidad de órgano con potestad normativa tiene la obligación de adecuar de manera formal y material las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los Tratados Internacionales.

En concordancia con esta facultad y de conformidad con lo dispuesto por el Constituyente, el legislador crea la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de fecha 13 de octubre de 2011, la cual contiene varios artículos entre ellos el artículo 11 que en sus 21 numerales define y ejemplifica cuales son los acuerdos y prácticas que están prohibidas por atentar a la libre competencia y ocasionar perjuicios a la ciudadanía o al interés económico general.

El artículo 11 no hace otra cosa que tratar de evitar todas las prácticas comerciales que atenten contra principios legales, como por ejemplo el derecho de recibir bienes y servicios privados de calidad conforme lo disponen los artículos 52 y 66 de la Constitución vigente antes mencionados.

Con estos antecedentes, debe entenderse el contenido del artículo 11 como un conjunto de normas que tienen como único propósito hacer efectiva la libre competencia económica y evitar la vulneración de los derechos de los operadores económicos pero sobre todo cualquier afectación que se pueda generar a los derechos de los consumidores que somos todos los ciudadanos incluido el Estado ecuatoriano.

3.2. Consideraciones Generales sobre el Artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Una vez que tenemos claro la verdadera importancia que tiene el derecho de la competencia para la economía y en especial para los mercados, nos será mucho más fácil entender porqué la mayoría de los países –incluso los de corte capitalista liberal- entienden al *“Estado como el gran regulador y conductor de la economía”* (Londoño, 2005, pp. 53), es decir, que la idea del Estado intervencionista es comunmente aceptada, pues luego de las principales crisis económicas de principios y finales del siglo XX, así como la crisis mundial dada en la primera década del siglo XXI, se comprobó que *“(…) el equilibrio y el desarrollo económico no se puede lograr simplemente dejando actuar las fuerzas de la oferta y la demanda.”* (Londoño, 2005, pp. 53).

Bajo este entendido, para que la economía del mercado funcione de manera eficiente, es necesario que el Estado garantice ciertos derechos y prácticas económicas fundamentales dentro de las cuales debe considerarse las contempladas en los artículos 52, 66, 304 y 306 de nuestra Constitución.

El art. 52 de la Constitución señala que todas las personas tienen derecho a acceder a bienes y servicios de calidad, además destaca que su derecho será elegirlos con autonomía sin que de por medio exista algún tipo de engaño respecto a lo que adquieren.

Nuestra Constitución, en el art. 66 numeral 15, también reconoce el derecho a las personas naturales o jurídicas a realizar cualquier tipo de actividad comercial bajo los principios de solidaridad, responsabilidad social y en apego al medio ambiente.

La política comercial contemplada en la Constitución, en el art. 304 contiene varios objetivos orientados al desarrollo del mercado ecuatoriano y la

producción nacional lo que nos permitirá fortalecer la competencia interna para luego tener la capacidad de competir en otros mercados.

El objetivo primordial contenido en el artículo en referencia es la posibilidad de orientar nuestra política comercial a impedir que en nuestro mercado existan monopolios u otras prácticas perjudiciales al mismo.

A su vez, la disposición del artículo 11 de la LORCPM, a nuestro entender pretende evitar, corregir y eventualmente sancionar una de las prácticas más perniciosas en contra del mercado o de lo que debe entenderse como libre competencia, esto es como: *“La posibilidad efectiva que tienen los participantes de un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás con el objeto de ofrecer y vender bienes y servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela”*. (Londoño, 2005)

El artículo citado, podemos decir que constituye en sí mismo un conjunto de normas que prohíben cierto tipo de acuerdos y prácticas a efecto de precautelar la concurrencia en el mercado, la eficiencia y sobre todo el interés económico general. Como se puede observar, el contenido del art. 11 de la LORCPM consiste en un conjunto de prohibiciones que de manera explicativa mas no taxativa, debe ser respetada por los operadores económicos, debido a que son considerados como prácticas o acuerdos nulos de pleno derecho conforme lo establece el inciso final del mismo artículo.

Ante la realidad del funcionamiento del mercado, es necesario prohibir ciertas conductas empresariales que menoscaben la eficiencia del mismo, pero para normalizar el funcionamiento del mercado y la libre competencia se hace necesario determinar el carácter anticompetitivo de una conducta o acuerdo, siendo analizados desde el punto de vista del principio de eficiencia económica, por ende las normas que regulan la concurrencia de prácticas consideradas restrictivas se construyen entorno a este objetivo y la protección del conglomerado social.

Las prohibiciones contenidas en el art. 11 tienen como objetivo esencial: 1. Precautelar la eficiencia del mercado, para el buen desempeño de los agentes económicos; 2. La protección de los intereses de los consumidores; y, 3. Velar por el interés económico general.

El Ecuador al igual que el resto de países que actualmente cuenta con una legislación en materia de competencia, se ha podido establecer luego del análisis económico respectivo que en caso de no existir regulación alguna en cuanto al mercado, se generarán efectos adversos a la libre competencia y afectará al desarrollo económico y al interés general de estos países.

La apertura comercial, la desregularización económica, la liberalización de procesos y las restricciones al comercio exterior llevadas a efecto en nuestro país, motivan la necesidad de contar con estructuras normativas que regulen de alguna manera el comportamiento de los agentes económicos en los distintos mercados, sin violentar el principio fundamental de libertad en la toma de decisiones.

Es necesaria la adopción de políticas de competencia que ayuden, viabilicen y adecuen el accionar empresarial dentro del mercado en concordancia con la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y además de esta manera, previniere las prácticas restrictivas o el abuso del poder de mercado. Una vez que este tipo de prácticas anticompetitivas hayan sido reguladas y acatadas por todos, estimularan el desarrollo económico y la inversión privada. Las políticas de defensa de la competencia tienen un rol importante en todos los países, y no podía ser a excepción en el Ecuador, tanto para promover el ambiente competitivo y para construir un soporte gubernamental sostenible, orientado a generar una economía o un sector productivo competitivo.

Con el paso del tiempo se ha comprobado que si las reformas económicas orientadas a promover la libre competencia no van acompañadas de una

adecuada política de competencia, se reduce la posibilidad de alcanzar plenamente los objetivos de dicha reforma.

Finalmente, es necesario saber que la política de competencia es una de las políticas públicas con mayores obstáculos para su implementación. La razón estriba en que los beneficios de esta política son numerosos pero se encuentran muy dispersos; mientras que los afectados por ella son generalmente grupos empresariales bien posicionados en el mercado y representados en la sociedad política y gubernamental.

3.3. Requisitos de las conductas prohibidas contenidas en el art. 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Mauricio Velandia en su obra "*Derecho de la competencia y del consumo*", explica de manera clara que para que una conducta sea considerada prohibida debido a que sus efectos son restrictivos a la competencia, es necesario tomar en cuenta los siguientes tres aspectos fundamentales que son: a. La forma del acuerdo o "*vehículos conductores*"; 2. La participación de dos o más empresas; y, 3. Las infracciones.

Los dos primeros aspectos serán desarrollados a continuación y el último aspecto que trata sobre las infracciones será analizado en el Capítulo IV y V.

3.3.1 Formas de los acuerdos

3.3.1.1. Acuerdos

Mauricio Velandia en su obra "*Derecho de la competencia y del consumo*", define a los acuerdos restrictivos de la competencia como: "*(...) son comportamientos adelantados por dos o más empresas mediante las cuales arreglan su actuar dentro de un mercado, falseando la competencia, bien sea*

porque dejan de competir o porque pretenden eliminar a un competidor”.
(Velandia, 2008)

Conforme lo señalado por el autor, podemos concluir que todo los acuerdos celebrados entre dos o más empresas u operadores económicos cuyos efectos sean ocasionar alguna limitación o restricción a la competencia darán como resultado un beneficio absoluto en cuanto a las ganancias para cada uno de los participantes del acuerdo, pero serán sancionados conforme lo dispone la Ley ya que ocasionan una grave afectación a los demás competidores, al mercado, al interés económico general, la eficiencia económica y a los consumidores.

Velandia afirma que en materia de Derecho de la competencia se ha optado por clasificar los acuerdos restrictivos en horizontales y verticales, debido a que por experiencia internacional se determinó que los cárteles no solo se conformaban por competidores de un mismo nivel en la cadena productiva, sino también entre operadores económicos de diferentes eslabones de la cadena.

Ignacio de León autor de *“Manual para la formulación y aplicación de las normas de competencia”*, respecto a los acuerdos restrictivos a la competencia explica que solo pueden producirse si existen dos o más empresas cuyo pacto verse sobre la adopción de una cierta conducta anticompetitiva cuyo efecto sea el perjuicio ocasionado a los demás competidores y principalmente a los consumidores quienes serán los que paguen más por los bienes o servicios objeto del acuerdo anticompetitivo. (De león, 2004)

Conforme a lo expuesto, otro de los requisitos esenciales para que se configure las infracciones contenidas en el artículo 11 LORCPM es que los acuerdos restrictivos se realicen entre varias empresas autónomas, es decir, multiplicidad de empresas.

Begoña Barrantes, autora del Capítulo I del libro *“Derecho Español de la Competencia”*, respecto a los acuerdos entre operadores económicos afirma lo siguiente: *“Los acuerdos entre empresas susceptibles de obstaculizar la competencia en el mercado están prohibidos, con independencia de su forma jurídica o del modo en que se manifiesten.”* (Barrantes, 2008, pp. 18)

Por lo expuesto, se consideran como acuerdos restrictivos no solo a aquellos que sean suscritos por los operadores económicos, sino también a aquellos que sean pactados de manera verbal o mediante cualquier otro tipo de pacto cuyo fin sea el de restringir la competencia para su propio beneficio, y además sin importar su validez y/o forma jurídica.

En materia de derecho de la competencia lo que interesa a la autoridad que investiga este tipo de infracciones no es la forma del acuerdo o contrato, sino cuáles son sus efectos en el mercado respecto a los demás agentes y los consumidores.

Finalmente, Velandia explica que un *“acuerdo”* se manifestará mediante contratos, convenios, prácticas concertadas, o prácticas conscientemente paralelas a las cuales las ha denominado como *“vehículos conductores”*, pero para que este tipo de acuerdos sean catalogados como restrictivos a la competencia deberán configurarse por dos elementos adicionales que son ser pactados entre dos o más operadores económicos autónomos y la existencia de un supuesto restrictivo, es decir, que cumpla con una de las infracciones tipificadas en la Ley, en el caso de la LORCPM, esa tipificación se da a través de la cláusula penal general, es decir, que la misma impida, distorsione, limite o falsee la competencia.

3.3.1.2. Contrato

El contrato tiene como objetivo el generar obligaciones entre las partes que lo suscriben y así como lo señala nuestro Código Civil, estas obligaciones son de

dar, hacer, o no hacer. Por la obligatoriedad que este acarrea es un medio empleado por los operadores económicos para poder convenir una práctica restrictiva a la competencia y que lo estipulado sea acatado por todos los integrantes.

No siempre estos contratos tendrán como único objeto una práctica restrictiva como por ejemplo acordar en cuáles procesos de licitación participarán y en qué orden presentarán sus ofertas para ser los adjudicados, además podrán establecer como obligatoriedad que el operador adjudicado deberá subcontratar a las demás para ciertas funciones.

Los contratos también puede aparentar estar conforme a la Ley pero podrán contener alguna cláusula que atente a la competencia, como por ejemplo un contrato de distribución aparentemente legítimo pero en una de sus cláusulas el productor fija el precio al cual el distribuidor deberá vender los productos, dejándolo sin la posibilidad de hacerlo por sí mismo.

Sin embargo, en la mayoría de países que cuentan con ley de competencia, existe una autoridad que está en constante alerta frente a cualquier distorsión que se produzca en sus mercados, lo cual ha ocasionado que para las empresa que incurran en acuerdos restrictivos a la competencia resulte riesgoso suscribir contratos cuyo objeto verse en alguna infracción, ya que al momento de ser investigados estos documentos podrán ser fácilmente descubiertos por la autoridad y constituirán una prueba plena para ser sancionados pecuniariamente y en algunos países también se les aplicará penas privativas de la libertad.

3.3.1.3. Decisiones y recomendaciones colectivas

Dentro de los *“acuerdos anticompetitivos”*, también se deberán considerar a las decisiones y recomendaciones colectivas, ya que como lo explica Ignacio de León, autor del *“Manual para la formulación y aplicación de las normas de*

competencia”, las recomendaciones colectivas se presentan a través de la toma de decisiones por parte del directorio de las asociaciones de empresas. (De león, 2004)

Las asociaciones de empresas están conformadas por la unión de varias empresas autónomas generalmente que comparten un mismo objeto social, para así poder conformar un solo grupo en cuanto a la toma de decisiones, las cuales serán consideradas como resoluciones de aplicabilidad para todas las partes sin importar si alguna de ellas no estuvo de acuerdo con la decisión adoptada.

La doctrina en materia de derecho de la competencia también considera a una sugerencia emitida por los representantes de las asociaciones de empresas como una recomendación colectiva, ya que aunque pueda ser considerada como un simple consejo y carezca de carácter vinculante, podrá influenciar en el comportamiento de las empresas miembros en cuanto a su participación dentro del mercado. (De león, 2004)

Begoña Barrantes, autora del Capítulo I del libro *“Derecho Español de la Competencia”*, explica que las decisiones colectivas serán consideradas como vinculantes, es decir, que deberán ser tomadas en cuenta de manera obligatoria por todas las empresas miembros; y, las recomendaciones serán orientativas, adoptadas con el objeto de guiar el giro del negocio de cada uno de sus miembros de manera semejante entre las mismas.

Además, la autora señala que las decisiones y recomendaciones colectivas generalmente se finiquitan entre competidores, es decir, entre empresas que se encuentran a un mismo nivel dentro de la cadena productiva, es decir, de aquellas conocidas como horizontales. Sin embargo, es posible encontrar este tipo de decisiones en una asociación o gremio que sea conformado por productores o distribuidores, cuyo objeto sea el de convenir entre competidores (relación horizontal) en alguna restricción al mercado, para que luego esta

decisión sea adoptada por los demás operadores de otro nivel de la cadena productiva (relación vertical), y así se genere un beneficio económico para todos sus integrantes.

3.3.1.4. Prácticas concertadas o conductas conscientemente paralelas

Velandia, también considera que “concertar” es otro “vehículo conductor” de las prácticas restrictivas a la competencia y la define como: “concertar es un acto unitario consecuente de voluntades complejas”. (Velandia, 2008).

El autor se refiere a que concertar consiste en que a partir de una propuesta presentada por una parte, los demás integrantes toman una decisión propia e independiente y su consecuencia será la aplicación obligatoria para todos.

Adicionalmente explica que la Superintendencia de Industria y Comercio, autoridad de competencia de Colombia, ha considerado que para determinar a una concertación como un vehículo conductor es necesario que sean actos repetitivos en el tiempo y no solo un accionar. Una serie de actos repetitivos da lugar al cometimiento de una práctica concertada, la cual debido a su incidencia tendrá mayor influencia en el mercado y su afectación será mayor, a diferencia de que un solo accionar cuya incidencia en el mercado será ínfima.

Ignacio de León autor de “Manual para la formulación y aplicación de las normas de competencia”, respecto a las prácticas concertadas establece lo siguiente: “Las prácticas concertadas o conductas conscientemente paralelas requieren la concurrencia de una conducta de dos o más empresas coincidente o paralela; pero puede tratarse de conductas diferentes con reparto de funciones entre las empresas participantes”. (De León, 2004)

Lo citado anteriormente se refiere a que este tipo de prácticas anticompetitivas consisten en que varias empresas dan indicios a sí mismas de que han adoptado ciertos parámetros en cuanto a su comportamiento competitivo con el

fin de que las demás adopten los mismos parámetros y así actuar de manera coordinada sin complicar su participación.

Un ejemplo de este tipo de prácticas es el llamado “*pacto de caballeros*”, el cual consiste en que dos o más empresas acuerdan ejercer sus actividades económicas en territorios específicos para no generar competencia en otros territorios, sino que cada empresa opere en un sitio en específico. Este pacto no lo realizan mediante un acuerdo verbal o escrito, sino que es entendido por los demás competidores y les sugiere actuar en coordinación.

Cuando las empresas optan por llegar a un acuerdo entre ellas cuyo objeto sea el de enriquecerse a causa de la afectación a la libre competencia y el perjuicio a los consumidores, no consideraran convenir de manera escrita ya que ese documento constituirá una prueba plena para comprobar la existencia de la infracción.

Respecto a las prácticas conscientemente paralelas, Velandia explica lo siguiente: “*Este vehículo conductor parte de un resultado de mercado donde las empresas igualan su comportamiento en una variable de competencia*”. (Velandia, 2008).

El autor se refiere a que este tipo de conducta no se configura sobre un documento estricto, sino que responde a los cambios que se generen en el comportamiento competitivo de una empresa líder en un determinado mercado, el mismo que será imitado por los demás competidores.

Los medios de prueba que se requieren para corroborar el cometimiento de alguna de las infracciones contenidas en el art. 11 LORCPM mediante el paralelismo son como lo explica Velandia “*(...) probar que los agentes son conscientes de seguir a otro en su conducta*”. (Velandia, 2008). Es decir, que en este comportamiento basta la decisión interna de cada operador económico para adoptar un cambio realizado por su competencia y ponerlo en marcha en

la suya también, por lo que no existe un acuerdo por parte de todos los competidores en actuar de esa manera, sino se debe a una imitación.

En este caso es complicado para la autoridad encontrar una prueba fehaciente de este comportamiento, por lo que Velandia considera que lo que debe evaluarse en estos casos son solo indicios que justifiquen de manera económica el por qué se ha sucedido en un determinado mercado una conducta similar por parte de los competidores.

En caso de existir un acuerdo verbal complicará la búsqueda de pruebas que corroboren el cometimiento de la infracción, sin embargo en este caso se analizará la comunicación que haya existido entre las supuestas partes infractoras a fin de determinar si existe algún indicio que muestre su mutua colaboración.

Para entender este tipo de paralelismo o “*efecto espejo*”, Velandia explica que puede ser: paralelismo activo y pasivo.

- a. **Paralelismo activo.-** Consiste en que ciertos operadores económicos se comportan constantemente de manera similar, adoptando los mismos cambios que realicen los demás, es decir, imitándose entre sí.
- b. **Paralelismo pasivo.-** Consiste en que una empresa con mayor cuota de mercado al conocer que sus demás competidores imitan los cambios que realiza, decide implementar cambios en su accionar que impliquen su beneficio, pero una vez que sean implementadas por los demás competidores les genere una pérdida, debido a que estos carecen de elementos suficientes para igualar su competencia a la del líder.

Por lo expuesto, en el caso de las conductas conscientemente paralelas deberán reunirse indicios suficientes que lleven a corroborar la existencia de este tipo de conducta, como por ejemplo un análisis que muestre si el

comportamiento adoptado por una empresa generó un beneficio directo a esta o fue un modelo de accionar sugerente para las demás empresas, las cuales adoptaron medidas similares en sus comportamientos.

3.3.2. Autonomía de las partes

Begoña Barrantes, autora del Capítulo I del libro *“Derecho Español de la Competencia”*, respecto a la autonomía de las partes señala lo siguiente: *“(…), las partes (dos o más) que concluyen el acuerdo o adoptan una práctica concertada deben ser autónomas e independientes entre sí. Dicha independencia ha de entenderse fundamentalmente desde una perspectiva tanto jurídica como económica.”* (Barrantes, 2008, pp. 16)

Los operadores económicos que serán considerados como posibles infractores de las conductas restrictivas a la competencia contenidas en el art. 11 LORCPM, deben cumplir con el requisito citado anteriormente, es decir, las partes del acuerdo deben gozar de autonomía en cuanto a la toma de sus decisiones que encaminará a las empresas.

Conforme a lo expuesto, queda claro que los acuerdos o contratos que se suscriban entre el representante de una compañía y un comisionista no cumplen con este requisito, debido a que el comisionista no actúa por voluntad propia sino ejerce la actividad que le ha sido encomendada por cuenta del representante de una empresa.

Quienes principalmente intervienen en el mercado, es decir, las partes que compiten en él son las empresas ya sean públicas o privadas. Entendemos como empresa a toda persona jurídica que produce u oferta ciertos productos o servicios para ser vendidos en el mercado a un cierto precio.

Para que las empresas compitan en el mercado deben tener autonomía jurídica, es decir, no deben ser parte de un grupo jerarquizado, para que al

momento de la toma de decisiones respecto al giro de su negocio lo hagan por sí mismas y que no dependa de las decisiones de otra empresa. A diferencia de los agentes comerciales que al ser empresas pertenecientes a un mismo grupo económico es necesario considerar su realidad económica.

Los acuerdos y negociaciones entre los agentes comerciales pueden ser a nombre propio o por cuenta de alguna otra empresa de su mismo grupo, por lo que en caso de ser así pierde responsabilidad respecto a los efectos que se generen por lo acordado, ya que lo pactado fue de acuerdo a las instrucciones dadas por el mandante, es decir, carecen de autonomía para la toma de decisiones.

Lo antes expuesto, refleja la diferencia entre una empresa y un agente comercial, ya que las empresas cuentan con autonomía jurídica para asumir su responsabilidad frente a los efectos que se produzcan a causa de los negocios o acuerdos realizados por su cuenta.

El segundo elemento considerado por Velandia para determinar que una conducta sea prohibida por afectar a la libre competencia es la existencia de dos o más empresas cuya voluntad sea la de formar parte de un acuerdo cuyo fin sea el de conseguir su propio beneficio afectando al mercado y a los consumidores.

No puede subsistir cualquiera de los vehículos conductores antes mencionados sin que exista la participación de dos o más voluntades, la intención de dos o más empresas que actúen en el mercado de manera independiente y realicen una misma actividad económica, las mismas que a través de cualquiera de los vehículos conductores antes mencionados den lugar al cometimiento de cualquiera de las infracciones contenidas en el art. 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

En conclusión, las infracciones tipificadas en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado exige como requisito que las partes en los acuerdos tengan autonomía, por lo que todo acuerdo que sea celebrado entre empresas pertenecientes a un mismo grupo económico cuyos efectos atenten contra la libre competencia no podrá ser encasillado en cualquiera de estas infracciones.

3.3.2.1. El autor de la infracción

El art. 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece que están prohibidos todas las conductas entre dos o más operadores económicos cuyo objeto o efecto sea el de restringir la competencia. Este artículo se refiere a *operadores económicos*, es decir, los supuestos infractores de las conductas contenidas en el art. 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado podrán ser todos aquellos que realicen una labor comercial en el mercado.

Adicionalmente, como autores de las infracciones se considerarán a los gremios y asociaciones, ya que como lo explica Begoña Barrantes, es necesario tomar en cuenta las decisiones que se toman por parte de los directivos de las asociaciones o gremios ya que orientaran el desempeño de las empresas que los conforman y tendrán una incidencia dentro del mercado. Dentro de los acuerdos restrictivos a la competencia que puedan llevarse a cabo entre empresas pertenecientes a un mismo grupo económico, la autoría de la infracción versará sobre la empresa matriz y no sobre las empresas filiales ya que estas carecen de autonomía para la toma de decisiones y su accionar depende de las instrucciones que les sean impartidas por parte de esta.

3.4. Aptitud de la práctica para restringir la competencia

El art. 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado no hace mención alguna de que las conductas contenidas en este artículo para ser sancionadas deberán ser realizadas por operadores económicos que tengan “*aptitud*” para restringir la competencia, es decir, que al éstos adoptar entre sí una conducta anticompetitiva y cuya consecuencia sea la afectación al mercado, deberán ser operadores con una participación significativa en el mercado para poder influir en el mismo.

En caso de ser operadores económicos con una participación ínfima dentro del mercado, las consecuencias de sus acuerdos anticompetitivos no generarán ningún tipo de afectación al mercado como tal y menos aún a la competencia dentro del mismo.

contar con, sin embargo, se entenderá que cualquiera de éstas conductas al ser llevadas a cabo por parte de dos o más operadores económicos, sus consecuencias deberán tener un impacto negativo en el mercado, el mismo que deberá ser comprobado, a diferencia.

Begoña Barrantes, autora del Capítulo I del libro “*Derecho Español de la Competencia*”, explica que al momento de analizar la aptitud de las conductas para ocasionar un perjuicio al mercado, es necesario considerar aquellas conductas que tengan como objeto restringir la competencia y se lleven a cabo por ciertos operadores económicos con poca participación en el mercado, por lo que los efectos de estos acuerdos serán de ínfima importancia.

Además, explica que por ser acuerdos de escasa importancia, la autoridad de competencia investigadora debe analizar y determinar si una conducta cuenta o no con aptitud suficiente para restringir la libre competencia y por lo tanto, si existe o no. A ésta conclusión se llega mediante el análisis del mercado relevante del sector del mercado que se investiga.

Por lo tanto, en caso de que los resultados del análisis del mercado relevante, se determine que las cuotas de participación de los operadores económicos investigados dentro del mercado son ínfimas, se considerará que su accionar generará una notable afectación en el mercado y no será necesario para la autoridad de competencia continuar con el proceso probatorio de la existencia de esa conducta, sino que por ser una conducta de escasa importancia ya no será investigada.

Este tipo de acuerdos considerados de escasa importancia, son aquellos que se encuentran bajo la “*regla de mínimos*”, contenida en el art.13 de la LORCPM, la cual establece lo siguiente: “*Las prohibiciones establecidas en el artículo 11 no se aplicarán a aquellas conductas de operadores económicos que por su pequeña escala de operación y/o por su escasa significación, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia*”. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011)

El artículo antes citado, señala que los acuerdos celebrados cuya afectación al mercado pueda ser o haya sido ínfima no se les iniciarán un proceso de investigación ante la autoridad de competencia, y por lo tanto, no recibirán ningún tipo de sanción. Al ser la autoridad de competencia una entidad pública, no podrá destinar parte de su presupuesto para procedimientos cuyas consecuencias sean irrelevantes para el mercado, sino tiene como obligación destinar sus recursos monetarios y en cuanto a su personal a investigar conductas cuyos efectos sean perjudiciales para el mercado y en especial hacia los consumidores, los cuales requerirían de atención inmediata.

Sin embargo, esto no significa que las conductas restrictivas a la competencia entre operadores económicos que se considere carecen de una significativa cuota de mercado y mediante su acuerdo no puedan afectar al mercado no sean denunciados ante la autoridad de competencia, ya que solo la autoridad es quien puede determinar si la conducta denunciada puede ser considerada

de menor importancia y pedirá a los supuestos infractores que justifiquen su accionar.

3.4.1. Restricciones por objeto o efecto

Velandia explica que en materia de competencia es necesario analizar cada caso en concreto, lo cual será útil para finalmente aplicar la sanción que corresponda por parte de la autoridad de competencia. Para efectuar este análisis es necesario considerar como fue la afectación al mercado, si se consumó la infracción será sancionada *“por su efecto”*, pero si el hecho no se pudo consumir pero existió la voluntad e intención por parte de las partes integrantes del acuerdo se sancionará *“por su objeto”*. (Velandia, 2008)

El análisis de las restricciones por objeto o por efecto son excluyentes, es decir, si una conducta es castigada por su objeto ya no podrá serlo por su efecto y viceversa, así lo explica Velandia.

El autor Ortiz Blanco explica que la restricción por objeto consiste en: *“Las restricciones por su objeto son aquellas que por su propias naturaleza restringen la competencia. Que un acuerdo tenga por objeto restringir la competencia no depende únicamente de la intención subjetiva de las partes, sino del contexto legal y económico de la conducta de éstas.”* (Ortiz Blanco L. , 2008).

Ortiz Blanco, se refiere a que las restricciones a la competencia serán sancionadas por su objeto cuando exista la intención y voluntad de las partes de efectuar un acuerdo anticompetitivo a sabiendas del perjuicio que este acarreará se lo llevará a cabo pero no se logrará materializar. Además, no solo dependerá de la intención de las partes, sino también su afectación debe ser comprobada de manera económica y jurídica. (Ortiz Blanco, 2008)

En el caso de que cualquiera de las infracciones contenidas en art. 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado se llegue a consumir, la autoridad de competencia tendrá la certeza de poder corroborar ese hecho, a diferencia de las aquellas infracciones que por cualquier motivo no llegaron a materializarse deberán analizarse los actos iniciales llevados a cabo por los infractores para cometer esta infracción. Velandia explica que para sancionar las infracciones por su potencial efecto negativo en el mercado deberán existir indicios que permitan concluir cual era el objetivo de las partes.

Begoña Barrantes, autora del Capítulo I del libro *“Derecho Español de la Competencia”*, respecto a las restricciones por objeto señala lo siguiente: *“Se presume, que por su propia naturaleza, los acuerdos restrictivos por objeto tienen efectos restrictivos a la competencia en el mercado, por lo que no es necesario realizar un análisis de efectos para considerarlos prohibidos.”* (Barrantes, 2008)

Barrantes se refiere a que las conductas que tengan como objeto restringir la competencia pero que no se hayan podido consumir por motivos adversos a los integrantes del acuerdo o por el desistimiento de alguno de ellos, se considera que en caso de consumarse la infracción no existe duda alguna de que sus efectos serán nocivos para la competencia y no se requiere iniciar un análisis sobre la potencial afectación de los mismos.

Además, señala que la restricción por objeto generalmente es aplicable a los acuerdos entre competidores (acuerdos horizontales) como por ejemplo la colusión en compras públicas, debido a que esta es una conducta considerada como una de las más perjudiciales a la competencia y aunque no haya sido consumada no cabe duda que sus efectos negativos en el mercado, hacia otros competidores y en especial para los consumidores serían sumamente perjudiciales.

3.5. La nulidad de los acuerdos prohibidos

El último inciso del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado señala lo siguiente: “*Son nulos de pleno derecho los acuerdos, prácticas, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en este artículo, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley*”. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011)

Lo citado en el artículo precedente señala que cualquiera de los actos convenidos entre dos o más empresas con el fin de afectar la libre competencia acarrearán la nulidad absoluta, es decir, carecerán de validez jurídica, por lo que no generarán ningún tipo de obligaciones o derechos entre las partes del acuerdo.

Se ha establecido la nulidad exclusivamente para las conductas prohibidas en el art. 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es decir, que ésta no será aplicable para las conductas contenidas en el art. 12 *ibídem* debido a que aun siendo conductas restrictivas estas han generado mayores efectos positivos que negativos a la competencia, por lo que no podrán ser consideradas como nulas.

La expresión “*de pleno derecho*” o “*ipso iure*” es aplicada para definir una consecuencia jurídica que se produce sin requerimiento de parte y que es declarado por la misma norma jurídica, es decir, el alcance del art. 11 es decisorio en cuanto a todos los acuerdos y prácticas que se hayan realizado en contradicción a lo que desprende este artículo, por lo que estas serán nulas sin necesidad de que una de las partes integrantes del acuerdo o una parte afectada solicite su nulidad.

Esto demuestra que el interés por parte del legislador para garantizar la libre competencia y en consecuencia la protección al consumidor al dejar sin validez estas conductas.

3.6. Excepciones a la aplicación de la prohibición contenida en el Artículo 12 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

El artículo 12 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado señala lo siguiente: *“Están exentos de la prohibición contenida en el artículo anterior los acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios (...)”* (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Según experiencia internacional, se ha permitido incorporar este artículo a nuestra Ley en materia de competencia a fin de que los recursos públicos no sean destinados a tratar los acuerdos contenidos en el art. 11 del mismo cuerpo normativo, debido a que sus efectos han sido positivos para el mercado y será necesario que tengan un tratamiento diferente y más sencillo. Este tratamiento consiste en que este tipo de acuerdos deberán cumplir las siguientes condiciones para ser considerados como no perjudiciales a la competencia:

- a. Aquellos que permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas;
- b. Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas;
- c. No impongan restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y,
- d. No otorguen a los operadores económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

En el último inciso del mismo artículo, establece que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, autoridad de competencia de nuestro país

deberá analizar de manera permanente las actividades que realicen las empresas integrantes de este tipo de acuerdos y que se hayan acogido a estas exenciones.

Adicionalmente, señala que si llega a ser de conocimiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado que los acuerdos contenidos en este artículo no cumplen con las condiciones antes mencionadas, o en caso de que exista algún abuso o distorsión de las mismas, la autoridad ordenará su cese inmediato.

El art. 10 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, con respecto a las exenciones contenidas en el art. 12 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado señala que las conductas que no cumplan con los requisitos antes mencionados serán sancionadas conforme al mismo cuerpo legal. Y finalmente, establece que los operadores económicos de un acuerdo beneficiado por esta exención deberán aportar pruebas suficientes de que se cumple con los requisitos y benefician a la eficiencia de los mercados.

CAPÍTULO IV

CONSIDERACIONES RELATIVAS A LOS ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS HORIZONTALES

4. Introducción a los tipos de acuerdos anticompetitivos horizontales

García Machmar en su obra “Manual de la Libre Competencia”, define a los acuerdos horizontales como: *“Son aquellos acuerdos expresos o tácitos celebrados entre oferentes o entre demandantes de un bien o servicio, que tienen por finalidad eliminar la competencia en una cadena productiva completa”*. (García Machmar, 2011)

Los acuerdos anticompetitivos horizontales son aquellos en donde una empresa decide concertar con otro u otros de sus competidores directos con el objetivo de alcanzar de manera conjunta poder sobre el mercado dentro del cual compiten y a través de este poder distorsionar o afectar al mercado. Por lo tanto, los acuerdos anticompetitivos horizontales se presentan entre competidores, es decir, entre agentes que están en el mismo nivel de la cadena de producción.

A este tipo de acuerdos restrictivos se los conoce también como *“acuerdos colusorios”*, conforme lo explica Ignacio de León, autor del *“Manual para la formulación y aplicación de las normas de competencia”* explica lo siguiente: *“La colusión usualmente adopta la forma de un acuerdo de precios”* (De León, 2004). Es decir, es el acuerdo al que llegan dos o más empresas que compiten por similares o iguales productos, cuyo objetivo es adoptar una medida o tomar una decisión que pueda cambiar el precio de esos productos para obtener mayores ingresos.

Aunque el objeto que generalmente se persigue mediante este tipo de acuerdos es el poder influenciar en los precios de ciertos productos, también se

busca intercambiar información clave respecto a la industria, o también dividirse los territorios dentro de los cuales realizarán sus actividades económicas cada uno y no competir entre ellos.

Conforme a lo expuesto, podemos concluir que este tipo de acuerdos entre competidores afecta a la competencia ya que al ser empresas que producen, proveen o distribuyen productos similares no pondrán todo su esfuerzo en mejorar el precio, la calidad y variedad de estos, ya que tienen la certeza que los consumidores adquirirán sus productos por necesidad a pesar de la baja calidad y/o los precios excesivos.

4.1. Acuerdos de fijación de precios

Los acuerdos de fijación de precios, son aquellos por medio del cual las empresas que compiten en un mismo mercado convienen establecer o fijar el precio de los productos o servicios que ofertan, lo cual ocasionará que los consumidores no tengan más opciones en cuanto a precios y tengan que adquirir por necesidad esos bienes a los precios que les sean impuestos a través del acuerdo.

El art. 11 numeral 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado señala lo siguiente: *“Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto”*.

El término *“concertar”* se refiere a tomar una decisión o una medida de manera conjunta, por lo que mediante esta se puede ocasionar una distorsión que se puede generar al fijar los precios. Esta es una práctica prohibida debido a que atenta contra la libre competencia en el mercado y ocasiona el enriquecimiento de quienes participan de este acuerdo a costa de que los consumidores incurran en un gasto mayor para la adquisición de estos bienes y servicios, los

mismos que en un mercado de sana competencia los podría conseguir a un precio más justo.

El numeral antes citado del artículo 11 *ibídem* también establece que está el prohibido el intercambio de información, sobre este aspecto Delio Gómez Leyva, explica que entre competidores no será posible el intercambio sobre información relevante a los precios de sus productos ya que esto permitirá que los demás competidores tomen en cuenta esa información y sea incorporada a su política de precios, lo mismo sucede en cuanto a información sobre costos, inversiones e información sustancial y confidencial relacionada con el establecimiento de costos de producción y el precio propiamente dicho.

Velandia explica que al fijarse los precios de los bienes de manera ilícita limita la posibilidad que tienen los consumidores de contar con un cierto presupuesto para poder adquirir otros bienes, los mismos que ya no podrán ser adquiridos debido a que los consumidores debieron utilizar más de ese presupuesto para comprar los bienes cuyos precios fueron fijados de manera concertada, es decir, este tipo de infracciones ocasiona la pérdida del excedente del consumidor (Velandia, 2008).

Velandia explica que dentro de la fijación de precios existen varias modalidades, que son las siguientes, (Velandia, 2008):

- a. Precios idénticos.-** En este tipo de acuerdos las partes acuerdan establecer un mismo precio a los bienes y servicios que ofertan en el mercado.

Velandia explica que una igualdad de precios entre competidores no siempre es una consecuencia de un acuerdo anticompetitivo entre ellos, sino que en algunas ocasiones responde al resultado de un mercado competitivo en el que uno de los competidores baja el precio de sus bienes debido a que en su producción está siendo altamente eficiente,

por lo que los demás competidores deberán igualar el precio para competir.

- b. Precios desiguales.-** las partes del acuerdo restrictivo planifican vender sus bienes o servicios a precios diferentes pero con la intención de elevarlo poco a poco y así turnarse el precio más bajo.
- c. Fijación de un precio techo.-** respecto a esta modalidad, Velandia explica lo siguiente: “(...) *las empresas participantes fijan un precio máximo de venta comprometiéndose a no vender o comprar por encima de ese precio y con la libertad de vender o comprar por debajo del precio estipulado*”. (Velandia, 2008).

Lo señalado por el autor se refiere a que una vez que las partes convengan en fijar un límite dentro del cual podrán vender o comprar y quedando prohibido sobrepasar el mismo, eliminará a otros competidores que no puedan rivalizar las ventas. Este efecto violenta uno de los principios de la competencia que busca la existencia de un gran número de competidores en el mercado a fin de que los consumidores tengan mayores opciones al momento de adquirir bienes o servicios.

- d. Fijación de un precio piso.-** dentro de esta modalidad las partes convienen realizar sus ventas o compras por precios no menores al límite que se haya establecido por las mismas. Cada parte integrante del acuerdo deberá respetar ese límite, lo cual garantiza a cada una de ellas una ganancia.
- e. Acuerdos de franja de precios.-** esta modalidad es una combinación de las dos anteriores ya mencionados y consiste en que las partes del acuerdo fijan un límite máximo, y también fijan un precio mínimo límite del cual queda prohibido subir o rebajar respectivamente.

En conclusión, este tipo de conducta es restrictiva de la competencia y es sancionada por la autoridad competente debido a que los precios de los bienes y servicios que se ofertan a los consumidores deben establecerse de manera independiente por cada operador económico, dependiendo exclusivamente de sus costes de producción más su utilidad, y no mediante la intervención de acuerdos entre competidores para su beneficio propio.

4.2. Acuerdos de fijación de otras condiciones comerciales

Velandia define a este tipo de acuerdos como aquellos: “(...) *los arreglos entre dos o más empresas que tengan como efecto o como objeto determinar condiciones de venta*”. (Velandia, 2008). En este caso las partes del acuerdo restrictivo determinaran ciertas condiciones que los consumidores deberán cumplir para poder adquirir los productos o servicios que estos ofrecen.

Velandia explica que la posibilidad que tienen las empresas de fijar ciertas condiciones para la venta de sus productos o servicios es una ventaja que se les otorga ya que debe ser empleada con el fin de atraer un mayor número de consumidores, ya que estas condiciones deberán ser totalmente convenientes a sus necesidades (Velandia, 2008).

Siendo lo mencionado anterior el fin para el cual se les permite a las empresas fijar condiciones en sus ventas, este no puede ser utilizado para distorsionar el mercado y menos aún empleado para el enriquecimiento de un grupo de empresas y el perjuicio de los consumidores que se verán obligados a adquirir otros productos para poder acceder al producto principal según su necesidad. A continuación explicaremos algunas de las modalidades que se presentan según este tipo de acuerdos, conforme lo señala Mauricio Velandia (Velandia, 2008):

- a. Condición en la forma de pago.-** este tipo de acuerdo entre las empresas consiste en que estas pactan en si el pago que realizan los

consumidores será en efectivo o en crédito, pero todas las partes del acuerdo restrictivo exigirán a los consumidores una misma forma de pago.

b. *Condición en la entrega de los bienes.*- bajo esta modalidad las partes del acuerdo convienen una igual forma de entrega de los bienes a los consumidores, o pueden convenir que la entrega de bienes represente un costo adicional que deberá ser cubierto por los consumidores.

c. *Condiciones en las presentaciones y el contenido.*- las condiciones que se establecen en esta modalidad consisten en llegar a un acuerdo respecto a la cantidad de productos que serán vendidos, generalmente menos de estos. A su vez, acordaran la forma de presentación mediante la cual ofertaran sus productos en el mercado.

4.3. Acuerdos de limitación o control de la producción, distribución, el desarrollo técnico o las inversiones

Los acuerdos anticompetitivos horizontales para limitar la producción consisten en que las empresas u operadores económicos se ponen de acuerdo para generar escasez de los productos y así ocasionar una restricción a la competencia. La consecuencia inmediata de la escasez es que los productores podrán elevar los precios y repartir las ganancias entre todas las partes del acuerdo.

Ignacio de León, autor del *“Manual para la formulación y aplicación de las normas de competencia”*, también señala que este tipo de acuerdos tendrán como objeto repartir entre las partes cada una de las etapas de fabricación de los bienes a fin de que solo entre ellos se culmine un producto y no intervenga otro competidor, lo cual ocasionará la eliminación de la competencia dentro de ese mercado. (De león, 2004)

El numeral 2 del artículo 11 de la LORCPM prohíbe que los operadores económicos convengan en repartirse, restringir o limitar la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios. Así como también dentro de este tipo de acuerdos horizontales se considera a la infracción contenida en el numeral 5 del mismo cuerpo legal.

Con los avances tecnológicos de los últimos años, existe una mayor exigencia por parte de los consumidores para adquirir bienes y servicios que cuenten con gran innovación, por lo que cada una de las empresas a fin de cumplir con este requerimiento emplea varios procesos tecnológicos, con miras a mejorar sus productos. Sin embargo, conforme al numeral 5 *ibídem*, queda prohibido que los operadores económicos restrinjan el acceso tecnológico a otros operadores, ya que este debe ser de libre acceso para cada uno de estos, lo cual contribuirá en el desarrollo de la industria nacional.

Algunos tratadistas en materia de derecho de la competencia consideran que los contratos de Joint-Venture, al ser la agrupación de dos o más empresas cuyas funciones les han sido asignadas respectivamente a fin de conseguir un fin en común, implica que no exista competencia entre las mismas sino una colaboración.

Sin embargo, aunque claramente existe una afectación a la competencia, este tipo de contratos son permitidos ya que como lo afirman algunos tratadistas estos contratos generan una mayor eficiencia en el mercado y en la economía, por lo que su influencia positiva prevalece frente a la ínfima afectación a la competencia.

Las eficiencias que se generan por este tipo de contratos consiste en que no todas las empresas pueden ocuparse de la producción, investigación e innovación, tecnología, publicidad, distribución de los productos, etc., por lo que siempre van a necesitar que otras empresas les asistan en cada uno de estos ámbitos. Al ser cubiertos cada uno de estos ámbitos de manera satisfactoria

existirá una mayor eficiencia y beneficio no solo para las empresas sino también para los consumidores.

Lo más grave en este tipo de acuerdos, es que las empresas lleguen a convenir suspender sus investigaciones y avances tecnológicos por un cierto tiempo hasta que cada una de ellas recuperen lo invertido en sus empresas. La consecuencia inmediata de este accionar será privar a los consumidores de poder acceder a mejores productos que estén acordes al desarrollo.

Es así, pues al momento en que las empresas cooperan entre sí y cada una realiza una actividad conforme a su potencial, esto permitirá que se reduzcan los costos ya sean de inversión, producción o distribución y este ahorro pueda ser empleado para innovar los productos o en investigación, lo cual brindará a los consumidores un mejor producto no solo en cuanto a calidad sino también a su precio, esto lo podemos resumir en un solo concepto, que es ser más competitivos.

4.4. Acuerdos de reparto de mercado, zonas, clientes o las fuentes de aprovisionamiento

Los acuerdos de reparto de zonas consisten en que dos o más empresas convienen en repartirse regiones, provincias o ciudades para realizar sus actividades económicas, respetando el territorio que le ha sido asignado a cada una de ellas para así no generar competencia entre las mismas dentro de ese ámbito geográfico o territorial. Lo mismo sucede en cuanto a mercado o clientes.

Conforme lo señala Ignacio de León, autor del *“Manual para la formulación y aplicación de las normas de competencia”*, al repartirse el mercado bajo esta modalidad ocasiona que las empresas integrantes del acuerdo actúen como monopolistas en cada uno de los territorios que les ha sido asignado, lo que les permitirá tomar decisiones que puedan afectar notablemente en el mismo sobre

todo en cuestión de precios, afectando así a la competencia y sobre todo a los consumidores. (De León, 2004)

Los numerales 3 y 4 del art. 11 de la LORCPM, prohíbe respectivamente cualquier tipo de acuerdo que pretenda repartirse clientes o territorios, así como también están prohibidos los acuerdos mediante los cuales se reparta o restrinja el acceso a fuentes de aprovisionamiento.

Delio Gómez Leyva autor de *“Las prácticas restrictivas de la competencia”* dentro de la obra *“Derecho de la Competencia”* explica que este tipo de acuerdos también consisten en brindarse una asistencia mutua entre los operadores económicos sin interactuar con los demás competidores, así como también pueden acordar *“(…) la concesión de derechos exclusivos de venta a un competidor en relación con un territorio determinado; distribución del mercado por sectores o tipos de clientes y su división por medio de distribuidores; mediante el otorgamiento de licencias sobre derechos de propiedad industrial o limitando su utilización”*. (Gómez Leyva, 1998).

Dentro de este tipo de acuerdos restrictivos, Velandia considera pertinente explicar cómo esta repartición de zonas es llevada a cabo por las empresas. El acuerdo es realizado generalmente por productores o distribuidores, los cuales al momento de suscribir sus contratos incluyen una cláusula que señala de manera específica la zona dentro de la cual realizarán su actividad económica, prohibiendo que esta se lleve a cabo en una zona distinta, a esta cláusula se la conoce como cláusula de exclusividad. (Velandia, 2008)

A su vez, las empresas podrán convenir ofrecer sus bienes o servicios a un grupo específico de clientes y no vender ni ofrecer a otros que no les hayan sido asignados. La consecuencia de este acuerdo será limitar las alternativas de compra a los consumidores ya que se verán obligados a comprar lo que les sea ofertado únicamente la empresa asignada sin tener otras opciones.

Velandia explica que dentro de la clientela que se reparten entre empresas son los clientes reales y potenciales que existen en el mercado. Los clientes reales son aquellos que acuden con regularidad a los mismos sitios para la compra de bienes, y los clientes potenciales son aquellos que forman parte del mercado en general y en cualquier momento puede acudir a solicitar el bien necesario para la satisfacción de sus necesidades. (Velandia, 2008)

4.5. Licitaciones fraudulentas

García Machmar explica que la manipulación de las licitaciones consiste en: *“Se trata de una forma particular de fijación concertada de los precios, mediante la cual las empresas coordinan sus presentaciones a la contratación pública”*. (García Machmar, 2011)

Adicionalmente, el autor afirma que existen dos formas para que este tipo de colusión se configure: la primera consiste en que los operadores económicos convienen presentar ofertas similares en un proceso de contratación pública para así eliminar las demás ofertas de otros competidores y asegurar que la oferta seleccionada será la presentada por alguno de los integrantes del acuerdo; la segunda forma consiste en dividirse el mercado, es decir, los operadores económicos convienen en turnarse en diferentes procesos para ser quienes presenten la oferta más baja y así ser los seleccionados.

El numeral 6 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, respecto a estos acuerdos restrictivos establece que se prohíben todo tipo de acuerdos cuya consecuencia sea la afectación a la competencia mediante la presentación de ofertas que tengan como finalidad garantizar su beneficio exclusivo o el de los demás oferentes en procesos de licitación.

Velandia define a este tipo de acuerdos como aquellos: *“(...) arreglos entre dos o más empresas que tengan como objeto la colusión en las licitaciones o*

concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos (...)". (Velandia, 2008)

Conforme a lo expuesto anteriormente, las entidades de la administración pública convocan o invitan a ofertar con regularidad a todas las empresas que cumplan con ciertos parámetros establecidos por las mismas y mediante un proceso seleccionar a aquella empresa que presente la mejor opción para cubrir la necesidad presentada por la entidad.

Debido a que las necesidades que buscan cubrir las entidades públicas implican altas cantidades de dinero, los contratos de estas no pueden ser asignadas a libre elección de una persona, por lo que es necesario recurrir a procedimientos de selección competitivos. Dentro de los procedimientos de contratación pública se presentaran varias empresas, cada una ofrecerá sus productos o servicios a diferentes precios, calidad, tiempo de culminación, etc., por lo que la entidad pública contará con varias opciones y la mejor opción será la seleccionada, esto es lo ideal en un mercado de competencia transparente, y así lo establece y manda el artículo 33 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

El art. 33 *ibídem*, dispone a todas las instituciones públicas y empresas públicas que todas las actividades que realicen en los diferentes sectores del mercado ecuatoriano sean al amparo de los principios contenidos en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Sin embargo, debido a que en las licitaciones hay de por medio grandes intereses, esto ocasiona que todas las partes intervinientes en este proceso, ya sean las empresas competidoras o los funcionarios públicos de la entidad encargada de los procesos de contratación pública, busquen convenir de tal manera que el contrato le sea asignado a un competidor y todos sean beneficiados pecuniariamente.

Una forma de llevar a cabo este tipo de acuerdos, consiste en que las empresas que presentarán sus propuestas en un concurso de compras públicas, acuerdan cuál de ellas será la ganadora elaborando para esta la mejor propuesta y estableciendo unas propuestas menos calificadas para las demás.

La conducta empleada por los funcionarios públicos encargados de los procesos de contratación pública, consiste en llegar a un acuerdo con una de las empresas que se presentará a un concurso futuro. El funcionario diseñará un pliego que exija a los concursantes cumplir con ciertos requisitos que no sean fácilmente desempeñados, sino que están orientados a ser cumplidos únicamente por la empresa con la cual se realizó el acuerdo restrictivo, por lo que la hará de manera inmediata la empresa ganadora.

Este tipo de acuerdos en especial son los más perjudiciales a la competencia, ya que perjudica gravemente al Estado e impide que cubra y preste la debida atención a las necesidades de toda la ciudadanía.

4.6. Acuerdos de boicot

El numeral 15 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado señala la siguiente prohibición: *“15.El boicot dirigido a limitar el acceso al mercado o el ejercicio de la competencia por otras empresas”*. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011).

A su vez, se considerará como boicot no permitir a un competidor formar parte de una asociación o gremio sin justificación alguna, dejándolo así relegado dentro de ese sector del mercado al no poder participar de él ni poder generar relaciones de intercambio con los otros asociados. Esta arbitrariedad se encuentra prohibida en el numeral 14 del art. 11 de la Ley.

Respecto a los acuerdos de boicot, Delio Gómez Leyva explica lo siguiente: “(...) *los boicots colectivos sobre negativa concertada a vender y la decisión colectiva de obstruir el ingreso de un competidor en una organización del sector (...)*”. (Gómez Leyva, 1998).

Por lo expuesto, podemos señalar que los acuerdos de boicot consisten en que dos o más empresas convienen en no interactuar con nuevos competidores a fin de que se dificulte para los mismos su ingreso o permanencia en el mercado.

Además, la mayoría de boicots son una práctica que se lleva a cabo entre competidores, cuyo objetivo principal no es de afectar a los consumidores, sino afectar a otro competidor a fin de que este no pueda ingresar a un determinado sector del mercado o mantenerse en él. Sin embargo, una vez que se haya logrado este propósito si generará una afectación a los consumidores ya que su posibilidad de contar con una opción más dentro del mercado para escoger queda reducida.

Begoña Barrantes, autora del Capítulo I del libro “*Derecho Español de la Competencia*”, define a los acuerdos de boicot como: “(...), *mediante los que se acuerda no entablar relaciones comerciales con determinados proveedores o no admitir determinados competidores en el marco de una asociación al objeto de expulsar a los mismos del mercado.*” (Barrantes, 2008)

La autora explica que mediante este tipo de acuerdos entre competidores se busca prohibirse así mismos llevar a cabo intercambios comerciales con el objeto de deteriorar su estancia en el mercado y finalmente tomen la decisión de abandonar ese sector, dejando así mayor posibilidad a los integrantes del acuerdo para abarcar mayor cuota de mercado.

CAPÍTULO V

CONSIDERACIONES RELATIVAS A LOS ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS VERTICALES

5. Introducción general a los acuerdos anticompetitivos verticales

Los acuerdos verticales consisten en que una empresa que goce con cierto poder de dominio sobre un determinado mercado pueda tomar decisiones de manera unilateral, las cuales tengan una incidencia directa en sus distribuidores. Por lo tanto, las partes que participarán de este tipo de acuerdos son aquellas que se encuentren en distintos niveles de la cadena productiva, ejemplo: acuerdos entre proveedores y distribuidores de bebidas gaseosas.

La gravedad de este tipo de acuerdos radica en que si ciertos operadores económicos acumulan poder de mercado mediante prácticas restrictivas a la competencia en un eslabón de la cadena productiva para generar dependencia de esta por parte de los operadores que se encuentren en otro eslabón de la cadena y así limitar la competencia.

Sin embargo, conforme a lo expuesto por, Begoña Barrantes, autora del Capítulo I del libro *“Derecho Español de la Competencia”*, ésta nos explica que es necesario considerar que los acuerdos verticales tienen menores probabilidades de ocasionar efectos negativos en el mercado a diferencia de los acuerdos horizontales.

Esto se debe a que como lo explica la autora, los acuerdos horizontales son entre competidores que representan marcas diferentes y los acuerdos verticales se llevan a cabo entre operadores económicos de distintos eslabones de la cadena productiva pero que representan a una misma marca de productos o servicios.

Al ser competidores de marcas distintas eliminará al resto de competidores y así reducirá las opciones de elección de los consumidores, es decir, su impacto en el mercado será más grave. A diferencia de quienes representan una misma marca, los acuerdos se realizan entre ellos podrán tener efectos positivos ya que trabajaran de manera conjunta para impulsar sus productos o servicios y así, ofrecer mejores opciones en cuanto a la calidad y precio de los mismos, de esta manera no elimina a otros competidores.

En un mercado que cuente la participación de un gran número de competidores, los acuerdos verticales pueden convenirse con el único objetivo de que el fabricante no tenga que invertir recursos o personal en varios niveles de la cadena productiva, sino llegará a un acuerdo con sus distribuidores y podrán concentrar todos sus recursos en un solo nivel. Su consecuencia será la eficiencia en su actividad comercial y el beneficio de los consumidores, por lo que, en conclusión no todos los acuerdos verticales son nocivos para el mercado.

Con respecto a la importancia de una integración vertical, García Machmar explica lo siguiente: *“La integración vertical de procesos productivos puede llegar a ser bastante eficiente, pues permite que se alcancen economías de escala.”* (García Machmar, 2011). El autor se refiere a que una vez que los operadores económicos pertenecientes a diferentes eslabones de la cadena productiva se integran, pueden generar efectos positivos, tales como lograr eficiencia en cada uno de los eslabones lo que le permitirá producir más a menores precios, siendo esta una consecuencia evidentemente favorecedora para los consumidores.

5.1.1 Agencias

Ricardo Alonso Soto, explica que el contrato de agencia consiste en que el productor escoge a otro operador económico para que en su calidad de agente promocióne y oferte sus productos o servicios en el mercado.

María Rosa Tapia, autora del Capítulo XV, Parte II sobre “*Contratos de distribución y Derecho de la Competencia*” dentro de la obra “*Los Contratos de Distribución*”, respecto a los acuerdos de agencias explica lo siguiente: “*Los agentes, comisionistas o mediadores no se consideran operadores económicos en tanto en cuanto carezcan de libertad para organizar su actividad de promoción de los negocios del principal por cuya cuenta o interés actúan (...)*”. (pág. 662)

Conforme a lo expuesto, podemos concluir que aquellos agentes comerciales que actúen bajo mandato, es decir, carezcan de libertad al momento de la toma de decisiones respecto al negocio al cual representan, no estarán inmersos en este tipo, pues su accionar no corresponderá a un acuerdo vertical, por el tema de la falta de independencia.

Carlos Vérguez, autor del Capítulo I del libro “*Derecho Español de la Competencia*”, explica que en materia de competencia, se considerará una práctica restrictiva a los contrato de agencias celebrado entre operadores económicos autónomos e independientes, siendo este un requisito esencial a ser tomado en cuenta dentro de este tipo de acuerdos, debido a que en caso de cometer una falta al mercado deberá asumir responsabilidades correspondientes por su accionar.

Adicionalmente, explica que los contratos de agencia cuya responsabilidad no verse sobre las partes de contrato debido a que estos carecen de autonomía, serán denominados como “*genuinos*”. Y, los contratos de agencia entre empresas autónomas serán considerados como contratos de distribución y se los denominará como “*no genuinos*”. (Vérguez, 2008)

Vérguez explica que esta diferenciación entre los contratos que carecen de autonomía y de los contratos de agencia es necesaria, pero deberá tomarse en cuenta otros aspectos adicionales que podrían reflejar cierta participación por parte del agente, es decir, que este no podría estar del todo exento. Estos

aspectos a ser tomados en cuenta son: a. los riesgos asumidos por parte del agente, independientemente del contrato; b. comprobar si se transmite la propiedad de los bienes al agente; c. tomar en cuenta si el agente contribuye en los costos generados por el contrato; y, d. si el agente está obligado a intervenir en los procesos o si se le ha otorgado un cierto grado de responsabilidad frente a terceros. (Vérgez, 2008)

A su vez, señala que el Tribunal de Defensa de la Competencia consideró que estos agentes no podían ser considerados como meros agentes compradores, debido a que luego de analizar sus funciones y desempeño durante el contrato, se pudo determinar que su accionar cumple con los cuatro preceptos antes señalados. En conclusión, las empresas suscriben este tipo de contratos de agencia a fin de utilizar al agente para cometer prácticas restrictivas a la competencia como por ejemplo la fijación de precios de reventa, porque al ser un agente comercial carente de autonomía su conducta no podrá ser encasillada como una práctica restrictiva a la competencia, y es solo una artimaña empleada por los operadores económicos para evadir responsabilidad alguna.

5.1.2. Franquicias

Ricardo Alonso Soto, autor del Capítulo II “Tipología de los contratos de distribución comercial” dentro de la obra “Los Contratos de Distribución”, define a la franquicia como: *“que se define como el contrato por el cual el titular de la franquicia, denominado franquiciador, cede al distribuidor, denominado franquiciante, el derecho de explotar en beneficio de éste un sistema de comercialización de bienes o servicios bajo signos distintivos y la asistencia técnica permanente del franquiciador, a cambio de una compensación económica y del compromiso de ajustarse en todo momento a las reglas de actuación establecidas”*. (Alonso Soto, 2010, pp.263)

Las franquicias que ocasionen alguna afectación al mercado estarán dentro de las conductas anticompetitivas de exclusión, debido a que como lo señala Ignacio de León, autor del *“Manual para la formulación y aplicación de las normas de competencia”*, se podrán establecer *“(…) disposiciones o cláusulas de reparto de mercado entre franquiciado y franquiciador o entre los franquiciados y si imponen precios mínimos de reventa”*. (De León, 2004)

A fin de entender en qué consiste el contrato de franquicia, Carlos Vérguez, autor del Capítulo I del libro *“Derecho Español de la Competencia”*, explica lo siguiente: *“(…) es la comercialización homogénea de productos o servicios bajo la marca de un empresario, el franquiciador, que transferirá al primero una serie de conocimientos técnicos, así como también derechos de propiedad intelectual vinculados al desarrollo del negocio. A cambio, por lo general, el franquiciado se compromete al pago de un canon periódico normalmente sobre la base de sus ventas”*. (Vérguez, 2008)

Lo expuesto por el autor explica de manera clara en qué consiste el contrato de franquicia. Es una relación contractual entre el franquiciante, quien es el dueño de una marca de productos o servicios elaborados bajo ciertos parámetros, los cuales le son concedidos al franquiciado, quien iniciará su negocio bajo esa marca y con los conocimientos y parámetros que le han sido conferidos, a cambio de entregarle al franquiciante una cierta cantidad de dinero según sus ganancias.

Como conclusión, este tipo de contratos son suscritos entre operadores económicos independientes y autónomos en cuanto a la toma de decisiones respecto al giro de su negocio, cuyo objetivo principal es formar una red eficiente de su marca, la cual sea accesible a todos los consumidores. Aún cuando este tipo de contratos sean celebrados con el objetivo antes mencionado, puede ser un medio por el cual se creen barreras que limiten la competencia y permitan adquirir poder sobre el mercado, el cual luego será utilizado para afectarlo.

Se ha podido determinar que los contratos de franquicia en sí no son del todo perjudiciales para la competencia, por lo que deben ser considerados como un tipo de acuerdo sujeto a las exenciones que la ley le confiere.

Del todo no podrá ser considerado como un acuerdo exento, sino que para serlo es necesario que en estos contratos se permita lo siguiente: 1. Al franquiciado se le permita adquirir los productos que requiere según su negocio a cualquier distribuidor autorizado, sin que este le sea asignado de manera arbitraria; 2. El franquiciado deberá ser considerado como un operador económico independiente, no hacerlo parecer que opera bajo cuenta y representación del franquiciante; y, 3. En el contrato no deberá existir cláusula alguna que fije precios de los productos o servicios sobre los cuales versa la franquicia.

5.2. Tipos de cláusulas incluidas en acuerdos de distribución

En los acuerdos verticales, los contratos de distribución suscritos entre productores y distribuidores podrán incluir cláusulas de exclusividad en cuanto al territorio y productos que deberán ser considerados al momento de ejercer su actividad económica. Aunque esta conducta a simple vista parecería perjudicial para los suscritos debido a que limita el ejercicio de sus actividades a un determinado territorio y a la venta de ciertos productos, aún así representa para ellos un ingreso seguro ya que no habrá más competencia, lo cual les permitirá fijar precios, consolidarse en un determinado sector del mercado y evitar que otros competidores ingresen al mismo.

El numeral 19 del art. 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado prohíbe la siguiente conducta: *“Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados”*. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011).

A continuación Velandia define a las cláusulas de exclusividad como: “(...) *las cláusulas de exclusividad, entendidas como aquellas prestaciones dentro de los contratos mediante las cuales los fabricantes asignan un territorio exclusivo a cada miembro de su red.*” (Velandia, 2008)

Dentro de un contrato de distribución aparentemente sin particular ilegal alguno, puede presentar una cláusula que establezca al distribuidor el único lugar dentro del cual podrá comercializar los bienes entregados por el productor, entendiéndose así que no podrá venderlos en otro territorio. En este tipo de conductas el mercado ha sido repartido y la competencia vulnerada.

Las cláusulas de exclusividad también podrán versar sobre prohibir comercializar otros productos que no sean los contenidos en el contrato. De esta manera, los únicos productos que se comercializarán serán de una sola marca y misma calidad, cuyo precio será paulatinamente elevado a beneficio de los operadores económicos partes del contrato y acarrearán el perjuicio de los consumidores.

Para culminar, Velandia explica que este tipo de cláusulas contenidas en los contratos de distribución no siempre constituyen una práctica restrictiva a la competencia, sino solo algunas de estas, razón por la cual deben ser analizadas siempre caso por caso, pues algunas podrían no ser anticompetitivas debido a que su participación en el mercado es reducida y no podrán afectar a los consumidores gravemente. Resultarán perjudiciales a la competencia si evitan el ingreso de otras líneas de productos al mercado, y eliminaran todas las alternativas para los consumidores.

Carlos Vérez explica que los contratos de distribución que contengan cláusulas de exclusividad en cuanto a la asignación de territorios o zonas por parte de los productores a sus distribuidores consisten en una práctica restrictiva vertical a la competencia. Este tipo de cláusulas obligará a los distribuidores a vender los productos del fabricante en un determinado territorio

y no podrá hacerlo en otros que no le hayan sido asignados, ya que seguramente estos le han sido asignados a otros distribuidores. (Vérgez, 2008) También, explica que uno de los principales efectos de este tipo de cláusulas es el impacto que surte en la competencia entre distribuidores de productos de una misma marca, debido a que los territorios les han sido asignados y tendrán más competidores en ese sector, así como tampoco podrán ingresar otros distribuidores a competir por la barrera que se ha creado.

Otro aspecto importante a ser considerado en este tipo de cláusulas de exclusividad es la asignación forzosa de una cartera de clientes por parte del fabricante al distribuidor. Al igual que la exclusividad de territorio, la asignación exclusiva de clientes consiste en limitar al distribuidor sus clientes reales y potenciales, es decir, solo podrá vender los productos del fabricante a los que le haya sido asignado y dejar los demás clientes a otros distribuidores.

Aunque al parecer esta exclusividad limita notablemente los posibles ingresos que pueda tener el distribuidor mientras más clientes tenga, también le asegura una ganancia certera ya que no tendrá más competencia, sin embargo, el distribuidor perderá todo el interés en buscar los medios necesarios para vender más y hacer los productos interesantes para los consumidores.

Aún cuando los efectos antes mencionados son sumamente perjudiciales a la competencia, existe un efecto que no puede llegar a ser nocivo sino todo lo contrario. Este consiste en que al asignar ciertos clientes a un distribuidor podrá generar eficiencia al mercado en caso de que los distribuidores decidan invertir en los productos a fin de adecuar a los mismos según los requerimientos de los clientes para así cubrir sus necesidades, así lo explica Carlos Vérgez. (Vérgez, 2008)

Sobre la distribución selectiva, Carlos Vérgez afirma lo siguiente: *“Los sistemas de distribución selectiva se caracterizan por limitar el número de distribuidores autorizados mediante el establecimiento de criterio no*

territoriales, que pretenden proteger la identidad, calidad del producto o servicio prestado, su utilización adecuada, así como la prestación de una asistencia post-venta especializada". (Vérgez, 2008)

Conforme a lo expuesto, podemos señalar que los proveedores o productores escogen a sus distribuidores tomando en consideración que estos cumplan con la atención, resguardo y debida promoción de sus productos, por lo que al establecer estos parámetros de estricto cumplimiento no todos los distribuidores ser admitidos para luego competir en el mercado.

El posible efecto inmediato que se producirá por esta distribución selectiva será la eliminación de la competencia entre distribuidores, pero esto debe evitado por los proveedores para lo cual deberán asegurarse que en su red de distribución existan suficientes participantes y no solo beneficiar a dos o tres, sino fomentar la competencia entre los mismos a través de varios competidores.

A nuestro entender, la distribución selectiva no siempre será negativa a la competencia, ya que lo que busca el proveedor es la buena conservación de sus productos y que lleguen a su destino final en perfectas condiciones y representando la idea de su fabricante, todo esto en beneficio de los consumidores que busca adquirir un producto deseado a un precio justo.

5.2.1. Fijación de precios mínimos de reventa

La fijación de precios mínimos en las reventas consiste en que el fabricante establece el precio de los bienes al cual el distribuidor debe venderlos, lo cual imposibilita al productor a poder fijar el precio dentro de su propio margen que puede ser incluso menor al sugerido o recomendado.

Mediante la prohibición de esta conducta contenida en el numeral 17 del art. 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el legislador

busca salvaguardar que los precios en el mercado respondan a las leyes naturales del mismo y de donde provenga su fijación sea exclusivamente de la decisión autónoma de cada una de las empresas que compiten en el mercado. Velandia explica que una vez que los productos pasen de los proveedores o productores al distribuidor, este último pasa a ser dueño de los productos y en su calidad de empresa autónoma e independiente deberá fijar el precios de los productos adquiridos para ser revendidos. La fijación de los precios de reventa por parte del distribuidor implica el valor de los productos y además su ganancia por lo que este precio no le puede ser limitado de ninguna manera. (Velandia, 2008)

Adicionalmente, el autor explica que aunque este tipo de acuerdos aparenten ser restrictivos, es necesario analizar la competencia existente en el mercado que supuestamente se vulnera, ya que para esta conducta sea considerada como restrictiva debe cumplir los siguientes requisitos establecidos por el autor Mauricio Velandia: “(...), *si la fijación de precios del fabricante al distribuidor no impide la entrada de un competidor al mercado, ni la libertad del consumidor y se presenta variedad de bienes, dicho comportamiento no puede ser calificado como restrictivo de la competencia (...)*” (Velandia, 2008).

Conforme a lo expuesto, podemos concluir que las conductas por fijación de precios mínimos de reventa que se presenten deben ser analizadas caso por caso, debido a que no es correcto aplicarles una sanción solo por ser una conducta prohibida, sino que debe ser analizada si el accionar de un productor al fijar un precio tenía como fin restringir el acceso al mercado a nuevos competidores, u obligar a los consumidores a comprar sus productos por necesidad debido a la falta de alternativas.

Este tipo de conductas no cumplirán ninguno de los preceptos antes mencionados si en el mercado dentro del cual realizan sus actividades económicas es un mercado competitivo, es decir, cuenta con varios oferentes y por ende existe varias opciones de bienes o servicios al alcance de los

consumidores, los mismos que podrán ejercer su derecho a la libre escogencia de los mismos sin ser presionados u obligados por algún oferente.

Sin embargo, si el productor que fije el precio de reventa al distribuidor cuenta con poder de dominio dentro de ese mercado, existen un mayor número de probabilidades de que su accionar constituya una infracción, debido a que eliminará la competencia que exista y así las alternativas del consumidor.

Carlos Vérguez, autor del Capítulo I del libro *“Derecho Español de la Competencia”*, explica que la fijación de precios de reventa es una de las prácticas más graves y establece que consiste en lo siguiente: *“el mantenimiento de precio de reventa, mediante la imposición de precios fijos, constituye una de las restricciones más graves en el ámbito de los acuerdos verticales, en la medida en que se limita la libertad de actuación del distribuidor (...)”*. (Vérguez, 2008)

Lo señalado por el autor, explica a una conducta cuyos efectos son nocivos a la libre competencia, debido a que el productor dará precios consolidados a los distribuidores a los cuales deberán ser comercializados los productos entregados, sin que el distribuidor actúe como operador económico independiente y autónomo en cuanto a la toma de decisiones de su negocio, sino que claramente se ve limitado al no poder fijarlo libremente.

Otro efecto negativo señalado por el autor, es que los consumidores no podrán beneficiarse de ofertas o adquirir productos o servicios a precios más económicos, es decir, no cabe la posibilidad de que los distribuidores ofrezcan mejores opciones a los consumidores, sino los perjudicarán por la decisión adoptada por el proveedor inicialmente.

5.2.2. Precios de reventa máximos, recomendados e indicativos

Dentro de los contratos de distribución podrán establecerse por parte del productor cláusulas fijando un límite máximo de precios del cual el distribuidor

no podrá sobrepasar. Los precios recomendados serán una lista emitida por parte de los productores para dar a conocer los márgenes dentro de los cuales sus productos o servicios pueden ser adquiridos a través de los distribuidores.

Carlos Vérguez, autor del Capítulo I del libro *“Derecho Español de la Competencia”*, define a los precios de reventa máximos como: *“Los precios máximos, en contraposición con los precios mínimos pueden justificarse en la medida en que permiten al fabricante evitar abusos de sus distribuidores, que pueden crear en el mercado y los consumidores la convicción de que el producto o servicio en cuestión es anormalmente caro”*. (Vérguez, 2008)

Conforme a lo expuesto por el autor, podemos precisar que los precios de reventa máximos no siempre acarrearán como consecuencia restringir la competencia, sino puede ser un medio empleado por los productores para precautelar que sus productos sean ofertados a los consumidores a un precio justo, y que este no sea fijado por los distribuidores de manera abusiva.

Adicionalmente, *afirma que los precios recomendados pueden ser aceptados cuando la tensión competitiva entre revendedores es suficiente, en la medida de que puede funcionar como precio máximo facilitando al consumidor final la comparación o arbitraje entre las ofertas sobre la base de los distintos porcentajes de descuento aplicados*. (Vérguez, 2008)

Por lo expuesto, los precios de reventa recomendados pueden ser aplicados cuando existe una competencia complicada entre revendedores y para solucionarla se pone a conocimiento del consumidor los precios sugeridos por los productores para que realicen una comparación entre estos y adquieran los que le sean mayor conveniencia.

5.2.3. Ventas activas y ventas pasivas

Se entiende por ventas activas a aquellas realizadas mediante publicidad, agentes o métodos similares fuera del ámbito territorial o grupo de clientes

asignados a un distribuidor en el marco de un acuerdo de distribución. (Vérgez, 2008)

Es decir, este tipo de ventas podrán ser tropezadas por los proveedores en caso de que los distribuidores busquen obtener un acercamiento con clientes que no le han sido asignados. Este acercamiento se lo realizará mediante cualquier medio de comunicación, publicidad o mediante el uso de la tecnología para poner a conocimiento de los consumidores sus productos o servicios.

Carlos Vérgez también establece que se entenderá por ventas activas la aproximación a clientes individuales dentro de un territorio exclusivo, o también una aproximación a un grupo de clientes exclusivo de otro distribuidor. La búsqueda de este acercamiento será llevado a cabo mediante correos electrónicos, visitas, publicidad en medios de comunicación, entre otras actividades que permitan llegar específicamente a aquellos clientes. También este tipo de ventas puede realizarse mediante el establecimiento de un almacén o un centro de distribución en el territorio exclusivo de otro distribuidor. (Vérgez, 2008)

Vérgez define a las ventas pasivas como aquellas efectuadas en respuestas a solicitudes de clientes situados fuera del territorio (o del grupo de clientes) asignado a un determinado distribuidor sin que éste haya suscitado activamente dicha venta. (Vérgez, 2008)

Este tipo de ventas son todos los pedidos que no han sido realizados con anterioridad por parte de los clientes, o grupo de clientes específicos y que además incluyen la entrega del bien o del servicio.

En lo que se refiere a ventas realizadas por internet se puede establecer que es una venta pasiva, *“se considera venta pasiva si un cliente visita el sitio Web de un distribuidor, se pone en contacto con él y como consecuencia de este contacto se realiza la venta y entrega del producto. En un principio, las Directrices consideran que la lengua utilizada en el sitio Web no suele tener importancia para la consideración de la venta como pasiva, si bien es evidente*

que el incluir información sobre productos y servicios en una mayor variedad de idiomas incrementaría el ámbito territorial al que puede acceder el distribuidor así como las posibilidades de mayores ventas pasivas.” (Vérgez, 2008)

Según el ejemplo antes citado, si una página web en la se ofrecen bienes o servicios no está destinada a ofrecer dichos productos a un grupo de clientes específicos en un determinado territorio no se considera una forma de venta activa, sino será un tipo de venta pasiva, debido a que como se estableció con anterioridad en la definición de venta pasiva, es una respuesta a pedidos no solicitados con anterioridad por los clientes.

En el caso de las ventas pasivas, estas no podrán ser prohibidas por parte del proveedor ya que el medio por el cual se ofertan los productos o servicios es una página web que permite a los clientes contactarse con el distribuidor, y no es el distribuidor quien busca captar a una determinada clientela mediante su página, sino es abierta para conocimiento de todos.

Finalmente, las novedades o noticias que la página web haga llegar a los consumidores, será por pedido expreso al distribuidor, y no consistirá en un envío masivo por él, a diferencia de las ventas activas.

De ninguna manera se podrá prohibir a los distribuidores limitar el acceso a su página web, es decir, para que solo un determinado grupo de clientes pueda acceder y a otro le sea negado. Tampoco se le podrá imponer al distribuidor que mediante el Internet solo pueda vender una cantidad establecida de productos o servicios y pague al proveedor una cantidad más elevada por los mismos a diferencias de los que se vendan en establecimientos comerciales.

5.2.4. Marca Única

Los acuerdos de marca única tienen como objeto asegurar que el distribuidor se suministre del proveedor respecto a la mayoría de sus necesidades de un

tipo de producto concreto que constituye el objeto del contrato. El problema de competencia que puede plantearse principalmente es la exclusión del mercado de otros proveedores competidores. (Vérgez, 2008)

Existe una limitación a la libre competencia debido a los acuerdos que se enfocan a la distribución de un solo tipo de marca, estableciendo una prohibición para que otras marcas compitan en el mercado, de manera que existe exclusividad en la utilización de un solo tipo de marca, lo cual evidentemente beneficia a ciertas empresas y perjudica el lucro de otras. Existe una prohibición para la venta de ciertas marcas y la venta de productos pertenecientes a una determinada marca.

Dicho objetivo puede lograrse mediante diversos mecanismos, tales como una obligación directa de no fabricar, producir, o vender bienes o servicio competidores. Es lo que se conoce como cláusula de no competencia, Sin embargo, una prohibición explícita de vender productos competidores no es el único método existente a tal efecto, pudiendo lograrse el mismo resultado a través de medios indirectos. Así, dicho objetivo puede lograrse imponiendo volúmenes de compra mínimos al comprador, lo que puede a su vez materializarse mediante la concesión de incentivos pactados entre vendedor y comprador que tiendan a que éste adquiera con carácter preferente los productos del proveedor. (Vérgez, 2008, p.p. 97)

Asimismo, Vérgez explica que las Directrices Verticales de la Comunidad Europea, (apartado 152) indican que la denominada “cláusula inglesa” puede tener efectos similares a los de una obligación de no competencia. Consiste, en particular, en un mecanismo mediante el que el proveedor obliga al comprador a informarle de cualquier oferta mejor y únicamente se permite al comprador aceptarla cuando el proveedor no pueda igualar ésta o mejorarla. (Vérgez, 2008, p.p. 98)

Por último, dentro de este grupo cabría incluir los acuerdos de vinculación cuyo mecanismo consiste en el establecimiento de sistemas de incentivos mediante los que el proveedor obliga al comprador a adquirir un determinado producto como requisito para el suministro de otro. (Vérgez, 2008)

Los acuerdos de marca única pueden dar lugar a distintos tipos de efectos anticompetitivos. Por un lado, producen un efecto de cierre del mercado ya que por medio de la obligación impuesta a los distribuidores de vender solo una marca se restringe el número de distribuidores disponibles, lo cual actúa como barrera de entrada en ese mercado, Por otro, facilitan la colusión expresa o tácita entre los fabricantes cuando este tipo de acuerdos es aplicado por un gran número de proveedores. Por último, estas prácticas afectan a la competencia intermarca dentro de los comercios. (Vérgez, 2008)

5.2.5. Compra exclusiva

Ricardo Alonso Soto, autor del Capítulo II “Tipología de los contratos de distribución comercial” dentro de la obra “Los Contratos de Distribución”, define a la compra exclusiva: *“(…) el contrato por el cual el distribuidor, a cambio de contraprestaciones especiales, se obliga a adquirir, para su comercialización, determinados bienes o servicios solamente al proveedor o a otras personas que éste designe”* (Alonso Soto, 2009)

Una obligación de compra exclusiva impone al distribuidor el compromiso de adquirir del proveedor todas sus necesidades de un determinado producto o servicio, sin que pueda adquirirlo de otro. Así, el distribuidor se compromete a adquirir determinados productos o servicios solamente al fabricante o proveedor, a empresas vinculadas a él o a terceras empresas a las que aquel haya encargado la distribución de sus productos. (Vérgez, 2008) p. 105

La compra exclusiva no impide en principio que el comprador pueda adquirir y revender bienes o servicios competidores del producto o servicio sujeto a la

obligación de compra exclusiva. No obstante, puede dar lugar en determinadas circunstancias y modalidades a efectos similares a los de las cláusulas de no competencia, así como combinarse con cláusulas de no competencia. (Vérgez, 2008, p. 105)

El principal efecto de la compra exclusiva es la limitación de las posibilidades de abastecimiento o reventa de un comprador respecto a un producto concreto y, con ello, la reducción de la competencia intramarca y la compartimentación del mercado. (Vérgez, 2008, p. 105)

5.3. Análisis Casos Internacionales

5.3.1. Caso Argentina (año 2005)

Desde el año 2001, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia Argentina inició una investigación por pedido de los hospitales públicos en contra de las empresas que proveen de oxígeno medicinal a los mismos, debido a que las ofertas económicas presentadas en los procesos de licitación se encontraban por sobre el 70% del valor referencial.

Las empresas denunciadas fueron AIR LIQUIDE ARGENTINA S.A., INDURA S.A., AGA S.A. y PRAXAIR ARGENTINA LIMITADA por coludirse para participar en las licitaciones públicas.

Las empresas en referencia acordaban turnarse para ser adjudicados los contratos para la provisión del oxígeno líquido, es decir, cada empresa conocía cual sería la ganadora y las demás debían presentar ofertas económicas más elevadas a la que sería la ganadora u ofertas técnicas que a propósito no se ajustaran al requerimiento de los pliegos.

Las pruebas consideradas en ésta investigación fueron la información remitida por los hospitales, la entidad licitante y la de las empresas denunciadas.

También se consideraron los testimonios de los antes mencionados, sin embargo, la prueba clave en este caso fueron los allanamientos realizados a las empresas, de manera que así se pudo recabar documentación como correos electrónicos, memorandos y comunicaciones entre las empresas que denotaban que existía entre ellas acuerdos en cuanto a sus posturas frente a los procesos de licitación y los precios del oxígeno medicinal desde el año 2001 al 2005.

Lo recabado mediante los allanamientos realizados a las empresas como “*pruebas plenas*” y suficientes para demostrar la existencia de un acuerdo anticompetitivo horizontal entre las empresas y una evidente afectación al mercado, la autoridad de competencia procedió a imponer una sanción económica a las empresas, además de una sanción a los representantes de las mismas y finalmente innumerables demandas por daños y perjuicios.

Actualmente el caso se encuentra en la Corte Suprema de Justicia, después que la Cámara de Apelación confirmara la sanción impuesta por la CNDC.

5.3.2. Caso Chile (año 2007)

Luego de que Argentina sancionara a cuatro empresas por colusión en compras públicas, la Fiscalía Nacional Económica de Chile inició una investigación a las cuatro mismas empresas que operaban en el mercado chileno para la provisión del oxígeno medicinal a los hospitales públicos.

Una vez que se recabó suficiente información por parte de los hospitales públicos y la institución licitante, el expediente fue remitido al Tribunal de Defensa de la Competencia para iniciar una investigación formal en contra de AIR LIQUIDE CHILE S.A., INDURA S.A., AGA S.A. y PRAXAIR CHILE LIMITADA.

Durante la investigación, se evidenció que los hospitales públicos a través del órgano competente solicitan que se compre oxígeno líquido y las empresas

proveedoras de éste bien acuerdan cuál de ellos presentará la oferta ganadora, mientras que la parte requirente piensa que se está realizando un proceso competitivo entre las empresas mediante el cual se espera conseguir una oferta a un precio más bajo.

Las pruebas obtenidas dentro de este caso corresponde a todos los antecedentes proporcionados por las empresas previa solicitud de la autoridad de competencia, así como también la remitida por las empresas investigadas. Este tipo de documentación no pudo ser corroborada de ninguna otra manera, aún cuando se tenía la certeza de que había un acuerdo anticompetitivo entre las mismas, solo habían indicios y no una prueba plena, a diferencia del caso antes enunciado en el cual la autoridad de competencia tenía la facultad para realizar allanamientos e interceptar la comunicación de las empresas denunciadas.

El Tribunal de Defensa de la Competencia sentenció a los operadores económicos denunciados pero la Corte Suprema de Chile desestimó la sentencia debido a que una vez que el expediente remitido por el Tribunal de Defensa de la Competencia fue revisado, no se encontró pruebas suficientes para sancionarlos, solamente habían indicios.

Ante éste traspié del Tribunal de Defensa de la Competencia por no conseguir pruebas suficientes para sancionar a las empresas, se realizó una enmienda a su Ley en la cual se faculta a la autoridad de competencia para emplear medios de pruebas más severos en virtud de poder recabar información suficiente para sancionar a las empresas denunciadas.

Conforme a los casos antes expuestos, las autoridades de competencia de Perú, México, Panamá y Colombia iniciaron investigaciones en el sector del mercado del oxígeno medicinal, debido a que las mismas empresas sancionadas por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia Argentina operaban dentro de este sector.

La gravedad de esta misma conducta en los países de América Latina radica en que ya no solo es una infracción a nivel nacional, sino transnacional, es decir, dentro de este sector del mercado de la salud opera un cártel formado por las empresas antes referidas y operan de la misma manera en todos los países.

Combatir la colusión en el sector del mercado del oxígeno medicinal será labor única y exclusivamente de las autoridades de competencia, quienes deberán realizar un trabajo conjunto con el fin de desarticular el cártel, sancionar a los implicados y mejorar éste sector tan sensible dentro del mercado de la salud.

El análisis de casos en materia de competencia en el Ecuador eran inicialmente referencia para la elaboración de este Trabajo de Titulación, sin embargo aún cuando la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, autoridad de competencia en el Ecuador inició sus labores en el mes de septiembre del año 2012, hasta la fecha no existe resolución alguna que haya sido emitida como consecuencia de un caso iniciado por acuerdos anticompetitivos, ya sean horizontales o verticales al que se haya podido hacer referencia. (base.scpmdesarrollo, s.f.)

Conclusiones

1. Una competencia eficiente y transparente consiste en que en el mercado exista un gran número de competidores, los cuales brinden una gran variedad a los consumidores en cuanto a la marca de los productos o servicios ofertados, además variedad en cuanto a su calidad y precios, y a su vez que estos sean asequibles según las necesidades y capacidades de cada consumidor.
2. Los acuerdos horizontales son celebrados entre competidores, es decir, entre operadores económicos que se encuentran en el mismo nivel de la cadena productiva. Este tipo de acuerdos son todos considerados *per se* anticompetitivos, debido a que son los más perjudiciales para la competencia, por lo que por parte de la autoridad de competencia bastará con que se compruebe la existencia de este acuerdo y los daños ocasionados.
3. A diferencia de los acuerdos verticales, los acuerdos horizontales si son llevados a cabo con el objetivo de afectar a la competencia y a los consumidores. Este tipo de acuerdos están orientados a limitar la cantidad de bienes y servicios que puedan estar a disposición de los consumidores dentro del mercado, para de esta manera fijar los precios de los mismos a su conveniencia, lo cual no solo afectará a los consumidores cuyas opciones de compra quedarán limitadas y deberán pagar un precio más elevado que el establecido en una competencia justa.
4. Los acuerdos verticales celebrados entre operadores económicos pertenecientes a diferentes eslabones de la cadena productiva se les deberá aplicar la *regla de la razón*. La aplicación de esta medida permitirá que se analice cada caso en concreto, debido a que algunos

de estos podrán generar mayores efectos positivos que negativos dentro del mercado.

5. Dentro de los acuerdos verticales, las cláusulas contenidas en los contratos de distribución deben ser consideradas dentro de las exenciones, excepto aquellas que fijen precios o impongan la adquisición de bienes o servicios a los distribuidores. Los beneficios que se obtienen mediante las cláusulas que asignan zonas geográficas son beneficiosas ya que permiten a los distribuidores conocer y controlar el sector del mercado asignado para así ofertar los bienes o servicios dentro de las necesidades de los consumidores, pero sobretodo son establecidas con el objeto de que el proceso de distribución se lleve a cabo de manera eficiente.

Adicionalmente, es necesario tomar en cuenta que los distribuidores no podrán operar por un largo tiempo dentro de la zona asignada, sino los proveedores deberán rotar a los distribuidores cada cierto tiempo y promover a que la publicidad se realice en un mercado común, es decir, no solo a sus clientes del territorio asignado sino de manera general para conocimiento de todos.

6. Los acuerdos verticales en su mayoría no se conviene con el objetivo de afectar a la competencia y a los consumidores para así obtener el beneficio económico de sus integrantes, sino son pactados por operadores económicos de diferentes eslabones de la cadena productiva pero representantes de una misma marca, con el objetivo de proteger sus actividades comerciales de competidores representantes de marcas más fuertes en el mercado para de esta manera poder competir con mayor eficiencia y mantenerse en el mercado.
7. La competencia en un acuerdo de integración vertical de una misma marca claramente disminuirá debido a que a cada integrante le son

asignados parámetros para realizar su actividad comercial, sin embargo, estos parámetros les permitirá actuar dentro del mercado de una manera más organizada y eficiente. Lo contrario sucederá con sus competidores de marcas distintas cuyo nivel de competencia aumentará y sus efectos serán positivos para el mercado, en especial para los consumidores, quienes podrán contar con más opciones de mejor calidad y precio justo.

Recomendaciones

1. La regla *per se* debe ser aplicada para los acuerdos horizontales, debido a que sin duda alguna este tipo de acuerdos generaran consecuencias nocivas a la competencia. La regla *per se* permite que en las investigaciones de estas conductas llevadas a cabo por la autoridad de competencia se realicen en el menor tiempo posible y mediante la menor cantidad de recursos públicos empleados en las mismas, lo cual permitirá una mayor eficiencia por parte de la autoridad.
2. La *regla de la razón* deberá ser aplicada para los acuerdos verticales, es decir, cada caso deberá ser analizado en concreto, debido a que aún cuando limitan la competencia, sus beneficios son mayormente positivos y permiten que toda la cadena productiva funcione con dinamismo y eficiencia, y a su vez la economía se desarrollará.
3. El art. 12 de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado, el cual contiene la exención a las conductas anticompetitivas contenidas en el art. 11 del mismo cuerpo normativo debe estar orientado de manera específica para los acuerdos verticales y no para que su aplicación rija también a los acuerdos horizontales.
4. Inicialmente, sin importar si los acuerdos sean horizontales o verticales, no se eliminará la presunción de que sus integrantes sean posibles infractores. La regla de la razón y la regla *per se* se aplicarán en los procesos de investigación como una cuestión práctica a fin de dar mayor importancia a los acuerdos mayormente perjudiciales –como son los carteles- y acabar con esa práctica nociva para el mercado, la competitividad, la eficiencia y los consumidores, es decir, el interés económico general.

REFERENCIAS

- Abanto Vásquez, Manuel: *El Derecho de la Libre Competencia*, Editorial San Marcos, Lima-Perú, 1997.
- Álvarez de Alba, Javier: *La libre competencia*, Editorial Oxford, México, 2000.
- Cabanellas de las Cuevas Guillermo: “Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia”, Editorial Heliasta, Tomo I, Argentina, 2005.
- Cabanellas de las Cuevas Guillermo: “Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia”, Editorial Heliasta, Tomo II, Argentina, 2005.
- Colección de Derecho Económico*, Universidad Externado de Colombia.
- Constitución de la República del Ecuador, año 2008.
- Cortázar Mora Javier: “Curso de Derecho de la Competencia”, Editorial TEMIS, Bogotá-Colombia, año 2011.
- De León, Ignacio: Manual para la formulación y aplicación de las normas de competencia, Editorial Naciones Unidas Copyright, Nueva York, 2002.
- Dromi Roberto: “Competencia y Monopolio”, Editorial Fareso S.A., Argentina, 1999.
- Espeche, Nazar: *Defensa de la Competencia*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2001.
- Folguera Crespo, Jaime: “Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia”, Editorial Civitas, España, 2012.
- García Cavero, Percy: “Los delitos contra la competencia”, ARA Editores, Lima-Perú, año 2004.
- García Machmar William: *Manual de la Libre Competencia*, Editorial Thomson Reuters, Chile, 2011.
- Ginebra Serrabou Xavier, “El Derecho de la Competencia en tiempos de crisis”, Editorial Porrúa, México, 2011.
- Gómez Leiva, Delio Daniel Hargain y Rosario Espinosa Calabuig: *Derecho de la Competencia*, Editorial El Navegante Editores, Bogotá- Colombia, 1998.
- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, año 2011.

- Londoño, Miranda: *Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación*, Universidad del Quindío, Bogotá, 2005.
- Negro, Sandra Cecilia: *Derecho del Comercio Internacional*, Editorial REUS, Madrid-España, 2005.
- Odriozola, Miguel; Beneyto Pérez, José; Maillo, Jerónimo: *El nuevo derecho comunitario y español de la competencia*, Editorial Bosch, Barcelona, 2002.
- Odriozola, Miguel; Barrantes, Begoña; Carlos Vérguez: *Derecho español de la competencia*, Editorial Bosch, Barcelona, 2008.
- Ortiz Blanco Luis: "Manual de Derecho de la Competencia", Editorial Tecnos, Madrid, 2008.
- Pallares Cases Lluís: "Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia", Editorial Marcial Pons, Madrid-España, 1995.
- Reglamento de Aplicación a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, año 2012.
- Rimoldi de Ladmann, *Derecho y Política de Defensa de la Competencia*, Editorial La Ley, Argentina, 2000.
- Ruiz Muñoz, Miguel: "Los Contratos de Distribución", Editorial La Ley, España, año 2010.
- Viciano Pastor, Javier: *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia-España, 1995.
- Velandia Mauricio: *Derecho de la competencia y del consumo*, Colombia, 2008.