

## Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador

*Agustín Grijalva Jiménez*

*José Vicente Troya Jaramillo*

El trabajo analiza los principios fundamentales del orden público económico: el de *economía social de mercado* y *Estado social de derecho* y sus relaciones con el modelo económico del *Estado de bienestar*, junto con derechos y libertades de comercio, empresa y competencia, como antecedentes básicos para la comprensión constitucional y conceptual de la competencia económica en Ecuador. Posteriormente se describen las diversas concepciones sobre el ser y deber ser de la legislación y política de protección de la competencia con relación a la diversa importancia otorgada a la estructura, comportamiento y resultados del mercado. Finalmente el análisis se adentra en las diversas tipologías de las prácticas restrictivas de la libre competencia, como los convenios o acuerdos entre empresas, los tipos de acuerdo horizontal entre los que encontramos: fijación de precios, licitación colusoria, reparto de mercados, limitación de la producción, negativa concertada a negociar, denegación colectiva de admisión en una asociación; y los acuerdos verticales como la fijación de precios de reventa, acuerdos de exclusividad, reparto de mercado, ventas condicionadas o vinculadas. Concluye con la definición y alcance del abuso de posición dominante, concentraciones y fusiones.

FORO

### FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

La competencia como concepto económico es no solo un concepto complejo sino polémico en cuanto ha sido definido de diversas formas por distintas escuelas de teoría económica. Tal situación representa un problema hermenéutico para el Derecho, el cual aspira permanentemente a encontrar un grado de claridad en los conceptos incluidos en las normas jurídicas que permita operativizarlas.

Una forma indirecta pero sistemática de aproximarnos al marco en el cual la Constitución ecuatoriana entiende la competencia económica con-

siste en analizar este concepto en el contexto de la Constitución económica o, si se quiere, del orden público económico que la Constitución consagra.

Dentro de este orden público económico son los *principios fundamentales* los que proveen las directrices conceptuales y normativas para entender como concibe la Constitución la competencia económica. Entre estos principios destacan, por su carácter fundamental y general, los de *economía social de mercado*, *Estado social de derecho* y sus relaciones con el modelo económico del *Estado de bienestar*. Igualmente importantes son los derechos y las libertades de comercio, empresa y competencia. Desarrollamos a continuación una aproximación a estos principios y derechos para luego plantear como ellos nos conducen a una específica comprensión constitucional de la competencia económica en Ecuador.

#### ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

El art. 244 numeral 3 de la Constitución Política del Ecuador establece que: “*Dentro del sistema de economía social de mercado*<sup>1</sup> al Estado le corresponderá: ... 3) Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen”.

Esta norma constitucional destaca, adecuadamente, el activo rol que el Estado debe cumplir para que exista efectivamente competencia; a su vez esta competencia debe desarrollarse en el marco de una economía social de mercado. Tal planteamiento no es obvio, pues hay teorías económicas y políticas, especialmente el liberalismo clásico y el neoliberalismo, que más bien subrayan la conveniencia del Estado ausente o el Estado mínimo para que el mercado y la competencia funcionen.

Bajo las concepciones neoliberales el Estado debe limitarse a proveer “la garantía de un marco jurídico, la facilitación de bienes públicos, la formación de capital humano y la protección del medio ambiente, es decir, las áreas clásicas de las deficiencias del mercado”.<sup>2</sup> En efecto, bajo este enfo-

---

1. Este concepto surge en la Alemania de la segunda posguerra, como marco de acción del gobierno federal. Los principales teóricos en su etapa de origen fueron Walter Eucken y Alfred Müller-Armack, en su implementación destacó Ludwig Erhard. Ver Alfred Pfaller, *El Estado en la economía social de mercado: el modelo y la realidad alemana*, Bonn, FES, 1998.

2. Peter Oestterdiekhoff, “Política de competencia”, en varios autores, *Economía social de mercado: su dimensión social*, Caracas, Nueva Sociedad, 1998, pp. 16-22.

que, el intervencionismo y las deficiencias estatales son los principales obstáculos para el desarrollo. Por tanto, corresponde al Estado exclusivamente la corrección de las fallas del mercado.

Esta, ciertamente, no es la concepción que adopta la Constitución ecuatoriana, para la cual corresponde al Estado “vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley y regularlas y controlarlas en defensa del bien común” (art. 244 numeral 4).

El art. constitucional 244 enumera, en efecto, una serie de formas de intervención estatal en la economía más allá de lo consentido por el Estado mínimo neoliberal. Tales formas de intervención estatal van desde “garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza” (art. 244 numeral 1), hasta la creación de infraestructura y empresas públicas, proteger los derechos de los consumidores, fomentar el ahorro, la inversión y las exportaciones, incentivar el pleno empleo así como la mejora de salarios reales y el otorgamiento de subsidios específicos.

Esta concepción corresponde, por cierto, a la de una economía *social* de mercado, la cual es distinta de simplemente una economía de mercado. En la economía social de mercado, como lo establece el art. 242 de la Constitución, la eficiencia no es el único principio u objetivo del sistema económico pues debe coexistir con otras metas como la solidaridad, sustentabilidad y calidad que aseguren una existencia digna e igualdad de oportunidades para todos.

En otras palabras, en una economía *social* de mercado, en los términos de la Constitución ecuatoriana, el mercado no es un fin en sí mismo sino un mecanismo que debe integrarse y ser funcional a otros principios y objetivos sociales y políticos que los arts. 242 y 243 determinan y que son, a su vez, parte estructural del Estado social de derecho proclamado en el artículo constitucional 1 y desarrollado a lo largo de toda la Carta Fundamental. El recuadro 1 (ver página siguiente) presenta algunas características básicas de una economía social de mercado.

La Constitución promueve y protege el mercado y la competencia tanto como institución (art. 244 numeral 3) como en la forma de derecho a la libertad de competencia, garantizando el derecho de propiedad y las libertades de empresa y contratación (art. 23, numerales 23, 16 y 18). Pero el marco constitucional del sistema económico obliga a que el Estado intervenga de la forma y hasta el grado en que sea necesario para el logro de ciertos objetivos sociales. Intervención, por supuesto, limitada por el propio Estado de

**RECUADRO 1**

**Características de una economía social de mercado**

“En un plano todavía muy general, se puede describir la dimensión social de la economía social de mercado así:

- La eficiencia de los procesos de mercado no es el último fin, sino un medio para la realización de objetivos superiores de la sociedad como, por ejemplo, bienestar, seguridad social y libertad personal. Por ello, el Estado no solamente debe garantizar las condiciones generales de la competencia y suplir las deficiencias del mercado en varias áreas, sino que se le exige que maneje e instrumentalice el mercado en pos de objetivos sociales.
- No se supone la existencia de una armonía entre los objetivos de la política económica y los intereses de la sociedad, sino que se reconoce que los procesos del mercado están aconteciendo en un contexto social que no es indiferente a los resultados del mercado. El concepto de la economía social de mercado se basa en el marco de un orden que toma en cuenta los conflictos al interior de una sociedad y proporciona las instituciones que sirven para su regulación...
- Con frecuencia se entiende por economía social de mercado una economía de libre mercado complementada por sistemas de seguridad social y compensación bajo la supervisión del Estado. No cabe duda de que esta interpretación que, generalmente, se basa en nuestra noción del bienestar en la economía social de mercado, para la mayoría de los países en vías de desarrollo, actualmente, no representa un desafío primordial. Sin embargo, la relación entre la economía social y la de mercado no se limita a gastos sociales del Estado, intervenciones políticas de redistribución y sistemas solidarios de seguridad: el Estado tiene que velar por la máxima integración de todos los grupos sociales en la vida económica así como su participación de los resultados, acorde a sus aportes productivos”.

Peter Oesterdiekhoff, “Política de competencia”, en varios, *Economía social de mercado: su dimensión social*, p. 13.

derecho, la protección al mercado y en particular las libertades y derechos arriba mencionadas.

Para asegurar estas funciones sociales de la economía, el Estado estructura un entorno adecuado de efectos sociales redistributivos mediante la provisión de servicios y bienes públicos como salud, educación, vialidad, vivienda, seguridad ciudadana y muy especialmente seguridad social. En una economía social de mercado estas políticas sociales son inseparables y

simultáneas a las políticas económicas. Además, la sociedad civil se integra con igual fuerza mediante la participación y los consensos necesarios para la gestión democrática de ambas políticas.<sup>3</sup>

La vinculación estructural de políticas sociales y económicas y la participación ciudadana no resultan de consideraciones puramente valorativas sino que son mecanismos concretos para lograr “la máxima integración de todos los grupos sociales en la vida económica así como por su participación en los resultados, acorde a sus aportes productivos”.<sup>4</sup>

Así, en una economía social de mercado subyace la protección y promoción de ésta la convicción de que constituye un mecanismo más bien de igualación que de polarización social. La competencia puede “socializar utilidades excesivas en beneficio de la gran masa de consumidores”.<sup>5</sup> La concentración de patrimonio antes que el mercado y la competencia genera creciente desigualdad, por ello es necesario que el Estado proteja a la competencia de prácticas monopólicas y carteles y desarrolle ciertas políticas redistributivas, como las de carácter fiscal y social, orientadas a lograr mayor equidad.

En el caso ecuatoriano, el artículo constitucional 249 asigna además al Estado la responsabilidad de provisión de servicios públicos, sin detrimento de que pueda prestarlos por delegación a empresas mixtas o privadas, en cuyo caso el Estado debe controlar o regular a efectos de que tales prestaciones respondan a objetivos sociales como la universalidad, accesibilidad, continuidad y otros que este artículo expresa.

Respecto a la seguridad social, según el art. 55, ésta es deber del Estado y derecho irrenunciable de todos sus habitantes, de allí que, sin perjuicio de la participación privada, la prestación del seguro general obligatorio es responsabilidad del Estado mediante el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (art. 58).

Hay pues, diferencias fundamentales entre la economía social de mercado y la concepción neoliberal del mercado. El recuadro 2 (ver página siguiente) explica algunas de estas diferencias.

Finalmente, en lo que hace relación a la participación y a las políticas so-

---

3. Jorge Gallardo, *Los principios fundamentales de una economía social de mercado*, Quito, Fundación Konrad Adenauer, 1994.

4. Peter Oestterdiekhoff, “Política de competencia”, en varios autores, *Economía social de mercado: su dimensión social*, pp. 16 y ss.

5. Alfred Pfaller, *El Estado en la economía social de mercado: el modelo y la realidad alemana*.

**RECUADRO 2**

**Diferencias entre economía social de mercado y neoliberalismo**

1. La Economía Social de Mercado es un orden social, económico, político y ético-cultural integrado, en el que a diferencia del neoliberalismo, la política económica y social son simultáneas, orientadas por los valores de justicia, libertad, solidaridad y los bienes que busca son la retribución suficiente, la distribución justa, la seguridad social y la estabilidad económica junto con la eficiencia económica, enmarcada en un Estado Social de Derecho.
2. El Estado es solidario y suficientemente fuerte para corregir, premiar y castigar, conducido por el principio de la subsidiaridad y el bien común y en el marco de una sociedad civil también fuerte, participativa, responsable y plural, erigida a través de organizaciones intermedias y de procesos democráticos, donde se dan la honestidad y la eficiencia del propio Estado.
3. La construcción de consensos con los diferentes actores sociales, para lograr acuerdos amplios con relación a la marcha de la sociedad.
4. La justicia social, a diferencia del neoliberalismo es un fin de la Economía Social de Mercado.

Jorge Gallardo, *Los principios fundamentales de una economía social de mercado*.

ciales, la Constitución establece una serie de derechos políticos y derechos económicos, sociales y culturales que nos llevan a las puertas de otro principio fundamental consagrado en la Constitución ecuatoriana, cual es el de Estado social de derecho.

#### ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado en el cual debe desenvolverse el mercado y la competencia en el Ecuador, según la Constitución, no es cualquier Estado sino un Estado social de derecho. Es necesario entonces aclarar los alcances de este concepto a efectos de determinar sus incidencias sobre la promoción y regulación de la competencia.

Según el art. 1 de la Constitución “El Ecuador es un Estado Social de Derecho...”. La característica fundamental de un Estado social está dada por el reconocimiento de una serie de derechos sociales, económicos y culturales jurídicamente exigibles por parte de todos los ciudadanos y las colectividades que son sus titulares. Estos derechos en buena parte se vincu-

lan a la prestación de los servicios públicos y sociales a que se hacía referencia anteriormente, así como a la seguridad social.

Entre estos derechos están el de propiedad (art. 30), trabajo (art. 35), salud (art. 42), seguridad social (art. 55), cultura (art. 62), educación (art. 66) así como los derechos de la familia y los grupos vulnerables, entre otros.

Otra característica del Estado social es el desarrollo del *derecho y principio de igualdad*, que la Constitución ecuatoriana establece en el art. 23 numeral 3. La justicia es el valor que persigue realizar el Estado social, que promueve la igualdad no en términos puramente formales de igualdad ante la ley sino creando progresivamente condiciones y oportunidades que generen una mayor igualdad material, para lo cual el Estado desarrolla políticas sociales y económicas adecuadas.

Es por esta razón que la Constitución en el art. 242 establece que la organización y funcionamiento de la economía debe “asegurar a los habitantes una existencia digna e iguales derechos y oportunidades de acceder al trabajo, a los bienes y servicios y a la propiedad de los medios de producción”.

Para concretar en términos progresivamente reales la igualdad y los objetivos sociales correspondientes, el Estado tiene un mandato positivo y otro negativo. Por el primero, está obligado a tratar como desiguales a los desiguales cuando tales desigualdades así lo justifiquen. Así por ejemplo, desde el art. 47 se establece un trato preferente para grupos vulnerables como niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad o de la tercera edad.

El mandato negativo, establecido en el art. 23 numeral 3, prohíbe la discriminación por razones de nacimiento, edad, sexo, religión, etc. Es decir prohíbe hacer diferenciaciones ilegítimas que la Constitución o la ley no ha autorizado expresamente.

Vinculado a estos derechos y como una capacidad necesaria para concretarlos, el Estado social tiene la capacidad de “regulación constitucional del proceso económico y del estatuto de sus principales protagonistas”<sup>6</sup> o, para usar los términos de nuestra Constitución, de *vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley y regularlas y controlarlas en defensa del bien común*. Por esta razón, así como la Constitución en su conjunto expone en su parte inicial ciertos *principios generales*, también el título XII de

---

6. Ángel Garrorena, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 75.

ésta, referido al sistema económico inicia con ciertos principios generales que forman los fundamentos de la denominada *Constitución económica*.

Diez-Picazo ha definido la Constitución económica como “varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución económica o Constitución económica formal”.<sup>7</sup>

La intervención estatal en la economía es inherente al Estado social, así como la regulación y limitación de tal intervención es intrínseca al Estado democrático de derecho. En una economía social de mercado esta intervención se orienta a la promoción y protección de la competencia en la medida adecuada para que este mecanismo contribuya a la realización de los valores constitucionales fundamentales. Entre estos valores se halla incluso la propia libertad económica y libertad de empresa; al respecto dice Viciano:

Sin poner en duda la necesaria intervención estatal en la Economía –propia de un Estado Social–, creemos que debe realizarse un exhaustivo control sobre esta intervención para evitar, en primer lugar, que ésta pueda poner en peligro la libertad... y por otra parte que la intervención se convierta en arbitrariedad por parte del Estado... y ello es así por que el Estado Social es al mismo tiempo, Estado Democrático de Derecho y, por lo tanto, impregnado de sus características – imperio de la ley, división de poderes, sometimiento de la Administración al principio de legalidad, etc.<sup>8</sup>

## ESTADO DE BIENESTAR

Ligado y a su vez diferenciado de las nociones de economía social de mercado y Estado social, el Estado de bienestar hace referencia a “aquel en donde se resuelven contingencias individuales a través de mecanismos colectivos, sean de carácter corporativo (sindicatos, mutualidades) o de carácter estatal (seguridad social, sistema de sanidad pública, sistema de prestaciones sociales, etc.)”.<sup>9</sup> Los servicios sociales más frecuentes son los de pensiones, desempleo, salud y educación.

---

7. Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 16 de noviembre de 1981, No. 184-1981.

8. Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 206.

9. Ramón Casilda, “El Estado de bienestar a discusión”, en Ramón Casilda y José María Tortosa (editores), *Pros y contras del Estado de bienestar*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 15.

A diferencia de la noción de *economía social de mercado*, que establece mecanismos de control y redistributivos pero manteniendo una confianza fundamental en el mercado como mecanismo de igualación e integración social, el Estado de bienestar amplifica e intensifica tales mecanismos redistributivos, desarrolla un significativo aparato burocrático para estos efectos y, en su versión keynesiana, intenta corregir fallas de mercado mediante políticas macroeconómicas de manejo de la demanda agregada.

En cuanto al *Estado social*, éste representa más bien la juridificación de una parte del Estado de bienestar: el sistema de derechos sociales y económicos constitucional y legalmente exigibles y que se traducen en una serie de prestaciones estatales,<sup>10</sup> entre las cuales destacan la seguridad social y la educación.

De esta manera mientras que la economía social de mercado y el Estado social son modelos, económico el uno y jurídico el otro, que describen en abstracto ciertos roles y objetivos económico-sociales del Estado, el Estado de bienestar es más bien una versión o concreción histórica de aquellos modelos, concreción que llega incluso a desarrollar nuevos instrumentos o principios que modifican estructuralmente el mercado y la competencia,<sup>11</sup> como lo es el manejo de la demanda agregada en su versión keynesiana.

Actualmente, el Estado de bienestar está en crisis y existe un permanente debate sobre la conveniencia de su reestructuración o desaparición. Los altos déficit fiscales y la consecuente inflación, disminución de prestaciones públicas y pérdida de soporte social han minado profundamente las bases del Estado de bienestar, al menos en la forma como fue concebido durante el crecimiento económico de la segunda posguerra. En el debate respecto al futuro del Estado de bienestar influyen los modelos presentes de economía social de mercado y Estado social puesto que ambos constituyen arraigados referentes normativos sobre el rol social que deben cumplir tanto el mercado como el Estado.

Pese a la crisis del Estado de bienestar, la economía social de mercado

---

10. Por supuesto hay políticas sociales o económicas como la monetaria y cambiaria que tienden más bien a la desjuridificación, ver Norbert Reich, *Mercado y derecho*, Barcelona, Ariel. Sobre Estado de bienestar y social, ver también Miquel Caminal Badia, *Manual de ciencia política*, Madrid, Tecnos, 1996.

11. En opinión de Alfred Pfaller el Estado de bienestar en los países industrializados "transgredió las premisas del proyecto de ordenamiento de la economía social de mercado en una medida nada despreciable y... En la realidad las funciones estatales asumieron una importancia más allá del modelo de la economía social de mercado". Alfred Pfaller, *El Estado en la economía social de mercado: el modelo y la realidad alemana*.

sigue vigente en cuanto a su planteamiento central, la función social del mercado. Así mismo, el Estado social con su constelación de derechos y garantías sociales y económicas es parte fundamental de la Constitución de gran número de estados y del Derecho Internacional.

De hecho hoy asistimos más que a un simple retiro del Estado a una redefinición de sus formas de intervención. Hoy se plantean nuevas formas de acción estatal que, antes que reemplazar al mercado, coadyuven a la competitividad internacional de las empresas, fomenten la inversión y la innovación. Una de tales formas de intervención es la protección y promoción de la competencia.

Contrariamente a la visión minimalista del Estado planteada por el neoliberalismo, mercado y Estado son estructuras que se soportan mutuamente. Aunque varias críticas neoliberales a las formas de intervencionismo estatal que distorsiona o elimina el mercado con efectos contrarios al desarrollo son correctas, ello no significa que el uno pueda existir sin el otro o que un Estado mínimo sea suficiente para el mercado. Aunque no es el lugar para profundizar sobre el tema, es conveniente señalar que la relación estructural entre mercado y Estado, cuyo primer hito en este siglo corresponde al trabajo de Weber, tiene hoy en día notoria continuidad en los trabajos teóricos y empíricos<sup>12</sup> de historiadores económicos y politólogos y economistas institucionales,<sup>13</sup> todos los cuales revelan cómo los mercados surgen de un intenso y activo rol del Estado.

Superado el falso dilema entre mercado y Estado, el debate se orienta hacia cuáles son las formas de intervención estatal adecuadas para generar desarrollo y, en este marco, qué modalidades de intervención pueden propiciar una dinamización del mercado también funcional a tal desarrollo.<sup>14</sup> Una

---

12. Destacan el premio Nobel de economía North Douglass y otros autores como Migdal, Bates, Wade, Evans, entre otros.

13. Evans cita este expresivo texto de Karl Polanyi, escrito ya en 1957: "El camino al libre mercado fue abierto y mantenido abierto por un enorme incremento en un continuo, centralmente organizado y controlado intervencionismo". Evans comenta: "Desde el principio, acorde a Polanyi, la vida del mercado ha estado entrelazada no solo a otras clases de lazos sociales, sino a las formas y políticas del Estado. Un Estado efectivo no era simplemente un apéndice del mercado, era un prerrequisito esencial de la formación de relaciones de mercado". Peter Evans, *Embedded Autonomy-States and Industrial Transformation*, Princeton, Princeton University Press, 1995, p. 29.

14. La relación entre mercado y Estado ha sido también reconsiderada por algunos organismos multilaterales. Nótese las siguientes expresiones del Banco Mundial: "Cuando los mercados están subdesarrollados, el Estado puede a veces aliviar los problemas de coordinación y las deficiencias de información y promover el desarrollo del mercado. Muchas de las economías con mayor tradición industrial se valieron de diversos mecanismos para estimular el crecimiento del mercado en sus eta-

conclusión recurrente es la de que estas formas de intervención han cambiado y cambian históricamente, desplazándose actualmente del Estado productor al Estado regulador y promotor.

## EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La subordinación y funcionalización del mercado a objetivos sociales en modo alguno puede implicar su eliminación o distorsión injustificada por parte del Estado, pues el mercado y la competencia son tanto una institución económica que la Constitución reconoce y garantiza como una realidad vinculada esencialmente a derechos subjetivos que también la Constitución establece, como son las libertades de empresa y contratación y el derecho de propiedad que cumple su función social. Dentro de la libertad de empresa está comprendida también la libertad de competencia.

Dentro de las diversas formas adecuadas de intervención estatal una que destaca por revelar de forma contundente el carácter no autárquico ni natural del mercado y la necesidad de un marco institucional que lo preserve y ordene es justamente el derecho de la competencia.

El Derecho y las políticas de competencia<sup>15</sup> hacen relación a las normas jurídicas, instituciones y políticas públicas orientadas a proteger y promover la efectiva competencia entre los actores económicos. Típicamente, las leyes protectoras de la competencia controlan o eliminan monopolios o sus prácticas, o en términos más técnicos y exactos, reprimen el abuso de posición dominante en el mercado, controlan fusiones y una serie de acuerdos entre competidores (como por ejemplo los carteles) en perjuicio de los consumidores y además establecen una serie de excepciones al propio régimen de competencia.

Resulta especialmente interesante verificar cómo en la práctica económica el diverso poder de mercado de los actores hace que desarrollen una gran variedad de conductas o se hallen en múltiples situaciones, en las cuales la maximización de sus ganancias no coincide con los mecanismos de compe-

---

pas iniciales de desarrollo. Más recientemente, el Japón, la República de Corea y otros países de Asia oriental, además de asegurar la existencia de los factores económicos, sociales e institucionales fundamentales han utilizado toda una gama de instrumentos para la promoción del mercado... La sabiduría en la elección de las intervenciones más apropiadas y la eficacia en su aplicación revisten importancia crítica...". Banco Mundial, *Informe 1997*, p. 7.

15. Otras denominaciones de este derecho suelen ser derecho antitrust y derecho antimonopólico y de defensa de la competencia.

tencia. A su vez, la competencia es con frecuencia pero no siempre el mecanismo posible o deseable de mayor eficiencia. La competencia se revela entonces irrefutablemente como algo que debe ser protegido y que en realidad no puede existir por sí mismo, sin el marco institucional que provee el Estado.

Es por esta razón que, entendida la planeación de la economía en un sentido amplio, el derecho de la competencia representa una forma no dirigista de intervención, orientada fundamentalmente a la preservación del mecanismo de precios de mercado como eje organizador de múltiples actividades económicas.

Existen, empero, diversas concepciones, acorde a las principales escuelas económicas e ideologías políticas subyacentes, sobre qué es o debe ser una legislación y política de protección de la competencia. En cada concepción se otorga distinta importancia a la estructura, comportamiento y resultados de mercado.

En la *estructura de mercado* se considera la cantidad de oferentes y demandantes, sus encadenamientos y diversificación productiva y las dificultades de acceso al mercado. En el *comportamiento de mercado* se analiza las políticas de precios, producto y comercialización así como los comportamientos concertados y fusiones. Finalmente, los resultados de mercado hacen relación a la eficiencia, calidad y precios de productos, productividad y flexibilidad con relación a la demanda.<sup>16</sup>

Peter Oestterdiekhoff sistematiza esta variedad de concepciones en tres grandes corrientes cuyas principales características constan en el recuadro 3 (ver página siguiente).

La Constitución ecuatoriana se alinea en las concepciones funcionales del mercado y la competencia,<sup>17</sup> para las cuales no toda intervención del Estado es negativa y distorsionadora; de hecho es el propio mercado una institución social que, para existir y generar una adecuada estructura, comportamiento y resultados, requiere de una adecuada intervención del Estado. Esta intervención, cuando sea social y constitucionalmente justificable, puede incluso crear excepciones al propio régimen de competencia.

En la concepción funcional de la competencia, a diferencia de la neoliberal, la eficiencia y el supuesto beneficio macroeconómico a los consumi-

---

16. Peter Oestterdiekhoff, "Política de competencia", en varios autores, *Economía social de mercado: su dimensión social*, 1998.

17. *Ibid.*

**RECUADRO 3**

**Concepciones sobre la competencia**

1. Concepción clásica: atiende exclusivamente a la estructura del mercado, en la búsqueda de un mercado perfecto. Toda limitación de la competencia es perjudicial. El Estado debe limitarse a prohibir monopolios y oligopolios o fusiones conducentes a ellos, los cuales minan estructuralmente la concurrencia.
2. Competencia funcional: atiende a la estructura del mercado, al comportamiento de los agentes y a los resultados de mercado. Ciertas intervenciones estatales y restricciones a la competencia son aceptables cuando cumplen objetivos de descentralización, desconcentración, mejor distribución de ingresos, etc. Estas intervenciones deben ser distinguidas de otras limitaciones inaceptables que distorsionan negativamente o suprimen la competencia.
3. Concepción neoliberal: considera que la internacionalización de los mercados hace que incluso las empresas más fuertes se vean sometidas a presiones competitivas cuando no hay intervención estatal que distorsione la concurrencia. El Estado debe desregular el mercado para disminuir costos de acceso así como limitarse a impedir la formación de carteles. La concentración en sí misma no es negativa pues puede resultar de las políticas de empresas eficientes.

Peter Oestterdiekhoff, "Política de competencia", en varios, *Economía social de mercado: su dimensión social*, pp. 16-22.

dores no son el único fin de la misma. Junto a ello pueden plantearse otros objetivos incluso formalmente consagrados en la ley, tales como la redistribución del ingreso, la protección de la mediana y pequeña industria y la descentralización del poder económico.

## LIBERTAD DE EMPRESA

A más de ser parte funcional del orden público de la economía, la competencia concreta determinados derechos subjetivos públicos contenidos en la libertad de empresa.

El derecho a competir o la libertad de competencia forma parte de un derecho más amplio, el derecho a la libertad de empresa. En efecto, la libertad de empresa comprende la libertad para la creación, conservación, protec-

ción, ejercicio, transmisión y extinción de la empresa. Específicamente, dentro de la libertad de ejercicio de la empresa se halla la de organizarla y la de competir. La libertad de competir implica un “régimen de libre competencia que le permita, mediante la detracción de los clientes de los competidores, alcanzar niveles más prósperos de desarrollo; ello implica la libertad de fijación de precios y otras condiciones de contratación...”<sup>18</sup>

Una visión moderna de la libertad de empresa y de la de competencia incluida en ella, las conceptúa ya no como derechos subjetivos absolutos, es decir como derechos individuales que se oponen al Estado para proteger intereses particulares, sino como un derecho de segunda generación, un derecho social y económico del cual son titulares no solo los empresarios sino cualquier ciudadano en cuanto tiene el potencial y el derecho de acceder al mercado. La libertad de empresa es también un derecho de prestación o de crédito en el sentido de que el Estado está obligado a una serie de acciones conducentes a mantener la propia libertad de empresa y competencia en beneficio de todos y cada uno.<sup>19</sup>

Como la libertad de empresa y de competencia forma parte del orden público de la economía y es al mismo tiempo un derecho subjetivo, Viciano ha planteado que ella debe entenderse dentro de un concepto subjetivo-institucional. Subjetivo en cuanto hay titulares individuales del derecho que exigen del Estado acciones y omisiones para proteger el propio régimen de competencia y esos intereses particulares y sociales. Empero, es a la vez institucional porque forma parte de la Constitución económica y por tanto puede ser regulada y limitada en beneficio y función del bien común u otros objetivos del Estado social. Estas limitaciones, no podrían llegar al punto de anular el núcleo esencial de la libertad de competir.

Este contenido esencial hace relación a un mínimo jurídico que una vez desconocido produce la desaparición del derecho mismo. Según Viciano este contenido esencial no puede ser eliminado o restringido por el Estado social, el cual puede, no obstante, cuando sea proporcionado, razonable y necesario para alcanzar otros objetivos del Estado social, limitar y regular el contenido no esencial. Dentro del contenido esencial se hallarían las libertades de acceso al mercado, ejercicio (que incluye la de competencia) y cese de la actividad empresarial. El contenido no esencial está dado según el tipo de actividad empresarial y por tanto varía según ella.

---

18. Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 129.

19. *Ibid.*, p. 117.

## PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Buena parte de la doctrina del derecho de la competencia consiste en clasificar y esclarecer las diversas tipologías de prácticas restrictivas de la competencia, abuso de posición dominante y fusiones. Aunque estas conductas anticompetitivas son conceptualmente diferenciables, en la práctica económica suelen hallarse combinadas o utilizadas unas en función de otras. En todo caso, el estudio de cada una de ellas es útil y necesario para entender su interacción.

### CONVENIOS O ACUERDOS ENTRE EMPRESAS

Las leyes de competencia generalmente prohíben una serie de acuerdos entre empresas tendientes a reducir o eliminar la competencia a efectos de aumentar ganancias incrementando precios a los compradores, impedir el acceso o expulsar a otras empresas del mercado.<sup>20</sup>

No importa la naturaleza u obligatoriedad jurídica del acuerdo o convenio, ni la forma como éste se ha expresado (oral o escrita, formal o informal), ni que el efecto restrictivo de la competencia se concrete. Es suficiente con “probar que existe manifestación de voluntad orientada a restringir, impedir o falsear la competencia, sin esperar que sus efectos se produzcan; el objetivo es suficiente, o sea, su potencialidad para afectar la competencia”.<sup>21</sup> Como estos acuerdos no necesitan ajustarse a ninguna forma contractual usual, incluyen los llamados *pactos de caballeros* (*gentlemen's agreement*) cuando tienen por objeto restringir la competencia así fuere solo el acuerdo voluntario de una parte respecto a otra.<sup>22</sup>

Estos acuerdos o convenios restrictivos se distinguen de las llamadas *prácticas concertadas*, las cuales sí implican el efecto anticompetitivo del convenio y por tanto involucran las conductas concretas de las empresas acordes a tal acuerdo, aunque no exista una declaración del mismo.

---

20. Rafael Pérez Miranda, *Propiedad intelectual y competencia en México*, México, Porrúa, 1999, p. 336.

21. Delio Gómez Leyva, “Las prácticas restrictivas de la competencia”, en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998, p. 147.

22. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Buenos Aires, He-  
liasta, 1983, p. 279.

También es necesario distinguir estos acuerdos de aquellos que tienen una finalidad legítima como los contratos comerciales que no establecen más restricciones de las necesarias ni perjudican a terceros, o las asociaciones profesionales o comerciales en cuanto sus acciones no perjudican el bien público.<sup>23</sup>

En cada caso los medios probatorios de acuerdos restrictivos varían conforme al tipo de acto, así en el caso de convenios escritos consistirán en documentos, en los convenios verbales en declaraciones de testigos o en la demostración de conductas paralelas y anticompetitivas de las empresas involucradas.<sup>24</sup>

## CONVENIOS HORIZONTALES Y VERTICALES

Los convenios horizontales son aquellos celebrados entre empresas dedicadas a las mismas actividades productivas o distributivas, es decir convenios entre empresas que trabajan en un mismo nivel productivo y en un mismo mercado relevante, hallándose por tanto en posición de competir entre ellas. Se les denominan también prácticas monopólicas absolutas. Ejemplos de acuerdos horizontales son la fijación de precios, los acuerdos para asignar clientes específicos (reparto de clientela) o territorios de venta a empresas específicas (reparto territorial del mercado), entre otros.

Los convenios verticales son los celebrados entre empresas que operan en distintos niveles o fases sucesivas de la producción o la distribución de un mismo producto o servicio. Las empresas partes de este acuerdo no están en posición de competir entre ellas y por tanto el acuerdo no puede restringir la competencia entre tales empresas, pero sí en un determinado estadio de la producción u órbita de las relaciones de mercado.<sup>25</sup> Los acuerdos verticales están comprendidos dentro de lo que algunos autores llaman prácticas monopólicas relativas. Ejemplos de este tipo de restricción son la imposición de productores sobre distribuidores en cuanto a precios de reventa, prohibiciones de vender a determinadas personas o empresas y otras expuestas más adelante.

---

23. Banco Mundial-OCDE, *La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana*, Buenos Aires, 1996, p. 41.

24. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*, Ginebra, 1998.

25. Delio Gómez Leyva, "Las prácticas restrictivas de la competencia", en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, p. 120.

## MÉTODOS ANALÍTICOS *PER SE* Y DE RAZONAMIENTO

Bajo el *enfoque per se* ciertos actos o acuerdos se consideran siempre ilegales sin necesidad de evaluar o probar su impacto negativo sobre la competencia, la eficiencia o el bienestar de los consumidores. Es suficiente demostrar que el acto se ha producido para sancionarlo. Varios acuerdos horizontales como la fijación de precios o la licitación colusoria suelen ser materia de prohibiciones *per se*.

En contraste, bajo el *enfoque de razonamiento* se pueden permitir ciertas restricciones a la competencia cuando se demuestra que el beneficio excede el impacto negativo de la restricción.<sup>26</sup> Este puede ser, por ejemplo, el caso de acuerdos de distribución exclusiva que faciliten acceso o disminuyan precios para los consumidores. Bajo este enfoque la autoridad de control debe sopesar, caso por caso, los efectos a favor y en contra de la competencia y la eficiencia, así como evaluar su impacto sobre los consumidores.<sup>27</sup> No siempre es fácil determinar *lo razonable* de una específica excepción a la competencia, tanto para las empresas directamente involucradas como para el bienestar público.<sup>28</sup>

## MERCADO RELEVANTE

Un mercado relevante es un mercado específico en términos de producto y área geográfica. Esta noción es básica para cualquier análisis de competencia pues las restricciones a ella no se producen en abstracto sino con relación a bienes, servicios, áreas y clientelas concretas. De allí que generalmente la autoridad de control de competencia tiene entre sus primeras actividades realizar una investigación la determinación del mercado relevante.

En términos de producto el mercado relevante es “un mercado específico de un bien específico producido o comercializado, o de la prestación de un servicio determinado”.<sup>29</sup>

---

26. Banco Mundial-OCDE, *La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana*, p. 33.

27. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 77.

28. Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 70.

29. Rafael Pérez Miranda, *Propiedad intelectual y competencia en México*, p. 321. Una definición un tanto más compleja de Sullivan y Harrison caracteriza el mercado de producto como el mercado más

En términos geográficos, el mercado relevante es el definido por la localización de compradores y vendedores, lo cual lo estructura como local, regional, nacional o internacional.<sup>30</sup> Aunque es frecuente la división en mercado de producto y mercado geográfico hay que anotar que una determinación completa del mercado de producto incluye necesariamente componentes geográficos.<sup>31</sup> Para los constructores el mercado del cemento en Quito es distinto del mercado del cemento en Guayaquil.

Para definir el *mercado relevante* hay que verificar y evaluar la posibilidad y disponibilidad que tienen los consumidores o demandantes de reemplazar el bien o servicio de que se trate por bienes o servicios sustitutos de similar calidad, precio y accesibilidad.<sup>32</sup> Así por ejemplo, las galletas podrían en un determinado mercado constituir productos sustitutos del pan, aunque no necesariamente si, por ejemplo, hay distancia significativa en precios. Si ambos productos se hallan en el mismo mercado, un aumento en el precio del pan generaría una mayor demanda en el mercado de galletas o viceversa. Es decir, cuando la cantidad demandada de un producto es afectada por el incremento del precio de otro, ello revela que los consumidores sustituyen un producto por el otro y ambos pueden considerarse dentro de un mismo mercado relevante.

En cambio, al considerar el mercado geográfico, si conforme el precio aumenta los consumidores son capaces y están dispuestos a obtener el bien o servicio de que se trate o sus sustitutos de oferentes más distantes, éstos deberán ser incluidos en el mercado relevante. Así por ejemplo, si quienes adquieren determinado tipo de vehículo en Quito están en capacidad y dispuestos a adquirirlo en Ibarra, el mercado relevante de ese vehículo en Quito deberá incluir a Ibarra.

Esta posibilidad de sustituir el bien puede ser vestida también desde el lado de la oferta, al considerar la capacidad que tiene el fabricante de reorientar la producción de un bien o servicio a sus sustitutos.<sup>33</sup> En términos

---

pequeño en el cual una determinada empresa, considerando la oferta total de un producto, podría incrementar el precio sin perder suficientes demandantes como para disminuir sus ganancias, véase E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, New York, Matthew Bender, 1994, p. 269.

30. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 55.

31. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 219.

32. Esta situación se denomina elasticidad cruzada de demanda.

33. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 55. Es la denominada elasticidad cruzada de oferta.

geográficos, cuando hay oferentes distantes que compiten o pueden competir con la empresa cuya conducta potencialmente anticompetitiva se investiga y tales oferentes pueden con facilidad expandir su oferta en el mercado de esta empresa, deben ser incluidos en el mercado relevante de ésta.<sup>34</sup> En el ejemplo antes mencionado, el distribuidor de vehículos en Ibarra es parte del mercado relevante de Quito en cuanto puede atender de forma fácil y barata a los consumidores en esta ciudad. Tanto para la oferta como para la demanda los costos de transportación tienen alta incidencia en la determinación geográfica del mercado relevante.

## TIPOS DE ACUERDOS HORIZONTALES

Hay una serie de acuerdos restrictivos entre empresas en posición de competir los cuales generalmente se consideran claramente perjudiciales para los consumidores y fuente ilegal e ilegítima de beneficio para las empresas en el acuerdo o para el cartel. Empero, hay también casos en los que los acuerdos generan mayor eficiencia, beneficiando a la comunidad.

Pese a tales excepciones, en general los acuerdos horizontales tienden a ser más restrictivos de la competencia que los verticales, de allí que a los primeros sea más frecuente aplicar un enfoque *per se* y a los segundos el enfoque de razonamiento. Algunos tipos de acuerdos horizontales son los siguientes:

### FIJACIÓN DE PRECIOS

Son acuerdos entre competidores para aumentar, fijar o en general manipular precios de compra o venta de bienes y servicios en cualquier fase del proceso productivo. Esta fijación se puede realizar de forma directa o mediante mecanismos indirectos como descuentos y rebajas, listas de precios e intercambio de información entre empresas que permita fijarlos (por ejemplo precios de costos), entre distribuidores o sobre inversiones.<sup>35</sup>

Es frecuente que en las legislaciones sobre competencia se la considere intrínsecamente contraria a la concurrencia y por tanto *ilícita per se*, lo cual

---

34. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 219.

35. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*.

excusa a la autoridad de control de demostrar el daño causado o de examinar las razones comerciales de su adopción.

## LICITACIÓN COLUSORIA

Los acuerdos colusorios entre proveedores del Estado que participan en licitaciones públicas son también generalmente objeto de prohibiciones *per se*. La licitación colusoria puede producirse de muy variadas formas, como por ejemplo: pactos para presentar ofertas idénticas, ficticias o excluyentes, pactos para determinar la mejor oferta o para rotar entre licitantes, presentando en cada ocasión cada empresa la oferta más baja. En estos casos las empresas participantes suelen constituir un fondo común financiado en cada caso por la empresa seleccionada para compensar a las que no lo fueron.<sup>36</sup>

Estos acuerdos pueden también combinarse con restricciones verticales. Por ejemplo, si los fabricantes de autos se ponen de acuerdo para no presentarse a una licitación pública sino mediante sus concesionarias, hay un acuerdo horizontal de licitación colusoria entre los fabricantes y una restricción vertical con las concesionarias.<sup>37</sup> Las multas u otras sanciones se imponen en algunas legislaciones en estos casos sin detrimento de las acciones penales a que haya lugar.

## REPARTO DE MERCADOS

Las empresas en posición de competir en lugar de hacerlo se reparten el mercado mediante divisiones territoriales, de la clientela o de productos.<sup>38</sup> Esta asignación de territorios, clientes o productos a firmas específicas disminuye o elimina la competencia en el mercado respectivo generando así rentas monopólicas<sup>39</sup> mediante alza de precios y suprimiendo en general los incentivos propios de la competencia.<sup>40</sup>

---

36. *Ibid.*

37. Rafael Pérez Miranda, *Propiedad intelectual y competencia en México*, p. 341.

38. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 116.

39. Ganancias del los oferentes en un mercado en que la disponibilidad de un bien o servicio es artificialmente limitada.

40. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 431.

En la *división o reparto territorial del mercado*, por ejemplo, una empresa opera solo en la Sierra dejando a otra el mercado de la Costa, así cada una puede obtener beneficios de la ausencia de competencia entre ellas. Este reparto geográfico del mercado puede darse también a nivel internacional, con lo cual ciertos proveedores se limitan a realizar transacciones exclusivamente con ciertos compradores y a no competir en el mercado interior de otro proveedor.

En el *reparto de la clientela* las empresas se distribuyen la misma, acordando no realizar transacciones sino con los clientes previamente asignados a cada una. Correspondientemente, en la *división del mercado sobre la base de productos o servicios*, las empresas acuerdan no competir entre ellas en ciertas líneas de productos o servicios. Estas divisiones pueden además combinarse con otros acuerdos horizontales como la fijación de precios.

Hay, empero, que distinguir estos acuerdos entre competidores de las imposiciones que uno o varios de ellos puede imponer a otros que se hallan incluso en un nivel distinto de la producción o distribución, como por ejemplo la división de mercados que pueden imponer los proveedores con control monopólico de un mercado.<sup>41</sup>

## LIMITACIÓN DE LA PRODUCCIÓN

Otra forma de repartición de mercados se verifica cuando dos o más empresas en posición de competir acuerdan, con el fin de aumentar ilegítimamente sus ganancias, tener un volumen de producción inferior al que generarían si estas firmas compitieran entre sí. Es decir, acuerdan no ofertar más allá de una específica cantidad bienes o servicios. Esta disminución acordada de la producción causa un aumento de los precios por sobre los que fijaría un mercado que se halle funcionando adecuadamente.<sup>42</sup>

Generalmente el acuerdo de limitación de producción se realiza al existir una sobreoferta o capacidad excedente o como un mecanismo indirecto para incrementar precios.<sup>43</sup> Sin embargo, no es necesario demostrar que estos objetivos, o los efectos negativos sobre la competencia y el bienestar público, se trata de una prohibición *per se*, aunque revelar tal conducta en las

---

41. Rafael Pérez Miranda, *Propiedad intelectual y competencia en México*, p. 339.

42. Henry N. Butler, *Economic Analysis for Lawyers*, Durham, Carolina Academic Press, 1998, p. 318.

43. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley sobre prácticas comerciales restrictivas*.

empresas presenta dificultades probatorias,<sup>44</sup> pues no debe ser confundido con el aumento o disminución de la producción que estas realizan normalmente acorde a las condiciones de mercado.

Así como en el caso de la fijación de precios, un mecanismo usual para concretar esta forma de reparto de mercado es asignar a cada empresa una cuota de la producción total y crear un fondo común al cual deben pagar las empresas que rebasan su correspondiente cuota a efectos de con esos fondos compensar a las demás.<sup>45</sup>

La limitación de la producción puede ser resultado también de un acuerdo para restringir el desarrollo técnico, las inversiones y la distribución. Estas limitaciones y distorsiones, además, pueden afectar no solo los precios sino la variedad y calidad de los productos y servicios, así como el ritmo de innovación y eficiencia general de la economía.<sup>46</sup>

#### NEGATIVA CONCERTADA A TRATAR O NEGOCIAR

Se produce cuando hay un acuerdo entre empresas en posición de competir por el cual se niegan a comprar, a vender y en general a negociar con otra. Es decir, las empresas concertadas se niegan a negociar con firmas que proveen a otras firmas en su mercado. Esta conducta, también denominada *boicot*, puede limitar la competencia creando barreras de entrada a la empresa afectada, aislándola y precipitando su salida del mercado.<sup>47</sup> Un ejemplo de esta restricción es el acuerdo de distribuidores para no negociar con un determinado productor que provee además a otro distribuidor, es decir a la competencia; de esta manera el grupo que organiza el boicot o la empresa dominante utiliza su poder de mercado para eliminar la competencia.

Por supuesto, hay que distinguir esta negativa colectiva a negociar con la legítima facultad que tiene una empresa de negarse a contratar individualmente.<sup>48</sup> Esta negativa individual puede deberse a razones empresariales y se halla dentro del ejercicio de la libertad de empresa. Lo que generalmente se prohíbe es el uso de esta libertad para, abusando del propio poder de

---

44. Rafael Pérez Miranda, *Propiedad intelectual y competencia en México*, p. 339.

45. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*.

46. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 342.

47. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 110.

48. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 516.

mercado o en concertación con otras empresas, boicotear a una tercera que compite o potencialmente puede competir con ellas.

#### DENEGACIÓN COLECTIVA DE ADMISIÓN EN UNA ASOCIACIÓN

Es la exclusión injustificada o discriminatoria contra ciertos competidores por parte de una asociación profesional o comercial. Tal exclusión puede ser legal y legítima cuando la empresa que desea asociarse no cumple los requisitos establecidos por las normas de la asociación o cuando hay ciertos intereses profesionales válidos que vuelvan realmente aceptable la exclusión. Pero si estas normas o políticas son claramente discriminatorias pueden constituir una forma de crear desventajas para la empresa o empresas competidoras.<sup>49</sup>

En el marco de estas asociaciones se produce generalmente un activo intercambio de información, lo cual puede ser pro o anticompetitivo. Esto depende del tipo de información intercambiada y de la estructura del mercado en cuestión. Cuando los mercados están concentrados este intercambio tiende más bien a perjudicar la competencia.<sup>50</sup>

#### AUTORIZACIÓN DE EXCEPCIONES

Aunque las restricciones horizontales tienden a ser objeto de prohibiciones *per se*, es decir intrínsecamente contrarias a la competencia, el órgano oficial de control puede en ciertos casos específicos y excepcionales autorizar ciertos acuerdos restrictivos entre empresas competidoras, previa notificación de toda la información justificatoria.

Las diversas legislaciones y en especial el art. 85 del Tratado de Roma, establecen una serie de condiciones para autorizar la excepción. Así por ejemplo, el tratado las permite cuando *contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante*, además se exige que estos acuerdos no a) *impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos*; b) *ofrezcan a dichas empresas la posibi-*

---

49. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*.

50. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 100.

*lidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.*

Así mismo, existen en varias legislaciones posibilidades de autorización de distintos tipos de carteles. Por ejemplo, de los denominados *carteles de exportación*, los cuales posibilitan a los exportadores de un país aumentar su poder de mercado en el comercio internacional. Los carteles de crisis estructural permiten adaptar la capacidad de producción de las empresas a la disminución de las ventas a largo plazo. Un *cartel de descuentos* se orienta a evitar un exceso de descuentos, en tanto uno de *normas técnicas y tipos* busca la homogeneización de las mismas.<sup>51</sup>

Otra área de excepciones suele ser la de las exenciones sectoriales establecidas en las leyes de competencia. Mediante éstas, la prestación de servicios públicos, la banca y el sistema financiero quedan exentos del ámbito de las leyes de competencia, en cuanto se regulan mediante legislación especial. Este tipo de exenciones tiene hoy una tendencia decreciente.<sup>52</sup>

## TIPOS DE ACUERDOS VERTICALES

Se les denomina también prácticas monopólicas relativas. Como se indicó, los convenios verticales son los celebrados entre empresas que operan en distintos niveles o fases sucesivas de la producción o la distribución de un mismo producto o servicio. Las restricciones verticales consisten generalmente en limitaciones impuestas por el fabricante o distribuidor sobre el minorista.<sup>53</sup>

Por tanto, las empresas parte de estos acuerdos no compiten entre ellas, pero mediante ellos una empresa con poder de mercado puede restringir la competencia en las fases productivas o distributivas anteriores o posteriores a la fase en la que ella opera, para así beneficiarse de la limitación de competencia.<sup>54</sup> El ejemplo clásico de restricción vertical es el de la imposición de precios de reventa por parte del productor a sus distribuidores o del mayorista al minorista.

---

51. Peter Oestterdiekhoff, "Política de competencia", en varios autores, *Economía social de mercado: su dimensión social*, p. 27.

52. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*.

53. Varias de ellas pueden producirse también en una situación de abuso de posición dominante, la cual se estudia más adelante.

54. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 568.

En contraste a las restricciones horizontales, que suelen ser objeto de prohibiciones *per se*, a algunas de las verticales el órgano de control las suele analizar bajo el enfoque de razonamiento. En efecto, una serie de acuerdos, tales como franquicias, acuerdos de distribución preferente o exclusiva, pueden beneficiar a los consumidores o en general mejorar la eficiencia, de allí que sea necesario estudiar el acuerdo concreto para determinar sus reales efectos sobre la competencia. Los principales tipos de restricciones verticales son los siguientes:

#### FIJACIÓN DE PRECIOS DE REVENTA

Mediante esta restricción el proveedor impone a sus distribuidores o minoristas el precio fijo, mínimo o máximo al cual el producto debe ser revendido. Al imponer precios de reventa se limita la independencia económica del distribuidor y por tanto su capacidad para competir, pues los efectos en los precios de los distribuidores de un mismo producto y marca vienen a ser iguales a los de un cartel o acuerdo horizontal de fijación de precios entre estos distribuidores.

Desde otro punto de vista se argumenta que la fijación de precios de reventa puede ser pro-competitivo por cuanto los distintos distribuidores de un mismo producto de la misma marca al tener el mismo precio se ven obligados, para atraer clientes, a ofrecer servicios adicionales al consumidor.<sup>55</sup> También se ha afirmado que las rebajas excesivas de los precios de los distribuidores pueden perjudicar el prestigio de una marca o pueden generar una espiral de rebajas que perjudique al comercio; se dice también que la fijación vertical de precios puede evitar el abuso de los minoristas y permitir al productor mantener la calidad.

Pese a estos argumentos, lo que está generalmente por detrás de la fijación vertical de precios es la presión de los comerciantes para que los productores les aseguren un determinado margen de ganancia. También los fabricantes pueden aumentar ganancias mediante el incremento y fijación de precios a sus distribuidores. En ambos casos los perjudicados son los consumidores.<sup>56</sup>

Hay sin embargo otras formas de fijación vertical de precios que pueden

---

55. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 150.

56. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 579.

hallar una relativa justificación. De hecho, algunas legislaciones establecen excepciones a la prohibición de fijación vertical de precios. En algunos países no se prohíben los precios máximos de reventa y en otros se permite que el productor sugiera, pero no imponga, al distribuidor estos precios.<sup>57</sup> Es claro que el consumidor resulta perjudicado con la fijación de precios mínimos y precios fijos, pero este efecto negativo no se produce necesariamente cuando se fijan precios máximos. Si bien estos precios máximos pueden ser menores a los que eventualmente fijaría el mercado y por tanto bajar la calidad de los servicios prestados por el distribuidor, también es cierto que tales precios máximos pueden limitar también costos excesivos de distribución, los cuales encarecen los productos. Es posible, en efecto, que el juego de oferta y demanda no pueda regular adecuadamente estos precios cuando una o pocas empresas dominan la estructura de distribución de un determinado bien o servicio. En estos casos, bajo ciertas condiciones que preserven un grado de competencia entre distribuidores, se han autorizado en algunos países ciertas fijaciones de precios máximos.<sup>58</sup> En vista de la complejidad de los efectos de la fijación de precios de reventa existe cierto debate sobre si éstos deberán ser siempre evaluados bajo el enfoque *per se* o el de racionalidad.

A efectos de conseguir que los distribuidores fijen precios, los proveedores utilizan generalmente como mecanismo coercitivo la negativa a negociar o tratar, ya estudiada en su versión horizontal anteriormente, y que constituye por sí misma otra modalidad de restricción a la competencia.

#### ACUERDOS DE EXCLUSIVIDAD

Consiste en requerir de un vendedor al por menor o en general de un distribuidor no comprar, distribuir o fabricar productos o servicios que compitan con los del proveedor u otros bienes. A cambio de esta limitación de su libertad comercial, el distribuidor recibe del proveedor derechos exclusivos para la compra, venta o reventa de bienes o servicios en un territorio determinado.<sup>59</sup> Este acuerdo afecta a los demás productores en el sentido de que les dificulta el acceso a puntos de distribución y por tanto el acceso al mercado en cuestión. Tal situación obliga a la integración vertical de las empre-

---

57. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*.

58. *Ibid.*

59. *Ibid.*

sas en cuanto se ven obligadas a asumir tanto la producción como la distribución.<sup>60</sup>

Al igual que con la fijación de precios de reventa, hay sin embargo una serie de argumentaciones en defensa del carácter pro competitivo de los acuerdos de exclusividad.<sup>61</sup> Así por ejemplo, se afirma que al asegurar a los productores puntos de distribución y a los distribuidores un proveedor confiable, disminuyen los costos de transacción y esto puede traducirse en menores precios para los consumidores. Además, se afirma, el productor frecuentemente disminuye los precios que cobra al distribuidor como un incentivo o compensación por el hecho de que este no venda productos de otros fabricantes.

Tanto los acuerdos de exclusividad como las ventas vinculadas, afectan o tienen impacto sobre la competencia entre productos similares de distintas marcas (*interbrand competition*). En contraste, los repartos de mercados territoriales o de clientela afectan la competencia entre distribuidores de un producto de la misma marca (*intrabrand competition*).

La posibilidad de que ciertos acuerdos verticales de exclusividad beneficien a los consumidores hace que estas restricciones no sean generalmente evaluadas por el órgano de control mediante el criterio de prohibición *per se* sino bajo el de razonabilidad.

## REPARTO DE MERCADO

Otro mecanismo por el cual el proveedor puede imponer exclusividad sobre el distribuidor es el reparto de mercado. Así como en los convenios horizontales, éste consiste en la asignación de territorios o clientela, pero en este caso el reparto surge de la imposición del productor sobre el distribuidor y no de un acuerdo entre quienes compiten. Así, el fabricante o proveedor asigna al distribuidor un territorio (repartición de áreas territoriales) o una clientela (repartición de clientela). En el primer caso, el distribuidor se ve impedido de vender fuera del territorio asignado o, en otros casos, de vender a quienes puedan vender fuera de esa área. En el caso de reparto de clientela, el distribuidor se ve obligado a realizar transacciones solo con una clase de clientes o a excluir otros. Así por ejemplo, el fabricante puede obli-

---

60. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 176.

61. *Ibid.*

garle a que venda solo a minoristas o a que no venda a instituciones públicas, etc.

Cuando el distribuidor es el representante exclusivo del fabricante en una determinada área o territorio o cuando el fabricante ha regulado el número de distribuidores en esta área, puede existir sin embargo competencia con productos similares de otra marca. Es decir, el tipo de competencia que se ha eliminado o restringido es solamente el que debería ocurrir entre distribuidores del mismo producto de la misma marca (intra-brand competition) en un mismo territorio o atendiendo una misma clientela.<sup>62</sup> Sin embargo se mantiene la competencia con similares productos de otras marcas (inter-brand competition), lo cual siembra dudas sobre si el distribuidor exclusivo ejerce realmente un poder monopólico.<sup>63</sup>

Esta precisión es trascendente en cuanto, sobre todo en la jurisprudencia de Estados Unidos de América, se tiende a considerar que lo realmente perjudicial para los consumidores es restringir la competencia entre productos similares de distintas marcas. El efecto negativo de las restricciones a la competencia entre oferentes de un mismo producto de una misma marca tiende a ser visto como más discutible.

El reparto territorial o de clientela, desde la óptica del fabricante, suele ser visto como un sistema de incentivos al distribuidor, que le permite además promover de mejor forma el producto y proveer mejores servicios a los consumidores. Bajo esta lógica el distribuidor se concentra en promover el producto del cual es representante exclusivo a efectos de competir con similares de otras marcas, en lugar que tener que competir con otros distribuidores del mismo producto de la misma marca. En todo caso, estas restricciones sobre aspectos distintos al precio tienden a ser analizadas bajo el enfoque de razonabilidad.<sup>64</sup>

## VENTAS CONDICIONADAS O VINCULADAS

Consiste en imponer a los compradores de un producto o servicio la compra de otros productos o servicios del mismo proveedor. Es decir, este proveedor vende un primer producto o servicio solo bajo la condición de que el comprador adquiera de él un segundo producto o servicio.

---

62. *Ibid.*, p. 174.

63. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 85.

64. Federal Trade Commission, *Promoting Competition, Protecting Consumers*, United States, 2000.

Hay varias modalidades de ventas vinculadas. Éstas pueden consistir también en condicionar la venta de un producto a la adquisición de una línea completa de los productos del mismo vendedor; también puede consistir en vender el producto dentro de un paquete de productos relacionados. Otras conductas no son técnicamente ventas vinculadas pero tienen características de ellas, tal cual sucede cuando se condiciona la venta de un producto a la adquisición de otro producto de un tercero o como en el caso de *trato recíproco*, cuando una empresa vende solo bajo la condición de que éste a su vez le compre determinado producto.<sup>65</sup> En todos los casos, el demandante está realmente interesado solo en un producto o servicio, denominado vinculante, pero el oferente le impone la adquisición de algo que en realidad no desea, al cual se denomina producto o servicio vinculado. Este segundo bien puede o no ser del mismo género o complementario del primero. La venta condicionada suele ser una estrategia de empresas con poder de mercado para colocar productos de difícil venta sujetos a competencia de productos sustitutivos.<sup>66</sup>

Tal cual ocurre con relación a otras restricciones verticales, respecto a la eficiencia y carácter competitivo o anticompetitivo de las ventas vinculadas existen criterios dispares. Desde una perspectiva se destaca que esta restricción puede disminuir o eliminar las oportunidades de venta de otros oferentes de los productos o servicios que han sido vinculados,<sup>67</sup> transfiriendo así el poder monopólico del oferente del producto vinculante al mercado del producto vinculado.<sup>68</sup> Cuando lo que se impone es una línea completa de productos puede incluso constituirse una barrera de entrada a quienes no están en capacidad de ofrecerla.

Desde otro ángulo se afirma que las ventas vinculadas pueden ser eficientes, reducir costos de producción y distribución y asegurar la venta conjunta de productos de igual calidad.<sup>69</sup> Se niega que los competidores que ofrecen el producto vinculado estén siendo desplazados del mercado, puesto que si ellos actúan eficientemente pueden ofrecerlo a un mejor precio, con lo cual incluso el fabricante del producto vinculante podría adquirirlo

---

65. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 182.

66. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*.

67. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 83.

68. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 183.

69. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 83.

de los mismos en lugar de producirlo.<sup>70</sup> En vista de que resulta necesario evaluar en cada caso los reales efectos de las ventas vinculadas sobre la competencia y la eficiencia, existe la tendencia a analizarlas bajo el enfoque de razonabilidad.

## ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Es necesario primero distinguir los conceptos de posición de dominio de su abuso. Lo que la legislación de competencia suele sancionar es fundamentalmente lo segundo.

### POSICIÓN DE DOMINIO

Consiste en un grado tal de poder económico en un *mercado relevante* que permite a una o varias empresas actuar en una medida apreciable independientemente de sus competidores, clientes y consumidores, lo cual hace posible entorpecer o impedir la competencia efectiva en ese mercado.

El poder económico mencionado se basa en el concepto económico de *poder de mercado*,<sup>71</sup> es decir “una situación caracterizada por barreras de entrada al mercado contra empresas competidoras, en vista del control de la empresa dominante sobre el precio y por tanto sobre sus niveles de ganancia”.<sup>72</sup>

En efecto, la empresa o empresas dominantes tienen un poder tal con respecto a determinado producto o servicio en determinado territorio (*mercado relevante*) que es capaz de sustraerse de las presiones competitivas de otras empresas que operan en el mismo mercado y fijar independientemente de estos competidores precios u otras condiciones de comercialización. La empresa dominante puede usar esta capacidad de acción independiente para entorpecer la actividad, eliminar o impedir el ingreso al mercado de empresas competidoras.

Quienes ejercen dominio pueden ser una o varias empresas.<sup>73</sup> La posi-

---

70. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 184.

71. Manuel Abanto Vásquez, *El derecho de la libre competencia*, Lima, San Marcos, 1997, p. 227.

72. Henry N. Butler, *Economic Analysis for Lawyers*, p. 927.

73. Marco Velilla, “Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante”, en Belisario Becancur, et al., *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998, p. 185.

ción de dominio puede estar detentada por una empresa única o por ésta y sus filiales, en cuyo caso se lo designa como un conjunto único. Pero tal dominio puede ser ejercido también por varias empresas vinculadas o no vinculadas entre sí desde los puntos de vista jurídico y financiero.

Tal situación equivale a la existencia de un oligopolio, en la que las empresas que lo forman dominan el mercado y puede operar en conjunto como lo haría un monopolio.<sup>74</sup>

El dominio de mercado se ejerce no en abstracto sino en términos concretos, es decir en un *mercado relevante*, esto es un mercado definido o acotado en términos de producto y territorio. Existen diversas técnicas para determinar este dominio, entre las cuales destacan la cuota o participación en el mercado relevante que una o varias empresas controlan (por ejemplo, se puede calificar una posición dominante al controlar una empresa un 40% o un 50% del mercado), el total de ventas, activos, número de empleados, poder de fijación de precios, etc.

#### ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Se produce cuando una empresa con posición de dominio en un mercado abusa de dicho poder e incurre en conductas anticompetitivas orientadas a mantener o incrementar esa posición de dominio; es decir hay una explotación abusiva e impropia del control monopolístico sobre un mercado.<sup>75</sup> Como aclara Abanto, hay abuso de posición dominante no solo cuando la conducta de la empresa es abusiva o cuando sus resultados le benefician sino fundamentalmente cuando tal conducta modifica la estructura competitiva del mercado.<sup>76</sup>

La posición de dominio no es sancionada, sino su abuso; al respecto ha expresado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea interpretando el artículo 86 del Tratado de Roma: “Declarar que una empresa tiene posición dominante no es por sí mismo un reproche sino que simplemente significa que, sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina...”<sup>77</sup>

---

74. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*.

75. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 9.

76. Manuel Abanto Vásquez, *El derecho de la libre competencia*, p. 229.

77. Asunto 322-81 Michelin C. Comisión (1983) Rep. 3461, citado por Marco Velilla, “Una aproxima-

La legislación antitrust de los Estados Unidos de América no incluye exactamente esta categoría, pero su equivalente conceptual estaría dado por los temas relativos al monopolio y el intento de monopolización y la monopolización de mercado.<sup>78</sup>

Se exponen a continuación las principales conductas consideradas abusivas de una posición de dominio, algunas de ellas ya fueron tratadas al estudiar los acuerdos verticales.

## FIJACIÓN ABUSIVA DE PRECIOS

Consiste en la fijación por parte de la empresa o empresas con posición de dominio de precios de venta o de compra significativamente por encima de aquellos que resultarían de un mercado razonablemente competitivo.<sup>79</sup> El principal problema consiste en determinar cuándo un precio es abusivo o inequitativo; para el efecto se utilizan diversas técnicas de aceptación relativa.<sup>80</sup> Así por ejemplo, se puede calcular un precio hipotéticamente competitivo mediante la suma de costos medios de producción y un margen *razonable* de utilidades. Empero, estos costos pueden variar y resulta muy relativo determinar cuál es un margen *razonable* de utilidades. Otra técnica, de mayor aceptación por las autoridades europeas de competencia, se basa en la comparación de los precios supuestamente abusivos con los precios de iguales productos o servicios en mercados similares pero bajo condiciones competitivas.

El control de este tipo de abuso, siendo necesario, presenta riesgos evidentes. Al constituir la flexibilidad en los precios derivada de la interacción de oferta y demanda un mecanismo central del mercado, resultaría contraproducente para el Derecho y la política de competencia instaurar un control de precios, por ejemplo mediante precios máximos.<sup>81</sup> Sin embargo, por otra parte, la fijación de precios excesivos abusando de una posición dominante constituye también una forma de renta monopolística mediante la cual se expropia o transfiere de forma inaceptable ingresos de los consumidores al monopolista y se afecta significativamente el interés económico general.

---

ción al concepto de abuso de posición dominante”, en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, p. 194.

78. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 9.

79. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 676.

80. Manuel Abanto Vázquez, *El derecho de la libre competencia*, p. 231.

81. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 43.

## PRECIOS PREDATORIOS

Se trata de una estrategia o conducta por la cual una empresa generalmente dominante en el mercado disminuye sus precios por debajo del nivel de sus costos de producción con el propósito de expulsar a sus competidores del mercado en cuestión y proceder luego a capturar rentas monopólicas.<sup>82</sup> Las pérdidas en que la empresa predatoria incurre al vender por debajo de sus costos de producción es considerada una inversión al corto plazo que será recuperada al largo plazo cuando los competidores sean expulsados y se puedan obtener rentas monopólicas.<sup>83</sup>

La teoría de precios predatorios, aunque subsistente, ha sido objeto de numerosas críticas. Aunque existen mayores medios técnicos para determinar cuándo un precio es predatorio en comparación a cuándo es excesivo,<sup>84</sup> se cuestiona la rentabilidad que en la práctica pueden representar las maniobras predatorias para quien incurre en ellas. La empresa predatoria debe no solo bajar precios sino aumentar su producción para vender a un mayor número de compradores, lo cual incrementa sus costos. En contraste, una vez eliminados sus competidores y aumentados los precios, no es claro cómo puede asegurarse de que no hay nuevos competidores que entren al mercado relevante y eliminen así la posibilidad de captar rentas monopólicas.<sup>85</sup> Pese a estas críticas, desde otro ángulo, se sostiene que estas prácticas aunque infrecuentes sí se producen y constituyen con frecuencia un medio de presión de empresas dominantes para presionar por la venta de empresas competidoras.<sup>86</sup>

## DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS, CONDICIONES O MODALIDADES

Se produce cuando compradores en distintos segmentos de mercado deben pagar diferentes precios por el mismo bien o servicio por razones no re-

---

82. Henry N. Butler, *Economic Analysis for Lawyers*, p. 354.

83. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 246.

84. Manuel Abanto Vásquez, *El derecho de la libre competencia*, p. 232.

85. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 246.

86. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 67.

lacionadas con los costos.<sup>87</sup> En otras palabras, una empresa discrimina en precios cuando la diferencia de precios cobrada a diferentes clientes no refleja la diferencia del costo marginal de venta a esos clientes.<sup>88</sup> De esta forma, incluso precios iguales pueden ser discriminatorios cuando los costos de vender a uno y otro grupo de clientes varían debido a costos de transporte, entrega, etc.<sup>89</sup> En definitiva, la discriminación de precios hace que éstos no reflejen los costos y a su vez incrementa los costos de las empresas demandantes sujetas a discriminación, generando así una distorsión generalizada del mecanismo de precios.<sup>90</sup>

La discriminación de precios puede realizarse sobre la base de una segmentación del mercado considerando grupos de edad, localizaciones geográficas, tipos de compradores, etc. Así por ejemplo, podría haber discriminación de precios cuando una misma cadena de supermercados vende en una misma ciudad a un precio ciertos productos en una zona residencial y a otro precio los mismos productos en una zona de menores ingresos, si no existen diferencias en los costos de venta que justifiquen el diferencial de precios. También habría discriminación si siendo los costos de venta diferentes los precios son iguales. Al tener posición dominante la empresa está obteniendo mediante la segmentación del mercado beneficios adicionales sustraídos de sus compradores y que no serían posibles en una situación de competencia.<sup>91</sup>

No toda discriminación de precios, empero, es claramente anticompetitiva. Por ejemplo, cuando la demanda es inelástica, es decir cuando no aumenta o disminuye acorde al cambio de precios, las empresas tenderán a aumentar sus precios y por tanto la producción, lo cual es pro competitivo.<sup>92</sup> A la misma lógica pueden responder los descuentos por compras de altos volúmenes o por continuidad (descuentos por fidelidad),<sup>93</sup> los cuales refle-

---

87. *Ibid.*, p. 68.

88. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 306.

89. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*, p. 35.

90. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 533.

91. *Ibid.*, p. 685.

92. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 54.

93. Según la llamada *cláusula inglesa* los descuentos por fidelidad no son anticompetitivos cuando mediante acuerdo el comprador puede adquirir productos de otros oferentes que ofrecen mejores condiciones, sin perder dicho descuento. Véase Manuel Abanto Vásquez, *El derecho de la libre competencia*, p. 234.

jan además una disminución real de los costos de transacción.<sup>94</sup> No obstante estas reducciones de precios pueden tener finalidad predatoria, es decir estar dirigidos a la eliminación de competidores en un mercado dado; la distinción entre propósitos y efectos pro y anticompetitivos es en general compleja.<sup>95</sup> En todo caso, la autoridad de control deberá analizar las condiciones concretas del caso específico.

La discriminación puede referirse también a otras condiciones o modalidades de venta o compra, distintas a los precios. Así por ejemplo, conceder mayores o mejores facilidades de crédito o servicios auxiliares a unos clientes que a otros, estando ellos en condiciones equivalentes.<sup>96</sup> La discriminación puede además provenir tanto de uno o varias empresas con posición dominante como del acuerdo horizontal entre empresas.

#### NEGATIVA A TRATAR O VENDER

Esta práctica restrictiva, ya estudiada entre los acuerdos horizontales, puede surgir también de una o varias empresas en posición de dominio en el mercado. Como se expuso, la práctica consiste en negarse a suministrar un producto o servicio a un comprador. Esta negativa puede o no hallarse justificada o ser ilegal desde el punto de vista de la protección de la competencia.

Una empresa que produzca una materia prima para elaborar cierta medicina y que en cierto momento se niegue a venderla a otras empresas en vista de que ha creado una subsidiaria verticalmente integrada para fabricar por sí misma el fármaco, incurriría en este tipo de práctica anticompetitiva, pues resulta claro que su intención es limitar o eliminar la competencia en la producción de la medicina.

La negativa a tratar por parte de una empresa dominante puede tener como objetivo eliminar a una empresa competidora u obligarla a adoptar una serie de imposiciones anticompetitivas, tales como fijar precios de reventa, aceptar la asignación de un mercado territorial o de cierta clientela o de un acuerdo de exclusividad.<sup>97</sup> Por otra parte, esta negativa puede también hallar fundamento en la simplificación de la distribución o como una sanción

---

94. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*, p. 35.

95. Manuel Abanto Vásquez, *El derecho de la libre competencia*, p. 232.

96. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*, p. 36.

97. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 72.

a distribuidores que no siguen determinada política publicitaria o de servicios de la empresa dominante.<sup>98</sup>

## CONCENTRACIONES Y FUSIONES

Económicamente hay *concentración* cuando un reducido número de empresas poseen o controlan una amplia proporción de la actividad económica, como por ejemplo ventas, capital o trabajo.<sup>99</sup> Hay, entonces, que distinguir la concentración como resultado económico de las *operaciones de concentración*, entendidas como los actos jurídico-económicos que la producen.<sup>100</sup> Algunas de estas operaciones son la fusión, la adquisición, la compra de activos, las empresas conjuntas (*joint ventures*) o incluso mecanismos aparentemente más indirectos como la vinculación de empresas distintas mediante consejeros comunes<sup>101</sup> u otras formas de control común como las sociedades holding.<sup>102</sup>

Desde el punto de vista económico, pueden distinguirse conceptualmente dos tipos de concentración, visualizada ésta como resultado: 1. La *concentración agregada o global*, que hace relación a la posición relativa de una o un pequeño grupo de grandes empresas en el conjunto de la economía; 2. *concentración de industria o mercado*, mide la posición relativa de grandes empresas en un mercado relevante, es decir en una industria o mercado determinado, como por ejemplo el de textiles o automóviles en determinada área geográfica. Para medir esta concentración se considera el número y tamaño de las firmas que participan en la correspondiente industria, considerando generalmente el volumen de ventas de la empresa con relación al total de la industria.

Al derecho de la competencia, en general, y al control de concentraciones en particular, les interesa la concentración de industria o mercado, pues es ésta la que tiene o puede tener incidencia restrictiva sobre la competencia en un mercado relevante.

---

98. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 684.

99. OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 23.

100. Rasmilic Radoslav Depolo, "Control de operaciones de concentración y derecho de la competencia", en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998, p. 206.

101. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*, p. 45.

102. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 600.

El concepto de concentración<sup>103</sup> en derecho de la competencia es más amplio e inclusivo que la noción clásica de fusión en derecho societario. En tanto la concentración hace relación al efecto macroeconómico sobre la estructura de la industria o los mercados afectados, la fusión destaca el efecto jurídico de la consolidación patrimonial, esto es la extinción o creación de una o varias sociedades.<sup>104</sup> En todo caso, la fusión es el procedimiento jurídico más definido dentro de los mecanismos de concentración, pues manifiesta mucho más claramente que cualquier otra forma de integración la voluntad empresaria de vincular activos bajo un control común.

#### MODALIDADES DE CONCENTRACIÓN SEGÚN POSICIÓN DE LAS EMPRESAS

En cuanto a las *operaciones de concentración*, éstas pueden encajar en tres diversas categorías, atendiendo a la posición que ocupan las empresas en la cadena de producción de un bien o de prestación de un servicio. Estas cuatro modalidades básicas son: 1. la concentración horizontal, 2. la concentración vertical, 3. la concentración conglomerada, 4. concentraciones transnacionales.

#### CONCENTRACIÓN HORIZONTAL

Ésta ocurre cuando dos o más empresas que producen o distribuyen bienes o servicios idénticos o similares en el mismo mercado geográfico se someten a un control común,<sup>105</sup> que puede darse mediante diversas operaciones de concentración: por *absorción*, cuando una empresa asume la propiedad o control de otra u otras; por *fusión*, cuando una o más empresas se amalgaman con una empresa existente o forman una nueva; o por la formación de una *empresa conjunta* (joint venture) distinta a las dos o más que la

---

103. Otros autores utilizan, en Derecho de la Competencia, el término fusión (*mergers*) para referirse a “cualquier acto de concentración empresaria, particularmente las compras de acciones u otras participaciones de capital”. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 599.

104. Francisco Reyes, “Grupos de sociedades subordinadas, fusiones, concentraciones, compra de activos”, en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998, p. 233.

105. Rasmilic Radoslav Depolo, “Control de operaciones de concentración y derecho de la competencia”, en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, p. 209.

integran para desarrollar un proyecto específico y otras formas de desarrollo de control común o adquisición de control.

Las concentraciones horizontales son las que generan mayor preocupación al derecho de la competencia en vista de constituir formas de integración entre empresas competidoras.<sup>106</sup> Esta situación hace que estas concentraciones disminuyan necesariamente el número de empresas en una industria específica y por tanto la competencia, transformando la estructura misma de esa industria, aumentando las probabilidades de abuso de dominio en el mercado, de repartos territoriales y de clientela u otras prácticas restrictivas.<sup>107</sup>

Pese a la disminución de competencia que implica una concentración horizontal, hay quienes plantean que ésta puede representar en ciertos casos mejoras en eficiencia que beneficien a los consumidores.<sup>108</sup> La vinculación de empresas competidoras puede generar economías de escala,<sup>109</sup> financieras y de operación de las cuales deriven disminuciones de precios. Según este enfoque, en cada caso habrá que pesar las restricciones a la competencia generadas por la concentración contra las ventajas en eficiencia que ésta produzca. Además, la concentración producida en una industria nacional es siempre relativa en cuanto, en un mundo en creciente globalización, ésta puede y debe someterse a la competencia de empresas extranjeras.

Empero, desde otra óptica se critica la realidad de esta alternativa, puesto que tales eficiencias pueden lograrse también por el desarrollo y crecimiento de una misma empresa y de hecho empíricamente se han verificado fusiones y megafusiones horizontales que en la práctica han disminuido el nivel de eficiencia.<sup>110</sup> Por otra parte, el actual desarrollo de las fusiones internacionales, es decir entre empresas nacionales e internacionales, hace que las concentraciones en un mercado nacional no sean tan inocuas, puesto que igualmente eliminan o disminuyen la competencia.

Pese a este debate jurídico-económico sobre la conveniencia de las concentraciones horizontales, de su control y de sus repercusiones no solo económicas sino además políticas y sociales, las legislaciones de países desa-

---

106. *Ibid.*, p. 211.

107. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*, p. 43.

108. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 265.

109. Aquellas en que el costo de producción promedio por unidad decrece con el incremento del volumen de producción.

110. Manuel Abanto Vásquez, *El derecho de la libre competencia*, p. 184.

rollados y en desarrollo tienden a aplicar un control estricto sobre este tipo de concentraciones.<sup>111</sup>

## CONCENTRACIÓN VERTICAL

Se origina cuando dos o más empresas ubicadas en la misma cadena de oferta, pero en distintos eslabones o fases del proceso de producción o distribución de un bien o de prestación de un servicio se someten a un control común.<sup>112</sup> El ejemplo típico es el de la concentración de una empresa productora o proveedora con una empresa distribuidora de esa producción. Al controlar no solo la fabricación sino la distribución la empresa aumenta su poder en el mercado e incurrir eventualmente en actos anticompetitivos como dejar de suministrar sus productos a otros distribuidores.<sup>113</sup>

Los efectos económicos de la concentración vertical son diversos a los de la horizontal. La concentración vertical no elimina competidores ni disminuye su número en una industria determinada, pues las empresas que se consolidan no compiten entre sí.<sup>114</sup> Así por ejemplo, si una empresa de producción de concreto adquiere la empresa que le provee de arena, como materia prima, el número de competidores en los mercados de producción de concreto y arena permanece inalterada,<sup>115</sup> aunque ahora ambos registran la presencia de una nueva empresa verticalmente integrada.<sup>116</sup> De todas formas, a partir de la concentración podrían derivarse ciertas prácticas anticompetitivas, como sería la negativa injustificada de proveer de arena a otros productores de concreto (*negativa a tratar o vender*).

Al involucrar a empresas en fases diversas del proceso económico, es decir empresas que no compiten entre ellas, las concentraciones verticales no generan un nivel de preocupación tan intenso como las horizontales, lo cual

---

111. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*, p. 43.

112. Rasmilic Radoslav Depolo, "Control de operaciones de concentración y derecho de la competencia", en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, p. 209.

113. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*, p. 44.

114. Depolo Rasmilic Radošlav, "Control de operaciones de concentración y derecho de la competencia", en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, p. 211.

115. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 262.

116. *Empresa verticalmente integrada* es aquella que tiene la propiedad o el control de distintas fases del proceso productivo. Por ejemplo, la empresa petrolera que controla los procesos de producción, transporte, y refinamiento de petróleo a más de la distribución de combustibles.

se refleja en una mayor permisividad en el ámbito de las legislaciones. Por otra parte, las mejoras en eficiencia son más claras en este tipo de concentraciones, pues la empresa verticalmente integrada ahorra costos transaccionales<sup>117</sup> al proveerse por sí misma del producto o servicio que requiere.<sup>118</sup>

## CONCENTRACIÓN CONGLOMERADA

Implica a empresas cuya producción y mercados no se relacionan entre sí, ni en términos horizontales (entre competidores) ni en términos verticales (relación proveedor-cliente). Se suele distinguir dos tipos de concentraciones conglomeradas: 1. las concentraciones conglomeradas puras, y 2. las concentraciones conglomeradas con extensión de mercado de producto o territorio.

En las *concentraciones conglomeradas puras* la actividad económica de las empresas intervinientes no tiene, al menos en apariencia, ninguna relación. Tal sería por ejemplo, el caso de una empresa productora de automóviles que adquiera una empresa de alimentos.

En las *concentraciones conglomeradas con extensión de mercado de producto o geográfico* aunque anteriormente no ha habido ninguna relación de competencia o provisión entre las empresas hay cierta relación, aunque fuere indirecta, entre las líneas comerciales o productivas de las empresas intervinientes.<sup>119</sup> Así, en el caso de la *concentración con extensión de mercado de producto* las empresas implicadas producen bienes o servicios relacionados, complementarios o promocionables por iguales vías, como por ejemplo la fusión de un fabricante de cloro y otro de detergentes. En la *concentración con extensión de mercado geográfico* las empresas operan en iguales líneas comerciales o productivas pero en mercados geográficos totalmente separados, como cuando se fusionan dos bancos locales que operaban en áreas distintas.<sup>120</sup>

---

117. Los *costos de transacción* se refieren al “tiempo, esfuerzo y recursos necesario para buscar, negociar y consumir un intercambio”. Se incluye aquí los costos de descubrir precios de mercado u otra información relevante, elaborar y ejecutar contratos. Véase Henry N. Butler, *Economic Analysis for Lawyers*, p. 935.

118. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 266.

119. Rasmilic Radoslav Depolo, “Control de operaciones de concentración y derecho de la competencia”, en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, p. 210.

120. E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p. 263.

En principio, las concentraciones conglomeradas implican una amenaza menor para la competencia que la planteada por las concentraciones verticales. Aquellas no tienen como efecto la disminución del número de competidores o en general la restricción de competencia en un mercado relevante o la alteración de la estructura competitiva de una industria. Responden básicamente a una política de inversiones basada en la dispersión del riesgo mediante la diversificación productiva y comercial. Pese a esta aparente inocuidad, la autoridad de control deberá evaluar si tales concentraciones generan efectos que de alguna manera restringen la competencia.

## CONCENTRACIONES TRANSNACIONALES

Consiste en fusiones, absorciones o cualquier forma de adquisición de control en la cual intervenga al menos una sociedad transnacional.<sup>121</sup> La concentración puede darse incluso solo en el ámbito de las matrices de dos o más empresas transnacionales, pero es claro que sus efectos tendrán importante repercusión en los mercados nacionales donde operan sus filiales. La concentración puede verificarse también solo a nivel de ciertas filiales.<sup>122</sup> Este tipo de concentraciones presentan importantes desafíos, especialmente a las autoridades de control de países en desarrollo, puesto que vienen a constituir operaciones que aún afectando a los países receptores tienden a sujetarse primariamente al control de las autoridades de los países donde se hallan las matrices.<sup>123</sup>

## CONTROL DE CONCENTRACIONES

Mientras que el control sobre acuerdos anticompetitivos y abuso de posición dominante se ejerce sobre las conductas de las empresas en una estructura dada de mercado, el control de concentraciones atiende las consecuencias potenciales o previsibles de éstas directamente sobre dicha estructura, a efectos de que no restrinjan o eliminen la competencia.<sup>124</sup> Por tanto,

---

121. UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*, p. 44.

122. Rafael Pérez Miranda, *Propiedad intelectual y competencia en México*, p. 328.

123. La excepción más notoria es la de la Comunidad Europea, que ha diseñado un sistema de control ad hoc para concentraciones transnacionales, incluso cuando participan sociedades con matrices ubicadas fuera de la comunidad, pero que operan en ella.

124. Banco Mundial-OCDE, *La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana*, p. 39.

el control de fusiones se caracteriza por su acento preventivo antes que sancionatorio, pues actúa generalmente antes de que una concentración anti-competitiva se produzca, lo cual se traduce procesalmente en la predominancia en el ámbito de las legislaciones de competencia de la *notificación ex ante*.<sup>125</sup>

Hay dos sistemas de notificación en el control de concentraciones: 1. *ex ante*, 2. *post fusión*.

1. El *control ex ante* es el más generalizado y conforme a éste las empresas interesadas en concentrarse deben previamente a la concentración notificar a la autoridad de control de competencia, la cual analizará la operación y sus efectos sobre el mercado relevante, pudiendo autorizarla, condicionarla o negarla. En algunos países, antes de la notificación incluso, las empresas pueden negociar con la autoridad de control las condiciones de concentración a efectos de evitar una posterior prohibición de la misma.
2. Control post fusión presenta la desventaja de que la autoridad de control actúa solo una vez realizada la operación entre empresas. La consiguiente desconcentración casi siempre implica un proceso más complejo y costoso que el de la notificación *ex ante*.

## BIBLIOGRAFÍA

Abanto Vásquez, Manuel, *El derecho de la libre competencia*, Lima, San Marcos, 1997.

Banco Mundial, *Informe 1997*, Washington, 1998.

Banco Mundial-OCDE, *La política de competencia en la economía global: una perspectiva latinoamericana*, Buenos Aires, 1996.

Butler, Henry N., *Economic Analysis for Lawyers*, Durham, Carolina Academic Press, 1998.

Cabanellas, Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Buenos Aires, Heliasta, 1983.

Caminal Badia, Miquel, *Manual de ciencia política*, Madrid, Tecnos, 1996.

Casilda, Ramón, "El Estado de bienestar a discusión", en Ramón Casilda y José María Tortosa (editores), *Pros y contras del Estado de bienestar*, Madrid, Tecnos, 1996.

---

125. Rasmilic Radoslav Depolo, "Control de operaciones de concentración y derecho de la competencia", en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, p. 213.

- Depolo Rasmilic, Radoslav, "Control de operaciones de concentración y derecho de la competencia", en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998.
- Evans, Peter, *Embedded Autonomy-States and Industrial Transformation*, Princeton, Princeton University Press, 1995.
- Federal Trade Commission, *Promoting Competition, Protecting Consumers*, United States, 2000.
- Gallardo, Jorge, *Los principios fundamentales de una economía social de mercado*, Quito, Fundación Konrad Adenauer, 1994.
- Garrarena, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1991.
- Gómez Leyva, Delio, "Las prácticas restrictivas de la competencia", en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998.
- OECD, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*.
- Oestterdiekhoff, Peter, "Política de competencia", en varios autores, *Economía social de mercado: su dimensión social*, Caracas, Nueva Sociedad, 1998.
- Pérez Miranda, Rafael, *Propiedad intelectual y competencia en México*, México, Porrúa, 1999.
- Pfaller, Alfred, *El Estado en la economía social de mercado: el modelo y la realidad alemana*, Bonn, FES, 1998.
- Reich, Norbert, *Mercado y derecho*, Barcelona, Ariel.
- Reyes, Francisco, "Grupos de sociedades subordinadas, fusiones, concentraciones, compra de activos", en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998.
- Sullivan, E. Thomas; Harrison, Jeffrey L., *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, New York, Matthew Bender, 1994.
- UNCTAD, *Comentarios al proyecto de ley tipo sobre prácticas comerciales restrictivas*, Ginebra, 1998.
- Velilla, Marco, "Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante", en Belisario Betancur, *et al.*, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante, 1998.
- Viciano, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.