

Derecho de la competencia

El abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica y los problemas de su aplicación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

María Elena Jara Vásquez

El dilema de los precios predatorios: estrategias, teorías y problemas. Un análisis del Derecho de la competencia de la Unión Europea y Antitrust

Patricio Pozo Vintimilla

¿Un tribunal arbitral puede resolver daños a la libre competencia entre particulares en Ecuador?

David Sperber Vilhelm

¿Debe tipificarse la corrupción privada en Ecuador? Análisis comparado del delito de corrupción en los negocios en España y de las normas del Derecho de la competencia

Francisco Eugenio Olavarria

Análisis de la figura “Programa de Clemencia” en Derecho de competencia comparado. Parámetros para la aplicación en Ecuador

Carlos Alfredo Trujillo Viteri

Análisis de las condiciones bajo las cuales se produce un abuso de posición de dominio por ventas atadas y sus posibles justificaciones

Viviana Carolina Cárdenas Garzón

Revista del Área de Derecho
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Segundo semestre de 2016 • Número 26

FORO: revista de derecho recoge trabajos de alto nivel que enfocan problemas jurídicos en los ámbitos nacional, regional e internacional resultantes de los procesos de análisis, reflexión y producción crítica que desarrollan profesores, estudiantes y colaboradores nacionales y extranjeros. *FORO* es una revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, creada para cumplir con el rol institucional de promoción y desarrollo del conocimiento, cuya dinámica nos exige respuestas innovadoras a las complejas situaciones que se producen cotidianamente.

DIRECTOR DEL ÁREA: Dr. Ramiro Ávila Santamaría.

EDITOR DE LA REVISTA: Dr. Ramiro Ávila Santamaría.

COMITÉ EDITORIAL: Dra. Roxana Arroyo Vargas (Instituto de Altos Estudios Nacionales), Dr. Santiago Basabe Serrano (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador), Dra. Eddy De la Guerra Zúñiga (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dra. Elisa Lanas Medina (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dra. Sonia Merlyn Sacoto (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Dr. César Montaña Galarza (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Marco Navas Alvear (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Dr. Farith Simon Campaña (Universidad San Francisco de Quito).

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL: Dr. Víctor Abramovich (Universidad de Buenos Aires), Dr. Alberto Bovino (Universidad de Buenos Aires), Dr. Antonio de Cabo de la Vega (Universidad Complutense de Madrid), Dr. Miguel Carbonell (Universidad Nacional Autónoma de México), Dr. Silvio Gambino (Universidad Della Calabria), Dr. Andrés Gil Domínguez (Universidad de Buenos Aires), Dr. Fernando Puzzo (Universidad Della Calabria), Dra. Claudia Storini (Universidad Pública de Navarra), Dr. Víctor Uckmar (Universidad de Génova), Dr. Rodrigo Uprimny (Universidad Nacional de Colombia), Dra. Rosario Valpuesta (†) (Universidad Pablo de Olavide), Dr. Alberto Zelada (Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz), Dr. Francisco Zúñiga (Universidad de Chile).

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. María Elena Jara Vásquez.

COORDINADORA EDITORIAL: Esp. Sup. María José Ibarra González.

SUPERVISOR EDITORIAL Y DIAGRAMACIÓN: Jorge Ortega.

CORRECCIÓN: Fernando Balseca.

CUBIERTA: Raúl Yépez.

IMPRESIÓN: Editorial Ecuador, Santiago Oe2-131 y Versalles, Quito.



FORO aparece en los índices *LATINDEX: Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*; *PRISMA: Publicaciones y Revistas Sociales y Humanísticas*, y *LATINOAMERICANA: Asociación de Revistas Académicas de Humanidades y Ciencias Sociales*.

FORO es una publicación gestionada por el Comité Editorial que circula semestralmente desde noviembre de 2003. Para la selección de ensayos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*).

Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

FORO

Revista de Derecho

ISSN 1390-2466

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /

Corporación Editora Nacional

No. 26 • II semestre 2016

	Editorial <i>María Elena Jara Vásquez</i>	3
TEMA CENTRAL	DERECHO DE LA COMPETENCIA	
	El abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica y los problemas de su aplicación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano <i>María Elena Jara Vásquez</i>	5
	El dilema de los precios predatorios: estrategias, teorías y problemas. Un análisis del Derecho de la competencia de la Unión Europea y Antitrust <i>Patricio Pozo Vintimilla</i>	27
	¿Un tribunal arbitral puede resolver daños a la libre competencia entre particulares en Ecuador? <i>David Sperber Vilhelm</i>	49
	¿Debe tipificarse la corrupción privada en Ecuador? Análisis comparado del delito de corrupción en los negocios en España y de las normas del Derecho de la competencia <i>Francisco Eugenio Olavarria</i>	67
	Análisis de la figura “Programa de Clemencia” en Derecho de competencia comparado. Parámetros para la aplicación en Ecuador <i>Carlos Alfredo Trujillo Viteri</i>	87
	Análisis de las condiciones bajo las cuales se produce un abuso de posición de dominio por ventas atadas y sus posibles justificaciones <i>Viviana Carolina Cárdenas Garzón</i>	107
RECENSIONES	Inés María Baldeón Barriga, <i>LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ECUADOR</i> , por Eddy De la Guerra Zúñiga	129
JURISPRUDENCIA	Las condiciones de aprobación de concentraciones económicas en Ecuador: un análisis del caso AB InBev-SABMiller <i>Ricardo Montalvo Lara</i>	131
	Colaboradores	147
	Normas para colaboradores	149

FORO

Revista de Derecho

ISSN 1390-2466

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /

Corporación Editora Nacional

No. 26 • II semestre 2016

Preface
María Elena Jara Vásquez 3

MAIN THEME

COMPETITION LAW

The abuse of dominant position under the situation of economic dependence and the problems of its application in the Ecuadorian legal system
María Elena Jara Vásquez 5

The predatory pricing dilemma: Strategies, theories and problems. Analysis of the European Competition Law and Antitrust
Patricio Pozo Vintimilla 27

¿An arbitration panel can decide private damages for breach of antitrust in Ecuador?
David Sperber Vilhelm 49

¿Should the corruption within the work and business be criminalized in Ecuador?: A comparative approach between business corruption in Spain and Ecuador's Antitrust Law
Francisco Eugenio Olavarria 67

Analysis of the "leniency program" on the comparative competition law. Parameters for its application in Ecuador
Carlos Alfredo Trujillo Viteri 87

Analysis of the conditions under which the abuse of dominant position of tied sales and their possible justifications is produced
Viviana Carolina Cárdenas Garzón 107

REVIEWS

Inés María Baldeón Barriga, *LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ECUADOR*, by Eddy De la Guerra Zúñiga 129

CASE LAW

The conditions of the approval of the economic concentrations in Ecuador: analysis of the AB InBev-SABMiller case.
Ricardo Montalvo Lara 131

Collaborators 147

Rules for Collaborators 149

Editorial

El primer número de la revista Foro del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E) –lanzada en 2003–, desarrolló como tema central el Derecho de la competencia, materia que en ese entonces ya se estudiaba en esta casa de estudios, a pesar de que en ese entonces no existía una ley especial sobre la materia. Con orgullo, después de aproximadamente seis años de vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, presentamos un nuevo número sobre esta materia.

El primer artículo, escrito por quien suscribe esta nota editorial, versa sobre el abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica y los problemas de la aplicación de esta figura en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Este análisis, de corte introductorio, es en primer lugar una reflexión sobre los elementos que configuran la noción de abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica y, posteriormente, aborda algunos casos presentados ante la autoridad de control de competencia los cuales evidencian los problemas en la aplicación de esta figura consagrada en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (LORCPM).

Patricio Pozo Vintimilla presenta un estudio sobre precios predatorios, que compara el Derecho de competencia de la Unión Europea y el Derecho Antitrust en esta materia. A través del estudio sistemático de casos paradigmáticos, este artículo evidencia la complejidad para determinar la existencia de tal conducta anticompetitiva, al no existir un estándar único e indiscutible para comprobar la existencia de la predación de precios.

David Sperber Vilhelm estudia la posibilidad de que un tribunal arbitral resuelva conflictos vinculados con daños a la libre competencia entre particulares en el contexto jurídico nacional, tema altamente debatido por ser el derecho de competencia normativa de orden público. En este artículo, el autor analiza la necesidad de pronunciamiento previo de la autoridad de control en materia de competencia, el carácter vinculante o no de la resolución de esta última para el tribunal arbitral, la suficiencia de la resolución del tribunal para la reparación y los posibles criterios que un tribunal arbitral podría aplicar para determinar la existencia de daño en estos casos, entre otros asuntos relevantes.

Francisco Eugenio Olavarria, autor argentino, nos ofrece un análisis sobre el rol de las normas del Derecho de competencia en el mundo de la corrupción privada, fenómeno cuyo estudio contemporáneo es sumamente importante. El estudio se realiza fundamentalmente a través de una comparación entre los ordenamientos de España y Ecuador, en el cual se evidencian los puntos de encuentro entre Derecho penal y Derecho de competencia.

Carlos Alfredo Trujillo Viteri estudia los programas de clemencia en derecho en los contextos de Estados Unidos de América y de la Unión Europea, en relación con tres criterios: responsabilidad penal de individuos, revelación de la información entregada en la aplicación al programa de clemencia y quiénes pueden ser sujeto de indemnización por los daños perpetrados por el cártel. Con estos elementos, el artículo busca delinear parámetros para la aplicación de tales programas en Ecuador, a fin de descubrir, sancionar y prevenir cárteles.

Finalmente, Viviana Cárdenas Garzón analiza las condiciones bajo las cuales se produce abuso de posición de dominio por ventas atadas, así como las posibles justificaciones que un operador económico puede invocar a fin de no ser sancionado por la autoridad de competencia, conclusiones a las que llega a través del análisis de casos paradigmáticos.

Este es, pues, un nuevo esfuerzo del Área de Derecho de la UASB-E a fin de contribuir con el desarrollo del Derecho de competencia ecuatoriano. Agradecemos la contribución de los docentes y estudiantes, nacionales y extranjeros, que presentaron sus artículos para este número.

María Elena Jara Vásquez

El abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica y los problemas de su aplicación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

*María Elena Jara Vásquez**

RESUMEN

Este artículo estudia de forma introductoria la noción de dependencia económica y de abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica, las tendencias regulatorias en esta materia, y la reciente aplicación de esta figura en el caso ecuatoriano, tomando como referencia las resoluciones de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado en los casos MEGA SANTAMARÍA, TIA, CORPORACIÓN FAVORITA y CORPORACIÓN EL ROSADO.

PALABRAS CLAVE: dependencia económica, abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica, Derecho de competencia, alternativa equivalente.

ABSTRACT

This article constitutes an introductory study about the notion of economic dependence and the abuse of dominant position in situations of economic dependence; the regulatory tendencies on this subject, and the recent application of this concept in Ecuador, considering two decisions issued by the First Instance Resolution Commission of the Superintendencia de Control de Poder de Mercado in the cases MEGA SANTAMARÍA, TIA, CORPORACIÓN FAVORITA, and CORPORACIÓN EL ROSADO.

KEYWORDS: economic dependence, abuse of position of dominion in situation of economic dependence, Competition law, equivalent alternative.

FORO

* Docente de planta del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

ASPECTOS INTRODUCTORIOS

En las últimas décadas es notoria una preocupación cada vez mayor por las consecuencias jurídicas de la asimetría de poder de negociación en el contexto de relaciones B2B (*business to business*).¹ En este escenario, algunos ordenamientos jurídicos se han ocupado de los abusos que pueden afectar a pequeñas y medianas empresas, a través de la figura del abuso de dependencia económica, la cual se ha tratado en algunos casos por el Derecho común y en otros por el Derecho de competencia. Esta última aproximación es la que resulta particularmente relevante para el presente análisis, considerando que el artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación de Control de Poder de Mercado² (LORCPM) ha incorporado esta figura a través de reglas tan generales que despiertan una serie de inquietudes para su aplicación.

Consecuentemente, el presente análisis de carácter introductorio busca, en primer lugar, delinear la noción de abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica (APDSDE) a la luz de la doctrina y del derecho comparado, así como revisar las tendencias regulatorias en esta materia, y, en segundo lugar, estudiar los problemas que la inclusión de tal figura en el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha generado, valiéndose para tal fin de cuatro resoluciones de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (CR-PISCPM).

LA NOCIÓN DE DEPENDENCIA ECONÓMICA

El concepto de dependencia económica está fuertemente vinculado con las asimetrías que pueden presentarse entre las partes de una relación contractual entre empresas. La legislación italiana define a la dependencia económica como: “la situación en la cual una empresa es capaz de determinar un excesivo desequilibrio de derechos y

-
1. En esta línea de razonamiento, parte de la doctrina y algunas sentencias internacionales han propugnado la inclusión de pequeñas y medianas empresas entre los sujetos a ser protegidos de cláusulas abusivas que les pueden ser impuestas por empresas de mayor tamaño. Consecuentemente, algunos regímenes jurídicos han extendido a empresas la noción de consumidor. Ver al respecto Rodrigo Momberg Uribe, “La empresa como consumidora: ámbito de aplicación de la LPC, nulidad de cláusulas abusivas y daño moral”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 25 (2015): 279-87. Vale la pena anotar que en el art. 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor ecuatoriana (LODC), se contempla con claridad que los consumidores puedan ser personas jurídicas, en tanto adquieran productos o servicios como destinatarios finales.
 2. Publicada en el *Registro Oficial (R. O.)*, No. 555, de 13 de octubre de 2011.

obligaciones en sus relaciones con otra empresa”.³ La dependencia económica surge en el contexto de relaciones comerciales verticales⁴ en las cuales el comprador ejerce poder sobre el proveedor, o viceversa, a tal punto que la parte con mayor poder de negociación puede imponer condiciones comerciales inusuales, por ejemplo, en materia de descuentos, plazos para el pago, devolución de mercadería, pago para exhibición en perchas, entre otras situaciones que pueden presentarse.

La preocupación académica por la dependencia económica en el contexto de la relación proveedor-comprador es consecuencia de la dinámica del tráfico mercantil y de las costumbres sociales en los últimos años, las cuales han favorecido la presencia de importantes compradores. Piénsese, por ejemplo, en la preferencia de los consumidores por acudir a un solo lugar para realizar sus compras –grandes tiendas por departamentos, centros comerciales, grandes cadenas de farmacias y de supermercados, etc.– (*one stop shopping*); la preferencia por compras *on line* a grandes distribuidores (es ilustrativo el caso de Amazon); la concentración de compras de productos agrícolas y ganaderos por algunas firmas que participan en el mercado de procesamiento de alimentos, entre otros.

En estos casos, es posible que ciertos proveedores puedan ver sensiblemente disminuidos sus niveles de ventas, e inclusive desaparecer del mercado, si sus productos no son adquiridos por estos grandes compradores.⁵ Adicionalmente, cabe anotar que el poder de compra no es motivo de análisis únicamente entre operadores privados. Por el contrario, entidades públicas pueden constituirse en compradores muy importantes, como ha ocurrido en Ecuador durante los últimos años.

En algunos casos, el poder del comprador puede configurar verdaderos monopsonios u oligopsonios,⁶ y, en otros, sin llegar a tal nivel, el poder del comprador puede manifestarse en una marcada asimetría de poder de negociación. Al tratarse de monopsonios u oligopsonios, la doctrina económica mayoritaria ha establecido que el impacto negativo del poder del comprador no se produce exclusivamente para los

3. Italia, Sección 9, Ley 192, de 18 de junio de 1998.

4. Es decir, aquellas relaciones en las cuales los operadores económicos se encuentran en diferentes eslabones de la cadena de producción y distribución de un bien o servicios.

5. Ver por ejemplo Albert Foe, “Abuse of Superior Bargaining Position (ASBP): What can we Learn from our Trading Partners?”, Documento de Trabajo No. 16-02 (s. l.: American Antitrust Institute, s. a.), 4: “Only in recent years has balance of economic power substantially shifted to giant retailers, led by Walmart and Amazon, whose command over access to consumers on a national and international scale, whether in-store or on-line, represents so large a portion of sales that their suppliers have little or no leverage in negotiating”.

6. Monopolios u oligopolios de los compradores.

proveedores, sino ordinariamente también para los consumidores.⁷ A pesar de existir pocos casos de estudio sobre este fenómeno, las autoridades internacionales de competencia se han aproximado a la figura de los monopsonios desde el enfoque tradicional relativo al abuso de posición de dominio.⁸

Por otro lado, la dependencia económica puede también tener lugar en situaciones en las cuales existe una importante asimetría de poder de negociación a favor del comprador, sin que sea posible determinar que este último ostenta una posición de dominio. En este supuesto, los efectos que se distinguen con claridad son los que se producen frente a los proveedores, dependiendo los efectos para los consumidores del grado de competencia en el mercado de bienes finales (*downstream market*).⁹ En este escenario, la dependencia económica se manifiesta en un *vis-à-vis* entre dos partes,¹⁰ de las cuales una tiene el suficiente poder de negociación para imponer condiciones a la otra. Considerando la importancia de la protección del consumidor como fin último del Derecho de competencia, según la influyente Escuela de Chicago, los casos en los cuales los consumidores pueden beneficiarse de situaciones de abuso a los proveedores, por ejemplo, al imponérseles precios reducidos, han sido muchas veces considerados como intrascendentes para el Derecho de competencia. Al respecto, una parte de la doctrina ha sostenido la necesidad de subsumir el bienestar de los consumidores como meta del Derecho de la competencia, dentro de la noción de *bienestar agregado*, categoría en la cual sí cabe la protección de intereses de operadores económicos de los abusos que puedan sufrir por parte de otros operadores económicos,¹¹ posición con la cual coincidimos.

-
7. Roger G. Noll, “Buyer power’ and Economic Policy”, *Antitrust Law Journal*, vol. 72, No. 2 (2005): 589-624, 613. Disponible en <<http://www.jstor.org/stable/40843636>>: “In most cases monopsony harms consumers because the distortions it creates in an input market reduce the efficiency in final goods market”. Ver también OCDE, “Monopsony and Buyer Power”, Policy Roundtables (2008), 9. Disponible en <<https://www.oecd.org/daf/competition/44445750.pdf>>.
 8. Noll, “Buyer power’ and Economic Policy”, 589-90. El autor explica que el interés por los efectos anticompetitivos derivados del poder de compra es nuevo. Cita, por ejemplo, el caso del Gobierno Federal de los Estados Unidos de América en contra de Great Atlantic and Pacific Tea Company, en el que se consideró que esta última violó las normas antitrust al obtener descuentos en las compras de alimentos que no estaban disponibles para otros operadores del mercado.
 9. OCDE, “Monopsony and Buyer Power”, 10.
 10. Ver la conclusión dentro de informe SCPM-DNIAP-030-2016, de 15 de abril de 2016 del Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (SCPM) de Ecuador: “En situación de dependencia económica, el operador económico que tiene la ventaja de negociación posee poder de mercado sobre su contraparte”.
 11. Ver por ejemplo Gregory J. Werden, “Monopsony and the Sherman Act: Consumer Welfare in the New Light”, *Antitrust Law Journal*, vol. 74, No. 3 (2007): 1. Disponible en <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=975992>.

En forma adicional a las situaciones descritas, la dependencia económica puede configurarse en casos en los cuales un agente de mercado depende económicamente de un proveedor –como cuando los distribuidores se ven obligados a adquirir marcas muy reconocidas–. En estos supuestos, el poder radica en el oferente de bienes o servicios. Ya sea que el abuso de dependencia económica se configure del lado de la oferta o de la demanda, el ejercicio del derecho a competir en el mercado de la parte más débil, está condicionado por el comportamiento de la contraparte.¹²

EL CRITERIO PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE DEPENDENCIA ECONÓMICA Y LAS CONDUCTAS QUE SE CONSIDERAN ABUSIVAS

El criterio comúnmente utilizado para definir la existencia de dependencia económica es la probabilidad para encontrar una *alternativa equivalente* de comercialización.¹³ De no existir tales alternativas, el distribuidor o el proveedor pasan a ser contrapartes obligatorias, que pueden imponer condiciones comerciales injustas.¹⁴ Los criterios para determinar la inexistencia de alternativa equivalente han sido diversos:

- a) Un criterio aplicado por las cortes francesas ha sido el porcentaje de facturación o volumen de negocios que las ventas a la parte con mayor poder de negociación representa en el total de ventas de la parte más débil. Mientras más alto sea el porcentaje de facturación que depende de un solo cliente, existe más posibilidad de que se configure una situación de dependencia económica. En este sentido, algunas sentencias han considerado que se configura dependencia económica cuando las ventas a otros clientes no permiten siquiera cubrir los costos fijos.¹⁵ Si bien no existe un umbral unánimemente aceptado a partir del cual se considere que el porcentaje de facturación revela dependencia económi-

12. Ver Mor Bakoum, “Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance”, 2. Disponible en http://ascola-tokyo-conference-2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/General%20Session%202/Bakhoum_abuse%20of%20economic%20dependence%20ASCOLA%202015%2013%205%202015.pdf.

13. Juan Andrés García Alonso, “El abuso de la situación de dependencia económica en el Derecho Español”, en Luis Ortiz Blanco y Rosario León Jiménez, *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, vol. 4, 389-410 (Madrid: Dykinson, 2003), 393. Ver también Mor Bakoum, “Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance”, 10. Este autor se refiere al criterio de *imposibilidad o costos* de encontrar una alternativa equivalente.

14. Bakoum, “Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance”, 11.

15. García Alonso, “El abuso de la situación de dependencia económica en el Derecho Español”, 396.

ca, algunas cortes francesas han considerado que un nivel del 22% ya es indicativo de tal situación, mientras que otras han estimado que niveles superiores al 50% no determinan que exista dependencia económica.¹⁶ Adicionalmente, en cada caso debe analizarse el tipo de producto. Como bien se ha explicado, para un oferente de productos a la medida, será más difícil encontrar compradores sustitutos,¹⁷ aunque su porcentaje de ventas a un solo comprador no llegue al 50%.

- b) Para parte de la doctrina, la conducta debe revestir un carácter continuo, pues de lo contrario no podría asumirse que existe propiamente dependencia económica.¹⁸
- c) La posibilidad de no encontrar alternativas equivalentes a los mismos costos para la parte más débil, se ha vinculado con cierta posición de dominio en el mercado de la parte más fuerte –que no requiere llegar al nivel para sancionarle por abuso de posición de dominio–, de tal forma que esta última pueda imponer condiciones gravosas para sus proveedores o distribuidores sin mermar su participación en el mercado.¹⁹ La doctrina ha recomendado que el análisis se haga tanto de la participación del comprador en mercado aguas arriba, como en mercado aguas abajo.²⁰
- d) Mientras más conocido sea el producto de los proveedores cuya presencia resulte importante para el distribuidor, las relaciones tenderán a equilibrarse,²¹ y, por lo tanto, será menor la posibilidad de que se determine que existió dependencia económica.
- e) En el caso ecuatoriano, tal como sucede en la legislación española, la situación de dependencia económica se presume *iuris tantum* cuando la parte débil debe

16. *Ibid.*, 398. El autor hace referencia a casos franceses y españoles en los que se han aplicado diferentes criterios sobre umbrales. Nos parece particularmente relevante la cita de una decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia en el Asunto de la Mutua Madrileña, según la cual “no bastaría, en el marco de la del artículo 7 de la LDC, ni siquiera que una empresa demostrara que ha sido tradicionalmente suministradora de otra en porcentajes del 90 o del 100 por 100 de su actividad. Porque lo que importa a efectos de la aplicación de la LDC es la defensa del interés público consistente en proteger las condiciones de funcionamiento de la libre competencia en el mercado”.

17. *Ibid.*, 402.

18. *Ibid.*, 399.

19. Bakoum, “Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance”, 13.

20. García Alonso, “El abuso de la situación de dependencia económica en el Derecho Español”, 409.

21. *Ibid.*, 399.

conceder a su cliente de forma regular ventajas adicionales a las que se concederían ordinariamente a contrapartes similares.²²

Después de definir que un operador económico es dependiente de otro, es necesario entender si el que ostenta mayor poder de negociación incurrió en un abuso. En el derecho comparado se considera abusiva una variada gama de situaciones. Por ejemplo, la autoridad de competencia alemana reportó como formas de abuso la imposición de descuentos retroactivos, la negativa a proveer productos indispensables (*must-stock products*), y la imposición al franquiciado de la obligación de exclusividad para la compra de productos al franquiciante.²³ En el sector específico de ventas al por menor, se han considerado como conductas abusivas: provisiones contractuales injustas e injustificadas con relación a la devolución de productos, exigencia de pagos por localización de los productos de proveedores en las perchas de distribuidores, pagos injustificados por empezar a comercializar bienes de los proveedores, imposición de largos plazos para el pago a proveedores, sanciones excesivas en caso de incumplimiento contractual, entre otras.²⁴

En Ecuador, las conductas que la LORCPM califica como abusivas por parte del legislador se asemejan a las previstas en el caso español, y se han orientado a la ruptura intempestiva de relaciones comerciales, obtención de ventajas no pactadas o fuera del mercado, imposición de precios, u otras condiciones comerciales de precios o condiciones comerciales de servicios no equitativos.

TENDENCIAS REGULATORIAS

La mayoría de legislaciones sobre competencia no prevén la figura de dependencia económica, aun cuando en los últimos años se registra un interés creciente en la misma.²⁵ Cuando no existen disposiciones sobre dependencia económica, los casos de

22. Ecuador, LORCPM, art. 10: “Se prohíbe la explotación, por uno o varios operadores económicos, de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus clientes o proveedores, que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”.

23. International Competition Network, “Report on Abuse of Superior Bargaining Power” (2008), 21. Disponible en <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc386.pdf>>.

24. *Ibíd.* Estas conductas fueron reportadas como abusivas por la autoridad letonia de competencia.

25. Sobre la necesidad de introducir normas sobre dependencia económica en la legislación estadounidense ver Albert Foe, “Abuse of Superior Bargaining Position (ASBP): What can we Learn from our Trading Partners?”, 8. Este autor explica cómo a nivel teórico la figura del APDSDE no ha encontrado cabida en el Derecho de competencia de los Estados Unidos de América, fuertemente influenciados

abuso de operadores económicos se resuelven aplicando normas generales relativas al abuso de posición de dominio, que se dirigen a evitar conductas exclusorias frente a los competidores y explotativas frente a los consumidores, lo que para algunos es suficiente.²⁶ Desde esta perspectiva, la intervención de normas de competencia en situaciones de desequilibrio contractual –situación habitual y connatural al funcionamiento del mercado– se percibe como innecesaria, por considerarse que no existe un efecto anticompetitivo claro en estos escenarios.²⁷ Consecuentemente, la injusticia contractual se resuelve aplicando normas generales sobre los contratos (como la necesidad de actuar de buena fe, o la regla de interpretación contractual según la cual la ambigüedad de una cláusula se establece en contra de quienes la han impuesto), pero no normas de competencia. En Latinoamérica, por ejemplo, esta ha sido la posición de las legislaciones de competencia de Brasil y Chile.²⁸

A la tendencia planteada en líneas anteriores, se opone la que defiende la necesidad de normas específicas para el caso de abuso en situación de dependencia económica. Las legislaciones de varios países europeos y asiáticos, y en los últimos años el ordenamiento jurídico ecuatoriano, han recogido esta tesis.²⁹ En algunos casos, la regulación sobre dependencia económica se ha incluido en normas del derecho común, mientras que en otros casos se ha incorporado dentro de normas del Derecho de competencia, como pasamos a revisar:

a) Regulación en leyes que no son de competencia: en esta categoría, encontramos en primer lugar legislaciones que consagran la dependencia económica en cuerpos legislativos contentivos de reglas generales sobre responsabilidad civil. En Italia, por ejemplo, el abuso de una situación de dependencia económica se regula como un supuesto de responsabilidad civil incluido en la Ley No.

por la Escuela de Chicago, que ha mirado con poca simpatía intentos por proteger a pequeños productores a través de esta vía de intervención estatal, debido al riesgo de que se protejan negocios ineficientes y demanda que se tomen acciones para llenar vacíos que se presentan en la normativa que regula las relaciones verticales.

26. Por ejemplo, en el caso de Bélgica, aunque la inclusión de la figura de abuso de posición de dominio por dependencia económica fue considerada por el Legislativo, finalmente se la descartó, por considerar que podía generar confusión en relación con el alcance de la norma general sobre posición de dominio. Ver International Competition Network, “Report on Abuse of Superior Bargaining Power”, 18.
27. OCDE, “Monopsony and Buyer Power”, 10.
28. Ver International Competition Network, “Report on Abuse of Superior Bargaining Power”, 11-2.
29. Para una revisión de la adopción de normas relativas al abuso de posición de dominio, ver International Competition Network, “Report on Abuse of Superior Bargaining Power”. Este documento recoge las respuestas de autoridades de competencia de 15 países y permite entender las diversas vertientes regulatorias sobre esta materia.

192 de junio de 1998, frente al cual es posible solicitar medidas cautelares y compensación.³⁰ En Francia, por otro lado, la dependencia económica se regula como una fuente de responsabilidad civil extracontractual prevista en el Código de Comercio,³¹ dependencia que eventualmente puede afectar la competencia.³² El enfoque de estas legislaciones se define como *vertical*, para subrayar que los efectos nocivos que han sido relevantes para el legislador se producen fundamentalmente entre las partes.³³

En segundo lugar, encontramos legislaciones que han incorporado la figura que es objeto de estudio en regulación seccional. Tal es el caso de Eslovenia, cuya Ley sobre cadenas de *retail*, expedida en 2003, contempla normas relacionadas con el abuso de poder económico en tal sector, lo que incluye extorsión, condiciones discriminatorias para los proveedores, obligaciones de vender a precios menores, transferencia de sanciones que se imponen al supermercado o a los proveedores, sin que estos últimos hayan sido responsables.³⁴

-
30. International Competition Network, “Report on Abuse of Superior Bargaining Power”, 8: “The Italian Competition Authority has authority to intervene in this field only if the alleged abuse of economic dependence also has an impact on the protection of competition and the market”.
31. Francia, Código de Comercio, título IV, libro IV, L-442-6. Entre los supuestos de dependencia económica que consagra esta norma se encuentran prácticas discriminatorias y la imposición a la parte más débil de obligaciones o condiciones de negociación injustificadas, por ejemplo, penas desproporcionadas por ruptura contractual.
32. *Ibíd.*, L 420-2#. Según esta norma está prohibido, cuando pueda dañar la estructura de competencia, la explotación abusiva de una compañía o un grupo de compañías, de la condición de dependencia que pueda tener una compañía que consume o una compañía que provee que se encuentre en una situación *vis-a-vis* con la primera. El abuso puede consistir en la negativa a vender, ventas atadas, y otras prácticas discriminatorias mencionadas en el artículo L 442-6. Las autoridades francesas han reportado que las relaciones jurídicas en las que con mayor frecuencia se ha determinado la existencia de esta figura es aquella que tiene lugar entre supermercados y sus proveedores. Ver al respecto International Competition Network, “Report on Abuse of Superior Bargaining Power”, 8, nota 17.
33. García Alonso. “El abuso de la situación de dependencia económica en el Derecho Español”, 395.
34. República de Eslovenia, Act of Retail Chains, 2003.

b) Regulación en normas para proteger la competencia económica: este es el caso de países como Alemania,³⁵ Austria,³⁶ Bulgaria,³⁷ Corea del Sur,³⁸ España,³⁹ Japón,⁴⁰ y en los últimos años Ecuador.⁴¹ El enfoque de estas legislaciones ha sido considerado como *horizontal*, en cuanto que, a más de los perjuicios que puedan sufrir las partes más débiles, se asume que existe un riesgo de daño a la competencia.⁴²

La actual sección 20 (2) de la influyente ARC alemana se refiere a una *posición de dominio relativa*.⁴³ En esta norma se establecen algunos conceptos que han trascendido a otras legislaciones, entre los que destacamos dos:

-
35. Alemania, Act against Restraints of Competition (ARC), sección 19 (2) y 20 (2).
 36. La Austrian Cartel Law incluye una definición de dependencia económica, al tratar la figura de abuso de posición de dominio: “dominance is also given in a situation where a company has superior position on the market vis-à-vis their suppliers or customers, in particular when the affected suppliers or customers are dependent on the maintenance of business relations with this company in order to avoid very heavy financial losses”.
 37. En julio de 2015 el parlamento de Bulgaria adoptó un paquete de medidas destinadas a combatir prácticas injustas entre empresas en la cadena de retail. Junto con modificaciones en regulación sobre alimentos, se aprobó la incorporación de reglas prohibitivas del abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica. Ver al respecto Baker McKensie, “Bulgaria: New Regulation against Abuse of Economic Dependence”, 13 de junio de 2015. Disponible en <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=55bcbcd2-115d-49cf-8041-a5ef650c7d64>>. Sobre la aplicación de esta norma ver C’M’S, “Bulgarian Competition Authority Fines a Major Food Retailer for Abuse of Superior Bargaining Position”, de 19 de enero de 2017. Disponible en <<http://www.cms-lawnow.com/ealerts/2017/01/bulgarian-competition-authority-fines-a-major-food-retailer-for-abuse-of-superior-bargaining-position>>.
 38. Corea del Sur, Monopoly Regulation and Fair Trade Act (MRFTA), art. 23.
 39. Actualmente las reglas sobre dependencia económica se encuentran incluidas en el art. 16 (2) de la Ley de Competencia Desleal y art. 12 de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de Medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. Sobre la historia legislativa de la figura de abuso de dependencia económica en España ver Ignacio Herrera Anchustegui, “Sobre el abuso de dependencia económica en la cadena alimentaria: el asunto EDEKA”, en *Competencia y Regulación*. s. l., 2015. Disponible en <<http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2015/12/sobre-el-abuso-de-dependencia-economica.html>>.
 40. Japón, Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (APPMFT), 1947, art. 2, parágrafo (9), ítem (v), introducidos por la Act for Partial Revision of the Antimonopoly Act, 2009. Para una revisión de los criterios de aplicación del APDSDE ver Japan Fair Trade Commission, *Guidelines concerning abuse of superior bargaining power under the Antimonopoly Act* (2010). Disponible en <https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines.files/101130GL.pdf>.
 41. Ecuador, LORCPM, art. 10.
 42. García Alonso, “El abuso de la situación de dependencia económica en el Derecho Español”, 396.
 43. International Competition Network, “Report on Abuse of Superior Bargaining Power”, 24.

- La dependencia económica se cifra en no tener *suficientes y razonables* posibilidades de cambiar de contraparte en la relación comercial.
- La dependencia económica se presume cuando una pequeña o mediana empresa que actúa como proveedor debe conceder beneficios especiales al comprador que no son comunes en la industria.

Detrás de la inclusión del abuso de posición de dominio relativa en la legislación sobre competencia se encuentra la idea:

no solo las conductas de los operadores económicos que ostentan una posición de dominio pueden distorsionar la competencia. De hecho, la conducta de empresas que son capaces de ejercer poder de mercado solo hasta cierto límite y en relación a ciertas empresas pueden provocar un efecto negativo sobre la competencia.⁴⁴

En esta línea de razonamiento, la necesidad de prever mecanismos legales de prevención y sanción del APDSDE es indispensable para salvaguardar la libertad de competir que puede verse mercedada ante *restricciones estructurales*.⁴⁵ A la luz de este razonamiento no se trata de proteger a operadores económicos ineficientes –situación atentatoria contra las reglas del mercado–, sino de evitar que operadores económicos que tienen menos poder de negociación vean restringida su libertad de competir por razones diferentes a su ineficiencia.⁴⁶

44. *Ibid.*, 15. En este sentido ver Bakoum, “Abuse without dominance in competition law: abuse of economic dependence and its interface with abuse of dominance”, 3. El autor sostiene que la imposición de condiciones comerciales por la parte más fuerte puede afectar la habilidad de la parte más débil para competir en el mercado.

45. Bakoum, “Abuse without dominance in competition law: abuse of economic dependence and its interface with abuse of dominance”, 17.

46. Japan Fair Trade Commission, *Guidelines concerning abuse of superior bargaining power under the Antimonopoly Act*, 3: “if a party who has superior bargaining position against the other transacting party makes use of such position to impose a disadvantage on the transacting party, unjustly in light of normal business practices, such act would impede transactions based on the free and independently select of the said transacting party, and put the said transacting party in a disadvantageous competitive position against its competitors, while putting the party having superior bargaining position in an advantageous competitive position against its competitors”. Ver también Daniel Jaramillo Calderón, Eduardo Esparza Paula, Ricardo, Freire Granja y Vicente Abril Kempainen, *El APDSDE en el derecho de competencia ecuatoriano. Una propuesta metodológica para su análisis* (Quito: SCPM, s. a.), 21. Disponible en <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2017/02/Abuso-en-dependencia-econo%CC%81mica-v.Final_.pdf>.

LA RELACIÓN ENTRE EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO Y EL APDSDE

En principio, las características propias del abuso de posición de dominio y del APDSDE permiten distinguir conceptualmente estas diferencias:⁴⁷

	Abuso de posición de dominio	APDSDE
Necesidad de determinar el mercado relevante	Indispensable	Al evaluarse una situación vis-à-vis, una parte de la doctrina considera que no es necesario determinar el mercado relevante, ⁴⁸ posición con la que coincidimos. Como veremos, en el caso ecuatoriano la SCPM sí determina el mercado relevante también en estos casos.
Posición de los operadores económicos en el mercado relevante	La parte que incurre en la infracción debe tener posición de dominio dentro de un mercado relevante determinado.	La parte que incurre en la infracción no necesariamente debe tener posición de dominio en un mercado relevante.
Conducta	Conductas exclusorias y explotativas orientadas a impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afectar negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.	Imposición de condiciones contractuales abusivas en el contexto de transacciones comerciales.
Efectos	Los efectos que interesan a la autoridad son los que se producen o pueden producirse en el mercado.	Los efectos que interesan a la autoridad son generalmente los que se producen o pueden producirse frente a la parte más débil. ⁴⁹

Sin embargo, pese a las diferencias que quedan anotadas, es claro que el abuso de posición de dominio, como tradicionalmente ha sido entendido por el Derecho de competencia, puede coexistir con el APDSDE. De hecho, la constatación de abuso de

47. Esta tabla ha sido elaborada por la autora y sistematiza algunos aspectos relevantes de los reportes de autoridades de competencia de Japón, Francia, Italia, Alemania, Corea del Sur, recogidos en International Competition Network, “Report on Abuse of Superior Bargaining Power”, 18.

48. Ver por ejemplo Bakoum, “Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance”, 13: “[...] the concept of market power is relative here [en el caso de APDSDE]. It does not extend to a dominant position or a monopoly. It is not analyzed taking into account the relevant market”.

49. International Competition Network, “Report on Abuse of Superior Bargaining Power”, 36: “Among the seven jurisdictions reporting specific provisions, only one jurisdiction (Germany) required effects on competition to prove ASBP while the other six jurisdictions (Austria, France, Italy, Japan, Korea and Slovak Republic) do not require effects on competition to be demonstrated”.

una situación de dependencia económica puede ser un indicio de que existe abuso de posición de dominio.⁵⁰ Esta relación ha sido plasmada en la LORCPM, según la cual constituye una forma de abuso de situación de dependencia económica “la utilización del poder de mercado para generar o mantener la posición de dependencia económica, de uno o varios operadores, tendiente a obtener ventajas adicionales que no se conceden o concederían a compradores o proveedores similares”.⁵¹

ASPECTOS ESPECÍFICOS DE LA REGULACIÓN DEL APDSDE EN EL CASO ECUATORIANO. APUNTES SOBRE LA RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA EN LOS CASOS MEGA SANTAMARÍA, TIA, CORPORACIÓN FAVORITA Y CORPORACIÓN EL ROSADO

La política de competencia tiene carácter instrumental, pues su orientación depende de los objetivos que un Estado se plantee en materia económica. En este orden de ideas, la importancia que el segmento de economía popular y solidaria reviste dentro del sistema de economía popular y solidaria consagrado constitucionalmente⁵² (art. 283), así como la búsqueda de condiciones de intercambio justas,⁵³ confieren particular relevancia a herramientas que desde el Derecho de competencia promueven mayor equilibrio en las relaciones entre productores y grandes compradores.

A más de corresponder al contexto constitucional, el actual artículo 10 LORCPM que consagra el APDSDE se alinea con la corriente de pensamiento que articula la política de competencia y desarrollo. Desde esta perspectiva, la protección de la libertad económica de acceso al mercado de los pequeños operadores económicos es

50. *Ibíd.*

51. (art. 10, num. 3, LORCPM).

52. De una interpretación sistemática de las normas que integran el Régimen de Desarrollo en la Constitución ecuatoriana de 2008, puede inferirse claramente que uno de los rasgos esenciales del sistema económico social y solidario es la promoción de actores asociativos pertenecientes al sector de la economía popular y solidaria, como un mecanismo de democratización de la economía. Por ejemplo, en la Constitución se establece que es deber del Estado promover las redes de productores y consumidores (art. 281, num. 10) –a fin de evitar que las ganancias sean retenidas en los distribuidores–; que el impulso del comercio justo es objetivo de la política comercial (art. 304, num. 5 y 336); se reconoce la existencia de un sector financiero popular y solidario y se determina que sus iniciativas, así como las de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas, recibirán un tratamiento diferenciado y preferencial del Estado (art. 311).

53. Ver Ecuador, Constitución de la República del Ecuador (CRE), art. 284, num. 8. En esta norma se consagra como un objetivo de la política económica: “Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes”.

un requisito esencial para la creación de mercados competitivos en países en vías de desarrollo,⁵⁴ y constituye un mecanismo de supervivencia de pequeños productores –especialmente en el sector agrícola– frente a prácticas de empresas multinacionales y de grandes empresas locales.⁵⁵

A pesar de la relevancia del APDSDE dentro del contexto constitucional económico nacional, es claro que la regulación de esta figura presenta importantes vacíos, cuya existencia se confirma al analizar las resoluciones de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (CRPI-SCPM) expedidas dentro del expediente SCPM-CRPI-0062-2016, de 22 de febrero de 2017 –dentro del proceso iniciado contra CORPORACIÓN EL ROSADO S. A.–; SCPM-CRPI-2016-061, de 8 de marzo de 2017 –dentro del proceso iniciado contra Tiendas Industriales Asociadas (TIA) S. A.–; SCPM-CRPI-063-2016, de 9 de marzo de 2017 –dentro del proceso iniciado contra CORPORACIÓN FAVORITA C. A.–; y SCRPI-CRPI-2016-064, de 9 de marzo de 2017 –dentro del proceso iniciado contra MEGA SANTA MARÍA S. A.–.

Como antecedente de las mismas, cabe mencionar que mediante informe SCPM-IIAPMAPR-087-2014 de 26 de junio de 2014 se identificaron posibles conductas de los supermercados que podían afectar a los proveedores. En este informe se destaca además que el abuso de la situación de dependencia económica puede producir impactos en el sistema de competencia, en los siguientes términos:

El impacto de la situación de concentración en el sector de supermercados en el Ecuador, favorece el poder de comprar de los supermercados sobre las empresas proveedoras. Esto puede desencadenar en que se vea reducida la capacidad de producción de nuevos emprendimientos por parte de las pequeñas y medianas empresas en calidad, cantidad y servicio que repercute en el consumidor final.

Vale la pena relieves la preocupación que la autoridad de control y la Junta de Regulación en la materia han manifestado en los últimos años con relación a conductas

54. Bakoum, “Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance”, 23.

55. El art. 10 LORCPM, establece que “Las entidades públicas encargadas de la regulación de la producción en cada uno de los sectores productivos vigilarán la estricta observancia de esta prohibición, especialmente en los intercambios de los pequeños y medianos productores agroalimentarios y de la economía popular y solidaria con las redes de intermediación del sector privado, y, en caso de identificar incumplimientos, tomarán las medidas correspondientes en el ámbito de su competencia, además de informar obligatoriamente a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para la investigación y sanción respectivas”. Ver también Bakoum, “Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance”, 23.

abusivas de cadenas de supermercados, al extremo de generar manuales, instructivos y normas regulatorias de buenas prácticas en tal sector de forma caótica.⁵⁶ Excede el ámbito de este artículo un análisis de estas directrices, pero de ellas se infiere claramente la intención estatal de evitar abusos por parte de cadenas de supermercados a sus proveedores.

Aunque inicialmente se entabló una sola investigación en contra de varias cadenas de supermercados,⁵⁷ posteriormente la autoridad decidió que en cada caso existen condiciones específicas, considerando más conveniente realizar una investigación formal de cada uno de los operadores económicos. El cargo que fue materia de investigación en estos casos fue la supuesta “imposición de forma directa de precios y condiciones comerciales” (que la autoridad entiende comprendido dentro del art. 10, num. 4, LORCPM).

EL CRITERIO PARA DETERMINAR QUE NO EXISTE UNA ALTERNATIVA EQUIVALENTE

En estos casos la CRPI-SCPM sostuvo el criterio de que el umbral para determinar que existe dependencia económica es el 50% de la facturación concentrada en un solo cliente. Sin embargo, la explicación para acoger tal umbral no resulta satisfactoria. La CRPI se limita a decir que la legislación española consagra este criterio, sin precisar la fuente legal a la que se refiere, y que tal 50% fue un criterio sugerido al Congreso

56. El Superintendente de Control de Poder de Mercado emitió la Res. SCPM-DS-057-2014, de 29 de agosto de 2014, reformada por las Res. SCPM-DS-075-2014, de 28 de noviembre de 2014, así como la Res. SCPM-DS-082-2015, de 31 de diciembre de 2015. Por su parte la Junta de Regulación de la LORCPM expidió la Res. 008, de 1 de septiembre de 2015 y la Res. 014, de 4 de enero de 2017. Evidentemente, los límites de las competencias regulatorias de SCPM y Junta de Regulación de LORCPM han resultado en la práctica difusos, lo que ha generado un ambiente de inseguridad jurídica para los operadores económicos. Al respecto, la Procuraduría General del Estado, se ha pronunciado de la siguiente forma: “En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 37 inciso segundo, 42 y 44 numeral 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y el Superintendente como máxima autoridad de ese Organismo, tiene atribución para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, así como para elaborar y aprobar la normativa técnica general e instrucciones particulares en el ámbito de la referida Ley Orgánica, mismas que deberán guardar armonía y observar los lineamientos que establezcan las normas que expida la Junta de Regulación”. Ver Absolución de Consulta de la Procuraduría General del Estado, contenida en OF. PGE. No. 08862 de 16 de diciembre de 2016.

57. Corporación Favorita C. A., Corporación El Rosado S. A., Tiendas Industriales Asociadas (TIA) S. A. y MEGA SANTA MARÍA S. A.

Español por la aglutinación de partidos ultranacionalistas catalanes Convergencia y Unión, sin ninguna reflexión de fondo. La CRPI obvia considerar que, dependiendo del tipo de producto, tal umbral puede no ser adecuado, como se analizó previamente.

Más adecuada resulta la invocación de los estándares de suficiencia y razonabilidad que, como vimos, están claramente establecidos en la legislación alemana. Tales estándares se entienden por la autoridad nacional de la siguiente manera: “que el volumen esperado de sus transacciones con el nuevo par comercial sea al menos igual al original y que el cambio no implique un costo excesivo”.

La CRPI-SCPM cita también un pronunciamiento español tendiente a subrayar el importante rol como compradores que tienen los supermercados frente, por ejemplo, a tiendas de barrio, situación que impone para muchos proveedores la necesidad de vender a tales negocios.⁵⁸

LA AUSENCIA DE UNA SANCIÓN LEGALMENTE ESTABLECIDA Y SUS CONSECUENCIAS

El legislador nacional no estableció una sanción para el APDSDE prohibido en el mencionado art. 10 LORCPM.⁵⁹ Si bien el Reglamento de esta ley⁶⁰ intentó llenar este vacío,⁶¹ a fin de no violentar el principio *nullum crime, nullum poena, sine lege*, previsto en el art. 76 num. 3 de la CRE, la SCPM no puede imponer sanciones pecuniarias en casos de APDSDE.

En las resoluciones que se analizan, la CRPI-SCPM asumió esta limitación y estableció que “para el presente caso si bien el artículo 10 LORCPM prohíbe las conductas de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, esta conducta no constituye infracción, pero está sujeta al control y la regulación por parte de la autoridad de competencia”. Al respecto, resulta importante el esfuerzo de la entidad de control para que el art. 10 LORCPM no devenga en ineficaz ante la falta de sanción legalmente establecida.

58. España, Audiencia Provincial de Madrid, sentencia 313, de 28 de octubre de 2011.

59. El art. 79 LORCPM no prevé una sanción para la infracción contemplada en el art. 10 de esta ley.

60. Ecuador, Decreto Ejecutivo 1152, publicado en el R. O. 697, de 7 de mayo de 2012.

61. Ver art. 6, RLORCPM: “...Al abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica le son aplicables los literales b) o c) del artículo 79 de la Ley; o, si no es posible determinar el volumen de negocios, los numerales 2 y 3 del mismo artículo; en función de la gravedad de la conducta y lo previsto en este reglamento, lo que será determinado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado previo el respectivo procedimiento de investigación y sanción”.

En esta línea de razonamiento, la autoridad se abstuvo de imponer una multa y, en su lugar, dispuso la práctica de una serie de medidas correctivas consistentes, en primer lugar, en obligaciones de hacer para los supermercados, tales como suscribir contratos de provisión con sus proveedores, así como una serie de documentos tendientes a garantizar que las condiciones comerciales no sean impuestas, sino negociadas. Consideramos que medidas de esta naturaleza resultan artificiosas. Ni la prohibición del num. 4 del art. 10 consiste en la *imposición de condiciones*, como parece entender la autoridad de control,⁶² ni imponer que las condiciones sean negociadas tiene mayor potencial para dejar sin efecto la asimetría que de facto existe entre las partes. Tal como sucede en el ámbito de consumo, antes que forzar una negociación, es más importante que se establezcan los lineamientos para que las condiciones preestablecidas no resulten abusivas (lo que en parte se hizo, por ejemplo, definiendo tiempos máximos de pago). Esta es la dirección en la que realmente se debiera trabajar en este tipo de resoluciones.

Adicionalmente, las obligaciones de hacer impuestas al Supermercado incluyeron la realización de una serie de actividades orientadas a la capacitación de los proveedores y a la difusión de material de estudio relativo a la figura de dependencia económica. También se impusieron obligaciones de no hacer: concretamente abstenerse de terminar las relaciones comerciales con los proveedores que fueron beneficiarios de medidas preventivas dentro del proceso.

APDSDE VS. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Un argumento destacado de la defensa de MEGA SANTAMARÍA, CORPORACIÓN FAVORITA y CORPORACIÓN EL ROSADO fue que en la legislación nacional el APDSDE solo procede en caso de que la autoridad determine que existe posición de dominio, bajo una línea de razonamiento que puede sintetizarse en que el abuso de posición de dominio es el género, y el APDSDE es la especie. Como consecuencia, la entidad investigada sostuvo que para que exista abuso de posición de dominio *relativa* debía primero probarse la existencia de abuso de posición de dominio, que consideraba inexistente para el caso en cuestión.

62. El num. 4 del art. 10 LORCPM establece como conducta abusiva: “4. La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios *no equitativos*”. Como sucede en el ámbito de consumo –en el cual el nivel de protección es mayor–, se permite que la parte más fuerte pueda establecer condiciones generales de contratación a los que la parte más débil solo se adhiere, pero se prohíbe el carácter abusivo o inequitativo de tales condiciones generales.

La CRPI desechó tal argumento. En su lugar, sostuvo una interpretación más acorde con la doctrina, en el sentido de que el APDSDE (art. 10 LORCPM), tiene diferencias con el abuso de posición de dominio (art. 9 LORCPM):

para que exista abuso conforme a lo señalado en el art. 9 de la LORCPM, el requisito es que el operador ostente poder de mercado; mientras que se configure un abuso según el art. 10 del mismo cuerpo legal, el operador deberá ostentar poder de mercado en situación de dependencia económica. Si este no fuere el caso, no se entendería la razón de haber separado las infracciones del artículo 10, en lugar de incluirlas dentro del mismo artículo 9 de la LORCPM.⁶³

Esta interpretación, a la luz de los elementos conceptuales que hemos señalado, resulta acertada. Excepcionalmente, si el cargo contra el operador económico es la utilización del poder de mercado para generar o mantener una situación de dependencia económica (art. 10, num. 3 LORCPM), sería necesario determinar previamente si el operador económico investigado goza de una posición de dominio.

LA NECESIDAD DE DEFINIR UN MERCADO RELEVANTE EN CASOS DE APDSDE

En estos casos se definió un mercado relevante. Más allá de la estrechez o amplitud con la que la autoridad haya definido el mercado relevante en estos casos –asunto que siempre encierra un elemento subjetivo–, debe anotarse que la posición de la CRPI con relación a este punto resulta, en nuestro criterio, contradictoria. A pesar de que la autoridad diferenció entre abuso de posición de dominio y APDSDE, consideró indispensable definir un mercado relevante –categoría inherente a procesos en los cuales se busca determinar la *afección al mercado* de una conducta determinada–. Dado que en estos casos lo que se persigue fundamentalmente es determinar la situación de abuso *entre las partes*, la definición de mercado relevante parece inoficiosa, salvo al conocerse un caso a la luz del mencionado numeral 3 del artículo 10 de la LORCPM. La definición de mercado relevante de producto fue demasiado amplia. Así, en el caso MEGA SANTAMARÍA, por dar un ejemplo, el mercado relevante de producto se definió como: “todos los bienes que son vendidos a los supermercados, por parte de cada

63. Opinión vertida en el informe de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (IIAPMAPR), al que se remite la resolución que es materia de análisis.

uno de los proveedores, siempre y cuando estos productos sean destinados a la venta al consumidor final a través de los autoservicios de cada establecimiento”.

Si bien el art. 5 LORCPM dispone que “a efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante”, lo lógico es que tal determinación tenga lugar en cada caso en el que sea necesario definir un mercado relevante.

EL EJERCICIO DEL DERECHO DE CONTRADICCIÓN DEL OPERADOR ECONÓMICO INVESTIGADO

El ejercicio del derecho de contradicción –componente importante del derecho de defensa– exige que la parte investigada en cualquier proceso conozca con exactitud los cargos que se le imputan. En las resoluciones mencionadas llama la atención que la apertura de la etapa de investigación formal se haya iniciado “por existir presunciones sobre la existencia de prácticas prohibidas conforme lo establecido en los artículos 3 y 4 de del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado *y de las posibles conductas que previa investigación podrían ser objeto de sanción dentro del ámbito de competencia de esta Autoridad*”.

Por otra parte, en estos casos la posibilidad de contradicción de las pruebas aportadas por la autoridad fue un asunto de importancia capital. Las principales pruebas en contra de los operadores económicos fueron encuestas practicadas por la autoridad a los proveedores. En el caso de TIA, el investigado reclamó no haber tenido acceso “a la plantilla C de los supuestos proveedores afectados”, la cual fue declarada confidencial por la CRPI, de tal forma que el investigado sostuvo que, aunque en el proceso se conocieron los resultados de tales encuestas, no fue posible para los operadores investigados preguntar a quienes respondieron las mismas. Para la autoridad, tal plantilla constituía un documento privado, admisible a la luz del artículo 193 del COGEP, y, por lo tanto, era intrascendente preguntar a los proveedores encuestados.

La autoridad de competencia debe ser sumamente cauta en el resguardo del debido proceso. Desde nuestra perspectiva, las pruebas que se basen en encuestas sin que la parte procesada pueda contradecir los hallazgos de las mismas, así como la metodología bajo la cual se aplicaron, pueden en efecto constituir una violación al debido proceso en su vertiente del derecho de contradicción. La confidencialidad en los procesos de competencia debe dirigirse a resguardar aquella información cuya divulgación ocasionaría un perjuicio económico para las partes, tal como la información con valor comercial que no es pública, pero no puede inhibir el ejercicio del mencionado derecho.

CONCLUSIÓN

Pese a la relevancia del APDSDE en el contexto de un sistema económico popular y solidario, existen evidentes problemas de orden sustantivo y procesal para aplicar esta figura. Entre los aspectos más importantes, los pronunciamientos de la SCPM y de los jueces deben profundizar en la explicación del criterio determinante para definir la situación de dependencia económica, es decir, la falta de una alternativa equivalente. Debe también reflexionarse con mayor profundidad sobre la necesidad de definir en estos casos un mercado relevante. A nivel procesal, es necesario que la autoridad se concentre en la protección del derecho de contradicción de los justiciables y en establecer medidas correctivas proporcionales al bien que se quiere resguardar. El uso del mecanismo de encuestas debe permitir a los operadores económicos conocer con claridad la metodología de elaboración de las mismas y llamar a declaración a los encuestados que se estimen necesarios. Finalmente, la aplicación de medidas correctivas antes que sancionatorias resulta en nuestro criterio mucho más adecuado a las necesidades de las partes que cualquier sanción pecuniaria que se pueda establecer.

BIBLIOGRAFÍA

- Bakoum, Mor. “Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance”. Disponible en http://ascola-tokyo-conference2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/General%20Session%202/Bakhoum_abuse%20of%20economic%20dependence%20ASCOLA%202015%2013%205%202015.pdf.
- Foe, Albert. “Abuse of Superior Bargaining Position (ASBP): What can we Learn from our Trading Partners?”. Documento de Trabajo No. 16-02. s. l.: American Antitrust Institute, s. a. Disponible en <http://www.antitrustinstitute.org/sites/default/files/AAI%20Working%20Paper%20Bakoum%2016-02.pdf>.
- García Alonso, Juan Andrés. “El abuso de la situación de dependencia económica en el Derecho Español”. En Luis Ortiz Blanco y Rosario León Jiménez, *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, vol. 4. Madrid: Dykinson, 2003.
- Herrera Anchustegui, Ignacio. “Sobre el abuso de dependencia económica en la cadena alimentaria: el asunto EDEKA”. En *Competencia y Regulación*. s. l., 2015. Disponible en <http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2015/12/sobre-el-abuso-de-dependencia-economica.html>.
- Jaramillo Calderón, Daniel, Eduardo Esparza Paula, Ricardo Freire Granja y Vicente Abril Kempainen. *El abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica en el derecho de competencia ecuatoriano. Una propuesta metodológica para su análisis*. Quito: Superintendencia de Control de Poder de Mercado, s. a. Disponible en <http://www>.

sepm.gob.ec/wp-content/uploads/2017/02/Abuso-en-dependencia-econo%CC%81mica-v.Final_.pdf.

Jenny, Frédéric. “The Coming out’ of Superior Bargaining Power in the Antitrust World”. En Barry E. Hawk, edit., *International Antitrust Law & Policy*. Nueva York: Juris Publishing, 2009.

Momberg Uribe, Rodrigo. “La empresa como consumidora: ámbito de aplicación de la LPC, nulidad de cláusulas abusivas y daño moral”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 25 (2015).

Noll, Roger G. “Buyer Power’ and Economic Policy”. *Antitrust Law Journal*, vol. 72, No. 2 (2005). Disponible en <<http://www.jstor.org/stable/40843636>>.

Takigawa, Toshiaki. “Regulating Abuse of Bargaining Position throughout the Competition Law: Japanese Regulation in Comparison with the EU’s Explotative Abuse Regulation”, ASCOLA Tokyo Conference (2015). Disponible en <http://ascola-tokyo-conference-2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/General%20Session%203/Toshiaki%20Takigawa_Superi-BargAbuse_Ascola_May2015.pdf>.

Werden, Gregory J. “Monopsony and the Sherman Act: Consumer Welfare in the New Light” (2007). Disponible en <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=975992>.

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

International Competition Network. “Report on Abuse of Superior Bargaining Power” (2008). Disponible en <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc386.pdf>>.

Japan Fair Trade Commission. *Guidelines Concerning Abuse of Superior Bargaining Power under the Antimonopoly Act* (2010). Disponible en <https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines.files/101130GL.pdf>.

OCDE. “Monopsony and buyer power”, Policy Roundtables (2008). Disponible en <<https://www.oecd.org/daf/competition/44445750.pdf>>.

NOTICIAS LEGALES

C’M’S. “Bulgarian Competition Authority fines a Major Food Retailer for Abuse of Superior Bargaining Position”, 19 de enero de 2017. Disponible en <<http://www.cms-lawnow.com/ealerts/2017/01/bulgarian-competition-authority-fines-a-major-food-retailer-for-abuse-of-superior-bargaining-position>>.

McKensie, Baker. “Bulgaria: New Regulation against Abuse of Economic Dependence”, 13 de junio de 2015. Disponible en <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=55bcbcd2-115d-49cf-8041-a5ef650c7d64>>.

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2017

Fecha de aprobación: 19 de julio de 2017

El dilema de los precios predatorios: estrategias, teorías y problemas. Un análisis del Derecho de la competencia de la Unión Europea y Antitrust

*Patricio Pozo Vintimilla**

RESUMEN

Los precios predatorios representan una de las conductas anticompetitivas más estudiadas por el Derecho de la competencia. Durante décadas, universidades y tribunales de todo el mundo han tratado de establecer una prueba que permita comprobar su ocurrencia de forma efectiva. Hasta la actualidad, no existe una prueba central que permita identificar, con claridad, cuándo un agente ha incurrido en precios predatorios o ha generado un beneficio para el mercado.

En principio, la predación de precios solo puede existir en mercados atomizados (oligopólicos u monopólicos), lo aplican agentes económicos con posición de dominio que cuentan con la capacidad económica de asumir la cuota de los competidores eliminados, y se desenvuelven en un mercado con elevadas barreras de entrada. Todos estos elementos revelan que la predación es un fenómeno multifacético, resultando complejo demostrar su existencia.

PALABRAS CLAVE: predación de precios, recuperación, Escuela de Chicago, costo variable promedio.

ABSTRACT

Predatory prices represent one of the most studied and complex anticompetitive practices of the competition law. For decade's universities and courts around the world have tried to establish a test to verify their effectively occurrence. Nowadays, it doesn't exist one central proof that demonstrates with clarity, when an agent commits predatory pricing or generates a benefit to the market.

In principle, the predatory prices can only exist in atomized markets (oligopoly or monopoly), it is applied by economic agents with a dominant position that have the economic capacity to assume the market share of the eliminated competitors, and operate in a market with high entry barriers. All these elements reveals that predatory pricing is a multifaceted phenomenon, making it complex to prove its existence.

KEYWORDS: predatory prices, recoupment, Chicago School, average variable cost.

FORO

* Abogado asociado en EXPERTISE Abogados & Consultores.

EL DILEMA DE LOS PRECIOS PREDATORIOS

Una de las conductas más estudiadas en el Derecho de competencia son los precios predatorios, conducta que hasta la presente fecha no es entendida por completo en cuanto a sus efectos o justificaciones. Por lo tanto, no existe un único estándar que permita regular esta conducta sin afectar, en algún grado, a los consumidores o el correcto desenvolvimiento del mercado.¹ Frente a esta problemática se nos plantean las siguientes interrogantes: ¿los precios predatorios son una práctica anticompetitiva racional para los agentes económicos?, y ¿cuáles son los requisitos para que los precios predatorios puedan ocurrir en el mercado? Para responder a estas preguntas, analizaremos la serie de teorías y pruebas más relevantes y generalmente utilizadas por las agencias y tribunales de competencia para comprobar su existencia.

El presente artículo se compone de dos partes; en la primera analizaremos los requisitos para la ocurrencia de los precios predatorios y las pruebas que la jurisprudencia “*antitrust*” estadounidense y la Unión Europea han aplicado en sus casos paradigmáticos. En la segunda analizaremos los beneficios y defectos de estas pruebas para la comprobación de los precios predatorios.

LOS PRECIOS PREDATORIOS: CARACTERÍSTICAS Y RACIONALIDAD

Los precios predatorios se definen como la práctica en la que un agente económico, entiéndase persona natural o compañía, baja sus precios a niveles tan bajos que sus competidores no pueden competir con dichos precios y son desplazados del mercado. Una vez que la competencia se ha visto disminuida, el agente depredador realiza un alza en los precios a un nivel monopolístico² con el propósito de recuperar sus pérdidas.³

En principio los consumidores experimentan un beneficio económico al adquirir bienes o servicios a un menor precio, y conforme dure esta conducta, en mayor medi-

1. Jay Matthew Strader, “Post Danmark’s Recoupment Test”, *The Competition Law Review*, vol. 10, No. 2 (2014): 201, 211.

2. La teoría económica señala que un monopolio existe cuando un agente se constituye como el único vendedor de un producto o servicio, donde no hay sustitutos cercanos; un agente monopolístico tiene la capacidad de influir en los precios del mercado. Un oligopolio se presenta en un mercado con pocos agentes líderes, existiendo interacciones estratégicas que les permita llegar a un consenso sobre el precio y la producción sin alcanzar un acuerdo explícito. Ver Ronald Coase, “The social cost of Monopoly and Regulation”, *Journal of Political Economy*, vol. 83 (1975).

3. Alison Jones y Brenda Suftrin, *EU Competition Law* (London: Oxford Press, 2014), 401, 402.

da se verán favorecidos, pero el problema reside en que el costo a futuro y la restricción en el mercado resulten finalmente más perjudiciales.⁴

La predación de precios es una estrategia compuesta de dos fases: a) en la primera denominada *predación*, el agente realiza una disminución sistemática de precios hasta que sus competidores son desplazados del mercado; b) en la segunda denominada *recuperación*, el agente realiza un aumento exponencial de los precios por el monto y tiempo necesarios, para recuperar las pérdidas inicialmente sufridas, al establecer precios por debajo de sus costos de producción.⁵

La razón por la cual los precios predatorios resultan ilícitos reside en que excluyen a competidores que son igual de eficientes que el agente depredador; la estrategia de los agentes que cometen estos ilícitos es sacrificar las ganancias en el corto plazo con el propósito de obtener ganancias monopólicas en el largo plazo.

Esta conducta anticompetitiva representa una estrategia racional cuando el agente que la emplea tiene poder monopólico u oligopólico, y existen barreras de entrada elevadas.⁶ Este primer requisito considera que el agente depredador debe contar con la capacidad económica para afrontar las pérdidas, dado que cada venta que realice significará una pérdida, y por lo tanto mientras mayor sea la cuota que debe asumir mayor será su déficit.⁷

La exigencia de elevadas barreras de entrada,⁸ existe dado que si a los competidores no les resulta difícil salir del mercado, al momento que el agente predador efectúe una reducción sistemática de precios, su competencia saldrá del mercado y esperará que los precios aumenten para entrar de nuevo y competir por la cuota de mercado, esta estrategia se conoce como *hit and run* (golpea y huye). Otro aspecto que debe considerarse es que el aumento de precios implica mayores incentivos para que nuevos competidores intenten ingresar al mercado.⁹

La literatura empírica sobre precios predatorios revela ciertos patrones que destacan respecto de esta conducta: en primer lugar, la predación de precios puede resul-

4. Strader, "Post Danmark's Recoupment Test", 208.

5. Christopher Leslie, "Predatory Pricing and Recoupment", *Legal Studies Research Paper Series*, vol. 113, No. 7 (2014): 1697-8.

6. Herbert Hovenkamp, *Antitrust: Black Letter Outlines* (Iowa: Thomson Reuters, 2011), 160-3.

7. Sandeep Vaheesan, "Reconsidering Brooke Group: Predatory Pricing in Light of the Empirical Learning Predatory pricing and Recoupment", *Berkley Business Law Journal*, vol. 12 (2015): 21.

8. Por barreras de entrada entiéndase los factores dentro de un mercado que pueden hacer más costosa la entrada de nuevos agentes, en contraste con los agentes que ya se encuentran funcionando en dicho mercado. Jones y Sufrin, *EU Competition Law*, 86-7.

9. Richard Posner, *Antitrust Law* (Chicago: University of Chicago Press, 2001), 209-11; Hovenkamp, *Antitrust: Black Letter Outlines*, 166-7.

tar una estrategia viable que permita a los agentes monopolistas eliminar, debilitar o disciplinar a sus competidores, preservando así su poder de mercado;¹⁰ segundo, en la mayoría de casos los agentes predadores han sido grandes empresas que obtienen sus ingresos de múltiples mercados o segmentos de productos; tercero, emplean una sistemática reducción de precios a los segmentos en los que existe una competencia efectiva o amenaza potencial a su cuota de mercado; finalmente, como cuarto punto, incluso en mercados con bajas barreras de entrada si los potenciales competidores observan una amenaza creíble por parte del agente predador, este elemento puede servir como una barrera de entrada en sí mismo, al disuadir a las empresas de entrar en nuevos mercados.¹¹ El profesor Richard Posner menciona que la paradoja de la predación de precios como estrategia racional¹² es hacer creer a sus rivales que actúa de forma irracional.¹³

EL TEST AREEDA-TURNER Y LA DECISIÓN BROOKE GROUP

Resulta interesante observar que la predación de precios representa una conducta de difícil constatación;¹⁴ por esta razón, durante décadas, las autoridades de competencia estadounidenses han dudado de su existencia y de sus efectos nocivos para el mercado.

El inicio del siglo XX representa el comienzo de una etapa en la cual las Cortes estadounidenses consideraban los precios predatorios como una práctica común, el primer antecedente de predación es el famoso caso Standard Oil,¹⁵ donde la Corte Suprema determinó como culpable a la compañía petrolera de haber “cortado” sus precios en un área específica con la intención de eliminar a sus rivales, infringiendo la sección 2 de la Sherman Act,¹⁶ la principal ley *antitrust* de los Estados Unidos.

10. Vaheesan, “Reconsidering Brooke Group: Predatory Pricing in Light of the Empirical Learning Predatory pricing and Recoupment”, 109-10.

11. *Ibíd.*, 94.

12. El profesor Leslie señala que el comportamiento de los agentes que en principio parece irracional, en realidad maximiza las ganancias al ser parte de esquema anticompetitivo más grande. Christopher Leslie, “Rationality Analysis in Antitrust”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 158, No. 2 (2010): 273-5.

13. Posner, *Antitrust Law*, 212.

14. Vaheesan, “Reconsidering Brooke Group: Predatory Pricing in Light of the Empirical Learning Predatory pricing and Recoupment”, 96.

15. *Standard Oil of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, 31 S.Ct. 502 (1911).

16. “Section 2. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the seve-

Esta etapa culmina en la década de 1960, cuando el profesor de la Universidad de Chicago¹⁷ John McGee afirmó que los precios predatorios no resultan una estrategia viable, aseverando incluso que las empresas no utilizan esta práctica al no ser rentable.¹⁸ El legado de McGee fue originar un debate sobre la racionalidad de la predación de precios, siendo más eficiente y barato comprar a la competencia que vender a pérdida.¹⁹

En 1975 los profesores Areeda y Turner²⁰ publicaron un influyente artículo sobre un test costo-precio, orientado a probar la existencia de los precios predatorios. En su estudio analizaron los dos tipos de costos en que incurren los agentes económicos: los costos fijos (CF) que son los costos que un agente incurre así no produzca nada, y no varían aun cuando aumente o disminuya la cantidad producida; y los costos variables (CV) que son los costos que varían cuando se altera la cantidad producida.²¹ Para obtener el costo total (CT) de un agente se suma los dos tipos de costos, conforme la siguiente fórmula: $CT=CF+CV$.

Sin embargo, los profesores Areeda y Turner observaron que medir de forma precisa estos dos tipos de costos resulta difícil para las agencias y tribunales de competencia, proponiendo sustituirlos por sus promedios: a) el costo total promedio (Average Total Cost, ATC por sus siglas en inglés) se obtiene de dividir el costo total por la cantidad producida por el agente; y b) el costo variable promedio (Average Variable Cost, AVC por sus siglas en inglés) es el costo variable dividido por la cantidad producida por el agente.²² Las conclusiones del estudio de Areeda y Turner fueron las siguientes:

1. Un precio por encima del ATC no representa un caso de predación y por consiguiente es legal;
2. Un precio por encima del AVC se presume como no predatorio.

ral States, or with foreign nations (...)" Sherman Antitrust Law, Sherman Act, July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C.

17. La Escuela de Chicago es una de las más prestigiosas escuelas de pensamiento del Derecho de la Competencia estadounidense (*Antitrust*), sus principales exponentes son Robert Bork y Richard Posner, y su pensamiento se encuentra orientado a que las autoridades estatales deben limitar su intervención en el mercado a lo justamente indispensable, entendiendo que cualquier exceso resultará contraproducente para los propios consumidores. Richard Posner, "The Chicago School of Antitrust Analysis", *University of Pennsylvania Law Review*, No. 127 (1978): 925.

18. Ejemplos sobre la ineficiencia económica de los precios predatorios. Ver Gregory Mankiw, *Principios de Economía* (Madrid: MacGraw-Hill, 2003), 247-9.

19. John McGee, "Predatory Pricing Revisited", *Journal of Law & Economics*, No. 23 (1980): 295-7.

20. Phillip Areeda y Donald F. Turner, "Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act", *Harvard Law Review*, No. 88 (1975): 697-9.

21. Mankiw, *Principios de Economía*, 192-5.

22. En el presente artículo se utilizará su acrónimo en inglés por ser el más difundido en la doctrina.

3. Un precio debajo del AVC se presume que es predatorio, en razón de que cada venta representa una pérdida económica para el agente al no cubrir sus costos de producción.

El test Areeda y Turner tiene una importancia tan grande que hasta la actualidad es uno de los mecanismos más usados por las autoridades de competencia para probar casos de predación.

Uno de los casos más relevantes en Estados Unidos, decidido por la Corte Suprema es *Matsushita*.²³ En este proceso los demandantes alegaron que varias empresas (japonesas) que se identificaban como competidores independientes habían entrado en una conspiración para fijar precios predatorios en el mercado de radios y televisores, mientras que cobraban precios supracompetitivos en otro. Los cargos se realizaron bajo la sección 2 de la Sherman Act, alegando una conspiración para restringir el comercio y un intento colectivo de monopolizar el mercado. La Corte Suprema declaró que los precios predatorios son una estrategia poco probable, llegando a afirmar que “existe un consenso entre los comentaristas que los sistemas de fijación de precios predatorios rara vez son implementados, y aún más raro resulta que tengan éxito”.

La influencia del caso *Matsushita* se hizo notar de inmediato. En el caso *Rose Acre*²⁴ el juez Frank H. Easterbrook que decidió el caso, afirmó que a partir del caso *Matsushita* la Corte Suprema adoptó un requisito de recuperación (*recoupment*) de las pérdidas económicas en todos los casos de precios predatorios. El juez Easterbrook en *Rose Acre* señala: “la inversión debe ser recuperada. Si un precio monopolístico es imposible después, entonces la estrategia no es rentable y podemos inferir que el bajo precio ahora no es predatorio”.²⁵

En 1993 la Corte Suprema decidió el caso *Brooke Group*,²⁶ donde se juzgó la guerra de precios de cigarrillos entre las compañías Liggett y Brown & Williamson (B&W), alegando el demandante una supuesta violación de la sección 2 de la Sherman Act, y la sección 2 de la Robinson Patman Act.²⁷ El conflicto comenzó cuando

23. *Matsushita Electric Industry Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 589 (1986).

24. *A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F.2d 1396, 1401, 7th Cir. (1989).

25. *Rose Acre*, 881 F.2d at 1401.

26. *Liggett Group, Inc. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 964 F.2d 335, 342 (4th Cir. 1992), *aff'd* sub nom. *Brooke Group*, 509 U.S. 209.

27. Bajo la Robinson Patman Act, resulta ilegal la venta de un mismo producto a diferentes precios, orientado a crear o fortalecer un oligopolio: “Section 2. (a) It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold for use, consumption, or resale within the United States [...] and where the effect of such discrimination

Liggett detectó que su cuota de mercado de tabaco empezaba a declinar, por lo que decidió fabricar y comercializar un segmento de cigarrillos genéricos de bajo precio, esta acción implicó que los cigarrillos de marcas reconocidas limiten su capacidad para subir los precios; en respuesta a esta acción B&W imitó la estrategia y comenzó a elaborar cigarrillos genéricos y subvalorizar el precio de Liggett en ese mercado.

En su análisis la Corte Suprema decidió que B&W no participó en la fijación de precios predatorios al tener que comprobar la existencia de predación mediante dos elementos: a) el precio de los productos se encuentre a un nivel por debajo de una medida apropiada del costo, y b) tengan una probabilidad “peligrosa” de recuperar las pérdidas iniciales a través de su poder de mercado mejorado.

En este caso, la Corte Suprema otorgó una gran relevancia a la prueba del *re-coupment*, estableciéndola como prueba central para la existencia de predación. La decisión *Brooke Group* representa el caso de predación más relevante de los tiempos modernos, al establecer el criterio de evaluación de la Corte Suprema para las siguientes décadas.²⁸

LA INFLUENCIA DEL CASO AKZO EN EL MERCADO COMÚN EUROPEO

La jurisprudencia de la Unión Europea se ha distanciado en cierta medida de la estadounidense en lo que se refiere a los requisitos para demostrar la predación de precios, sin embargo, muchos de los casos europeos reformulan las reglas establecidas en el test Areeda-Turner conforme las características de cada mercado.²⁹

Para el Derecho de la competencia en la Unión Europea, el proceso AKZO³⁰ representa el caso de predación de precios más relevante de las últimas décadas. Los hechos se refieren a que Engineering and Chemical Supplies Ltd (ECS) era una pequeña compañía radicada en el Reino Unido y dedicada a la producción de peróxido benzoico, componente utilizado para la fabricación de plásticos y como aditivo de harina; su

may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them...”. Robinson-Patman Act, codificación 15 U.S.C. §§ 13, 13a, 13b, and 21a (1997).

28. El proceso *Weyerhaeuser Company v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Company*, 549 U.S. 312 (2007), es el más reciente caso donde la Corte Suprema confirman los parámetros de predación del caso *Brooke Group*, tanto para la adquisición como para la venta.
29. Joseph Brodley y George Hay, “Predatory Pricing: Competing Economic Theories and the Evolution of Legal Standards”, *Cornell Law Review*, vol. 66, No. 4 (1981): 738.
30. STJUE, *AKZO Chemie BV v. Commission*, C-62/86, 1991.

rival AKZO Chemie BV (AKZO) era una compañía multinacional de químicos, que producía igualmente peróxido benzoico para el mercado de plásticos. Cuando ECS quiso entrar en el mercado europeo de peróxidos orgánicos para la industria plástica, AKZO amenazó con bajar los precios de los aditivos de la harina en el mercado del Reino Unido; al no dar resultado su amenaza, distribuyó posteriormente peróxido benzoico a bajo precio, realizando grandes descuentos al principal comprador de ECS.

La Comisión Europea determinó que AKZO era un agente dominante³¹ en el mercado de peróxidos orgánicos, y que, al tener una posición de dominio y perseguir una estrategia de eliminación de su competidor, infringió el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³² (TFUE).

Si bien el caso AKZO se fundamentó en un análisis costo y precio, difiere significativamente del test Areeda-Turner, ya que no solo analiza los precios del mercado sino la conducta de los agentes al establecer dichos precios. El test de AKZO se resume de la siguiente forma:

- a) Precios inferiores al AVC se presumirán como predatorios.
- b) Precios por encima del AVC pero por debajo del ATC (denominada zona gris) no se presumirán predatorios salvo que se pruebe que formaban parte de un plan para eliminar a sus competidores.³³

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) determinó que los precios por debajo del AVC son predatorios y que existió un abuso de posición dominante, ya que cada venta representa una pérdida, cuyo objetivo real es desplazar a la competencia del mercado para consecuentemente alzar los precios.³⁴

Respecto de los precios que se encuentran en la zona gris (ATC), bajo el esquema Areeda-Turner, estos precios no serían considerados predatorios; sin embargo, el test AKZO establece que si forman parte de un plan para eliminar a la competencia, deben

31. El caso *United Brands* definió la posición dominante en los siguientes términos: “Una posición de fortaleza económica mantenida por una empresa, que le proporciona el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportarse en buena medida con independencia de su competencia, clientes y, en último extremo, de los consumidores”. STJUE, *United Brands Company y United Brands Continentaal BV c. Comisión*, C 27/7614, 1978.

32. “Art. 102. Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo”. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO C 83/47 de 9.5.2008.

33. Jones y Sufrin, *EU Competition Law*, 403, 404.

34. Ariel Ezrachi, *EU Competition Law-An Analytical Guide to the Leading Cases* (Portland: Hart, 2014), 205.

ser igualmente sancionados. A pesar de lo relevante del fallo, el TJUE en ningún punto se refirió a la exigencia o no de la recuperación.

El caso AKZO será confirmado nuevamente por el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), y posteriormente en apelación por el TJUE en el caso Tetra Pak II,³⁵ al decidir que la transnacional especializada en la fabricación de envases de cartón aplicó precios por debajo del AVC a sus competidores en el mercado italiano desde 1976 hasta 1981, infringiendo el artículo 102 del TFUE; siguiendo el criterio establecido en AKZO, cada venta realizada por Tetra Pak es una pérdida y solo puede ser entendida como una política deliberada para eliminar la competencia.³⁶

El TGUE consideró que el requisito de recuperación no sería necesario para probar la existencia de precios predatorios; sin embargo, al mencionar que las circunstancias especiales del caso no requerían la demostración de tal requisito, no eliminó por completo esta prueba.³⁷

En 2007 la empresa Wanadoo Interactive,³⁸ subsidiaria de France Telecom, fue sancionada por la Comisión Europea considerando el art. 102 del TFUE, por utilizar su posición dominante en el mercado de las líneas digitales de banda ancha, al cargar precios predatorios al público por sus paquetes de servicios de internet. La importancia de este caso radica en que sentenció un caso de predación en un mercado New Economy,³⁹ llamado también mercado tecnológico, en el cual existen ciertas particularidades que no están presentes en otros mercados, dificultando en mayor medida el análisis sobre la existencia de este acto anticompetitivo.

La Comisión declaró que el método de cálculo establecido en los casos AKZO y Tetra Pak II no se debían aplicar, al considerar únicamente ciertos costos que aparecen en las cuentas de la empresa, implicando que aparecerían bajos márgenes de recuperación, por lo que la Comisión decidió considerar las “características especiales de la industria”, optando por medir los costos para adquirir clientes en un período de cuarenta y ocho meses (48) y los ingresos por suscripción.⁴⁰

El TGUE finalmente decidió que “no es necesario establecer una prueba adicional que (Wanadoo) tuvo una oportunidad real de recuperar (*recoupment*) sus pérdidas”.

35. STJUE, *Tetra Pak International SA vs. Commission*, C-333/94P, 1996.

36. Richard Wish y David Bailey, *Competition Law* (Oxford: Oxford Press, 2012), 733-4.

37. Ezrachi, *EU Competition Law-An Analytical Guide to the Leading Cases*, 205.

38. STJUE, *France Télécom SA v. Commission*, C-T-340/03, 2007.

39. Los mercados denominados New Economy se caracterizan por un rápido factor de innovación y cambio tecnológico, necesidad de productos complementarios como plataformas o hardware; y, un alto nivel de complejidad tecnológica. Jones y Sufirin, *EU Competition Law*, 54-5.

40. Ezrachi, *EU Competition Law-An Analytical Guide to the Leading Cases*, 208.

Se observa así que los tribunales europeos en múltiples fallos⁴¹ han determinado que el requisito de la recuperación no es un elemento indispensable para probar la predación de precios.⁴²

LA EXISTENCIA DE LOS PRECIOS PREDATORIOS: TEORÍAS, PROBLEMAS Y ESTRATEGIAS

Desde su génesis, los precios predatorios han representado un dilema en cuanto a su existencia y los mecanismos correctos para evaluarlos. En esta segunda parte analizaremos las pruebas más relevantes que las agencias de competencia y tribunales de justicia a nivel internacional generalmente utilizan, determinando sus beneficios e inconvenientes, permitiéndonos establecer cuál es el mejor estándar para comprobarlos.

EL TEST DE PRECIOS

Una de las pruebas centrales para la mayoría de organismos de competencia a nivel internacional es el test de precios, mediante el cual se evalúan los costos en que incurren los agentes al otorgar un producto o servicio. La gran aceptación que el test de precios ha tenido a nivel mundial no ha limitado la serie de cuestionamientos que han surgido desde su aplicación.

a) Distinción entre costos variables y fijos

Al momento de aplicar un test de precios, uno de los inconvenientes a considerar es la distinción sobre cuáles precios deben ser catalogados como fijos y cuáles como variables. Dado que esta clasificación depende en gran medida de la industria y el tiempo de la infracción, resulta difícil determinar qué costos corresponden a cada categoría.

41. El caso más reciente es *Post Danmark*, en el cual se reformularon los criterios del caso *AKZO*, señalando que los precios por debajo del ATC pero por encima del Average Incremental Cost (promedio que se obtiene de sumar todos los costes variables y fijos) pueden resultar abusivos si excluyen o pueden excluir a los competidores y no cuentan con una justificación objetiva. STJUE, *Post Danmark A/S v. Konkurrenceradet*, C-2009/10, 2012. Se recomienda revisar el caso: STJUE, *France Telecom SA v. Commission*, C-202/07 P, 2009.

42. Juan Signes de Mesa, Isabel Fernández y Mónica Fuentes, *Derecho de la Competencia* (Navarra: Thomson Reuters / Civitas, 2013), 109.

Los profesores Areeda y Turner consideraron oportunamente este problema y su solución fue formular un *laundry list* o listado de precios, catalogando ciertos precios siempre como fijos, por ejemplo, la depreciación, impuestos o intereses de deudas obtenidas, sin importar el mercado o el tiempo.

El test de precios se enfrenta con ciertos problemas en casos donde existen mercados *new economy*, al contar con costos fijos elevados, pero costos variables significativamente bajos. Un claro ejemplo es el sector informático, donde el desarrollo de un software puede costar millones de dólares, pero, una vez terminado, el reproducirlo a escala masiva tiene un bajo costo; el estándar del caso AKZO no resulta apropiado para los mercados *new economy*, siendo preferible aplicar un test LRIC.⁴³ Esta serie de particularidades no se tienen en consideración si se aplica de forma pura un test de precios.

Pese a tratarse de un test objetivo y que facilita en gran medida el análisis sobre la ilicitud de la conducta, el no considerar las características de cada mercado puede crear efectos contrarios en lo que respecta a su correcto funcionamiento.

b) Intención del agente para distinguir precios

El test de precios no analiza la conducta de los agentes, a pesar de que pueda presentar una justificación objetiva⁴⁴ que la absuelva de los cargos. Algunas Cortes estadounidenses han discrepado respecto de la aproximación que Areeda y Turner tomaron en su test. En el caso Inglis⁴⁵ la Corte del Noveno Circuito de California declaró que un precio por debajo del AVC se presume predatorio salvo que el demandado no pueda desestimar la presunción probando que los bajos precios tienen un propósito o justificación “no-predatoria”.

La eficiencia económica también debe considerarse por los tribunales. Un agente puede vender a pérdida por renovar mercadería o actuar en un “*two sided market*”,⁴⁶ dado que al agente le resulta mejor vender por un período de tiempo a pérdida y ge-

43. Long Run Average Incremental Cost (LRIC) es el promedio de todos los precios variables y fijos que una compañía incurre al producir un producto; el término “Long Run” implica que a todos los insumos se los consideran como costos variables. Wish y Bailey, *Competition Law*, 736.

44. María Pilar Bello Martín Crespo y Francisco Hernández Rodríguez, coord., *Derecho de la libre competencia comunitario y español* (Madrid: Civitas, 2009), 133.

45. *Williams Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Inc.*, 668 F.2d 1014 (9th Cir. 1981).

46. En este escenario un agente puede aumentar el precio de un bien o servicio en el mercado A y bajar sus precios en el mercado B donde no contempla una competencia elevada como el primero, permitiéndole sobrevivir en ambos mercados. Wish y Bailey, *Competition Law*, 737.

nerar una ganancia, que no obtener ningún rédito económico e incluso aumentar su pérdida. Así, resulta importante evaluar los verdaderos incentivos de los agentes para realizar o no la predación.

c) Historial de precios

Esta prueba se refiere a un análisis histórico de los niveles de precios que un agente ha implementado durante un período de tiempo y en un mercado específico, su importancia radica en permitir evaluar cuál ha sido la conducta del agente y si han existido cambios significativos en un período específico, permitiendo determinar desde que momento un agente ha cometido un acto anticompetitivo.

Resulta relevante el caso *American Airlines*⁴⁷ (AA) y sus acciones tendientes a proteger la ruta Dallas-Fort Worth.⁴⁸ En 1994 la compañía Vanguard Airlines entró a competir por esta ruta ofreciendo una serie de tarifas reducidas para sus nuevos clientes. La compañía AA respondió con un aumento del número de asientos y reduciendo aún más las tarifas ofertadas por Vanguard. Meses posteriores a la guerra de precios por el control de la ruta y una serie de pérdidas económicas, Vanguard comprendió sus pocas posibilidades de ganar y se retiró de dichas rutas. Una vez que su rival abandono el mercado, AA procedió a reducir la capacidad de los asientos ofertados en esa ruta y elevó sus tarifas exponencialmente.⁴⁹

El problema que deriva de los test de precios resulta en que su análisis se centra en pocos meses antes de la existencia de la conducta anticompetitiva imputada, y no se observa al mediano y largo plazo los efectos del mercado, como sí lo hace el historial de precios, representando esta última prueba una herramienta esencial y complementaria del test de precios, al revelar con mayor claridad la verdadera conducta que el agente predatorio ha tenido en el mercado de forma macro.

47. *United States of America v. AMR Corporation, American Airlines, Inc., and American Eagle Holding Corporation*. 140 F. Supp. 2d 1141 (2001).

48. Para una mayor explicación sobre la industria aeronáutica, ver Ashutosh Dixit, Gregory Gundlach, Naresh Malhotra y Fred Allvine, "Aggressive and Predatory Pricing: Insights and Empirical Examination in the Airline Industry", *Journal of Public Policy & Marketing*, vol. 25, No. 2 (2006): 172-81.

49. *Ibid.*, 175.

d) ¿Los test de precios merecen ser aplicados?

Pese a la serie de críticas que el test de precios puede suscitar, su aplicación garantiza un elemento fundamental, y es que el examen de precios y costos protege a los agentes que operan de forma competitiva al permitirles bajar los precios hasta niveles considerados competitivos, incentivando a sus competidores a mejorar sus procesos de producción o prestación de servicios.⁵⁰ Es necesario mantener esta prueba, pero a su vez observar que no puede ser aplicada de forma exclusiva al requerir otros elementos probatorios que corroboren la existencia de esta conducta anticompetitiva.

LA EXIGENCIA DE LA RECUPERACIÓN Y SU EFICIENCIA

La recuperación es una de las pruebas de predación de precios más controvertidas a nivel mundial. Durante décadas defensores y detractores han argumentado sobre su idoneidad sin llegar a un acuerdo sobre sus efectos,⁵¹ siendo pertinente evaluar su eficacia como herramienta de análisis.

a) La recuperación como prueba central

Como hemos señalado anteriormente, esta conducta anticompetitiva presenta dos etapas: en la primera los consumidores experimentan el beneficio de la reducción sistemática de precios; y, en la segunda, donde ocurre la recuperación, su bienestar se ve reducido por un súbito e injustificado aumento de precios; al analizar este escenario es entendible que solo se quiera sancionar la segunda etapa, al ser donde se genera un daño al mercado y a los consumidores.

La racionalidad y la justificación de esta prueba han sido analizadas por la doctrina y varios tribunales a nivel mundial;⁵² los criterios más relevantes son los siguientes: a)

50. Vaheesan, “Reconsidering Brooke Group: Predatory Pricing in Light of the Empirical Learning Predatory pricing and Recoupment”, 99.

51. Patrick Bolton, Joseph Brodley y Michael Riordan, “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy”, *Georgetown Law Review*, No. 89 (2001): 35-40; Leslie, “Predatory Pricing and Recoupment”, 1714-35.

52. Phillip Areeda y Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* (New York: Aspen Publishers, 2008), 57-60.

es un método que minimiza el riesgo de falsos positivos;⁵³ b) los precios predatorios no causan ningún daño anticompetitivo en ausencia de la recuperación; y c) evita a los jueces analizar la intención de los agentes y los precios por debajo de los costos.⁵⁴

Sobre el primer razonamiento podemos señalar que uno de los errores más significativos para las autoridades de competencia es sancionar casos de falsos positivos, al causar justamente el efecto indeseado: reducir la eficiencia dinámica (innovación de productos y servicios), posibilitar el aumento de la cuota de agentes oligopólicos y desincentivar la entrada de nuevos competidores; la recuperación eliminaría en gran parte esta incertidumbre al solo sancionar casos donde se demuestre con claridad un súbito aumento de precios.

El segundo razonamiento tuvo su génesis en el caso *Rose Acre*,⁵⁵ donde el juez Easterbrook determinó que la prueba de la recuperación es la única forma en que la predación de precios puede causar daño al mercado, y cualquier investigación sobre la intención de predación es superflua e irrelevante si la recuperación es improbable;⁵⁶ si el agente depredador nunca recupera sus pérdidas, esto no representa una táctica rentable, y al no perjudicar ni al mercado ni a los consumidores no merece ser sancionada.

Como tercer punto, observamos que desde el caso *Rose Acre*, el juez Easterbrook justificó el requisito de la recuperación como una forma de evitar el evaluar la intención anticompetitiva de los agentes, y sobre todo el examinar si un precio se encuentra por debajo del umbral de costos,⁵⁷ reduciendo los costos de gestión y el tiempo de investigación que emplearía la administración de justicia.

Todos estos argumentos a favor de la recuperación se han orientado a establecer este requisito como esencial, desplazando el resto de pruebas de forma total, ya que si el demandante no puede demostrar que existe una probabilidad razonable de que el agente depredador recuperará sus pérdidas, es innecesario probar otros elementos.⁵⁸

53. Un falso positivo se origina cuando un agente es declarado responsable de cobrar precios monopólicos luego de eliminar a sus competidores, cuando en realidad el agente cobraba un precio superior al coste, implicando que una empresa eficiente es penalizada por una conducta beneficiosa.

54. Leslie, "Predatory Pricing and Recoupment", 1706; Areeda y Turner, *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, 698.

55. *Rose Acre*, 881 F.2d at 1401.

56. Leslie, "Predatory Pricing and Recoupment", 1712.

57. Aaron Edlin y Joseph Farrell, "The American Airlines Case: A Chance to Clarify Predation Policy", *The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy*, vol. 4 (2004): 502-18.

58. Leslie, "Predatory Pricing and Recoupment", 1710-5; Vaheesan, "Reconsidering Brooke Group: Predatory Pricing in Light of the Empirical Learning Predatory pricing and Recoupment", 97-9.

b) Los problemas originados por la recuperación

Las Cortes estadounidenses han posicionado la recuperación como el elemento central de todo caso de predación, y su comprobación representa el umbral entre una conducta permitida y una anticompetitiva; desde su resolución, el caso Brooke Group ha tenido un impacto notable, ya que a partir de 1993 ningún caso de predación ha sido llevado de forma exitosa por los demandantes en las Cortes federales,⁵⁹ creando según algunos autores, una serie de requisitos que hacen virtualmente imposible probar la predación de precios.⁶⁰

La preeminencia que las Cortes estadounidenses han otorgado a esta prueba implicaría que un demandante puede probar que el demandado ha incurrido en precios por debajo del AVC y que existe una intención predatoria, sin embargo, al no comprobarse la recuperación, las cortes se inclinarían a juzgar que no existe una infracción anticompetitiva.

Para Temple Lang y O'Donoghue existe una serie de perjuicios que afecta tanto al mercado como a los consumidores causados por actos de predación, y en donde no ha ocurrido la recuperación:

una empresa dominante puede tener efectos anticompetitivos incluso si la empresa dominante no recupera o no puede recuperar sus pérdidas. La forma más eficaz de fijar precios predatorios es aquella en la que una empresa desalienta la entrada al mercado o causa su salida, señalando a los competidores reales o potenciales que sus ganancias en el mercado en cuestión serán bajas mientras la empresa dominante sea líder de precios...⁶¹

En materia probatoria, resulta difícil demostrar cuándo una compañía adoptará de forma exitosa una estrategia de recuperación de las pérdidas, ya que dicho test requiere que los demandantes demuestren el súbito aumento de los precios, el tiempo de duración, la no entrada de potenciales rivales y la elasticidad que tiene el producto o

59. Bolton, Brodley y Riordan, *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, 14-6; Ari Lehman, "Eliminating the Below Cost Pricing Requirement from Predatory Pricing Claims", *Cardozo Law Review*, No. 23 (2005): 343-4.

60. Strader, "Post Danmark's Recoupment Test", 205-7; Vaheesan, "Reconsidering Brooke Group: Predatory Pricing in Light of the Empirical Learning Predatory pricing and Recoupment", 82.

61. John Temple Lang y Robert O'Donoghue, "Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC", *Fordham International Law Journal*, vol. 26, No. 2 (2002): 144-5.

servicio que permita un alza en los precios sin reducir de forma significativa la curva de demanda.⁶²

Los profesores Temple Lang y O'Donoghue igualmente argumentan sobre la dificultad de probar la ocurrencia de la recuperación, puesto que al ser un test que evalúa la posibilidad futura de que los precios aumenten, hace inviable⁶³ su constatación por el resto de agentes del mercado: “es a menudo difícil de probar lo que la empresa dominante podría hacer con éxito en el futuro”.⁶⁴ Para solucionar esta problemática, ambos autores proponen que el demandado tendría una carga de la prueba negativa, al tener que demostrar que no podría recuperar sus pérdidas incluso si lo intentara, facilitando todas las pruebas materiales que demuestren esta aseveración.

Todos estos hechos nos permiten señalar que la jurisprudencia de la Unión Europea se diferencia en gran medida de la estadounidense, al no requerir aquella la prueba de recuperación como elemento central en los casos de predación; desde el caso AKZO el TJUE se ha distanciado significativamente de los fallos Rose Acre y Brooke Group, al declarar que dicha prueba no es una condición necesaria para que ocurra la predación, dado que al comprobarse la existencia de precios por debajo de los AVC se demuestra que competidores igualmente eficientes son eliminados.⁶⁵

c) Replanteando el requisito del recoupment

El estándar que las Cortes estadounidenses mantienen desde el caso Brooke Group nos parece equivocado, al reducir de forma exponencial los casos de predación exitosos para los demandantes. Es necesario replantear esta prueba y poder comprobarse un esquema predatorio a través de la estructura del mercado, las barreras de entrada y la eliminación sistemática de competidores, entre otros elementos.⁶⁶

Eliminar de forma total una prueba tan importante, y que en varios casos es perfectamente aplicable, también nos parece desacertado, dado que, si un agente puede

62. Vaheesan, “Reconsidering Brooke Group: Predatory Pricing in Light of the Empirical Learning Predatory pricing and Recoupment”, 25.

63. Para Vaheesan, la prueba de recuperación es ineficiente: “(...) críticamente, el impracticable requerimiento administrativo de la recuperación sería eliminado”; Vaheesan, “Reconsidering Brooke Group: Predatory Pricing in Light of the Empirical Learning Predatory pricing and Recoupment”, 20.

64. Temple Lang y O'Donoghue, “Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC”, 145.

65. Ezrachi, *EU Competition Law An Analytical Guide to the Leading Cases*, 205-9.

66. Bolton, Brodley y Riordan, “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy”, 39.

comprobar este elemento, demostrará en gran medida la existencia de predación. La solución ecléctica sería que las partes inmersas en un caso de predación cuenten con la posibilidad de probar o no la recuperación, y que los tribunales no exijan esta prueba como esencial.

PRINCIPIO DE SACRIFICIO DEL AGENTE DE PREDADOR

El sacrificio del agente depredador se entiende como la posibilidad de fijar precios por debajo de los AVC, y tener la facultad de asumir las pérdidas económicas por todo el período que dure la predación.⁶⁷

Solo el agente que cuente con una cuota relevante del mercado puede realizar la predación, al ser el único económicamente capaz de asumir un mayor porcentaje de dicho mercado.⁶⁸ Si partimos de la premisa de que cada venta representa una pérdida, para el agente predador, resulta necesario contar con la suficiente capacidad económica para asumir dicho déficit hasta eliminar a sus competidores, el profesor Herbert Hovenkamp opina:

La predación de precios es tan costosa que no es factible en un mercado competitivo compuesto de varios agentes, relativamente pequeños, a menos que actúen de manera concertada. Como regla general, los precios predatorios son una estrategia realista solo para una empresa que ya es dominante en el mercado y que tiene una elevada cuota de mercado, quizás superior al 70% en adelante...⁶⁹

No podemos determinar una cuota exacta con la cual un agente cuenta con poder monopolístico,⁷⁰ esto depende de la estructura del mercado y hasta la legislación donde se analice el caso. Por su parte, la Corte Suprema, en el caso *Cargill*,⁷¹ mencionó que una cuota del 21% del mercado es tan baja que la predación no es factible.

67. Jones y Sufrin, *EU Competition Law*, 417-8.

68. Posner, *Antitrust*, 209-10.

69. Hovenkamp, *Antitrust: Black Letter Outlines*, 167.

70. En los Estados Unidos la cuota de mercado que configure un poder monopolístico es un tema discutido hasta la actualidad. Algunas cortes fijan márgenes de 50, 67 o 70%, por lo que resulta difícil establecer un margen para todos los mercados. Posner, *Antitrust Law*, 195. En la Unión Europea, el TJUE ha establecido que “cuotas muy elevadas constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante”. STJUE, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión*, 13 de febrero de 1979.

71. *Cargill v. Monfort of Colo.*, 479 U.S. 104, 119n, 15, 105 S.Ct. 484, 494 n. 15, 1986.

Sin importar la cuota exacta que debe evaluarse, lo principal que estos autores enfatizan es que los agentes infractores tengan la posibilidad económica de afrontar una guerra de precios por el tiempo necesario para eliminar a sus competidores.

BARRERAS DE ENTRADA

La exigencia de las barreras de entrada ha sido especialmente cuestionada por el juez Robert Bork, quien argumenta que al momento que un agente predador alcance beneficios monopólicos nuevas empresas desearán entrar al mercado,⁷² compitiendo por su cuota del mercado y reduciendo su tiempo de beneficios monopólicos.

En el mismo sentido, una parte de la doctrina ha reconocido que para el agente predador es más fácil y económicamente rentable impedir que nuevos competidores entren al mercado que tratar de eliminarlos una vez posicionados, especialmente cuando los competidores están al tanto de la estrategia predatoria y persisten en mantenerse en el mercado.⁷³

Actualmente se cuestiona la visión predominante de que la predación no puede existir frente a la ausencia de barreras de entrada elevadas, dado que la predación en sí misma puede servir como una barrera de entrada, por ejemplo, diversas empresas pueden abstenerse de entrar en un mercado donde saben que su principal competidor es una agente monopolista que realiza actos de predación, siempre que su cuota se encuentre amenazada; mediante esta táctica el agente predador disciplina a sus posibles competidores con un claro aviso de “No entrar”. La ausencia de competidores influye directamente en la oferta y productos que los consumidores pueden obtener, así como la eficiencia dinámica del mercado, tipos de daños que muchas veces no son evaluados por las agencias y tribunales de competencia, y resultan en gran medida en una afectación a los consumidores.

CONCLUSIONES

La predación de precios es una de las conductas más controvertidas del Derecho de la competencia a nivel global, su importancia radica en que permite fortalecer el poder

72. Robert Bork, *The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself* (New York: The Free Press, 1993), 148-55.

73. Wish y Bailey, *Competition Law*, 730.

de mercado de un agente económico, en perjuicio de los consumidores, al eliminar sistemáticamente a los agentes que son igual de eficientes que el agente depredador.

Actualmente se conoce que esta conducta anticompetitiva es más común de lo que planteaba la Escuela de Chicago, pero solo puede ocurrir bajo una serie de condiciones especiales tanto del mercado como del agente que la realiza, considerando que el agente predador debe contar con poder monopolístico u oligopólico, y tener la capacidad económica para asumir las pérdidas ocurridas en la primera etapa de la predación. La conducta que desempeña el agente predador constituye en sí mismo una barrera de entrada que impide la eficiencia dinámica y disminuye la oferta a los consumidores. Por lo que una barrera de entrada elevada no puede ser considerada siempre como condición para su existencia, sino que depende, en gran medida, de cada mercado.

Los casos paradigmáticos tanto de *antitrust* como de la Unión Europea permiten concluir que la predación de precios es un fenómeno multifacético que difícilmente se puede identificar con un solo factor como el aumento de precios para fijar su ilicitud;⁷⁴ el establecimiento de la recuperación por parte de las Cortes estadounidenses como elemento central de los casos de predación ha resultado en la reducción exponencial de casos exitosos para los demandantes.

Al analizar la serie de pruebas que las agencias y tribunales internacionales de competencia utilizan, observamos que no existe un estándar único e indiscutible para comprobar la existencia de los precios predatorios, dado que aplicar una sola prueba como central puede derivar en ineficiencias que limiten su aplicación y causen perjuicio tanto al mercado como a los consumidores. Por tal motivo, se debe aplicar un estándar flexible y abierto que considere un cúmulo de pruebas.

BIBLIOGRAFÍA

- Areeda Phillip, Turner Donald. “Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act”. *Harvard Law Review*, No. 88 (1975).
- Areeda Phillip, y Herbert Hovenkamp. *Antitrust Law: an Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, t. 3. New York: Aspen Publishers, 2008.
- Bello Martín, Crespo María Pilar, y Francisco Hernández Rodríguez, coord. *Derecho de la libre competencia comunitario y español*. Madrid: Civitas, 2009.
- Bolton Patrick, Joseph Brodley, y Michael Riordan. “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy”. *Georgetown Law Review*, No. 89 (2001).

74. Bolton, Brodley y Riordan, “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy”, 14-6.

- Bork, Robert. *The Antitrust Paradox, a Policy at War with Itself*. New York: The Free Press, 1993.
- Dixit Ashutosh, Gundlach Gregory, Malhotra Naresh & Allvine Fred. “Aggressive and Predatory Pricing: Insights and Empirical Examination in the Airline Industry”. *Journal of Public Policy & Marketing*, vol. 25, No. 2 (2006).
- Ezrachi, Ariel. *EU Competition Law An Analytical Guide to the Leading Cases*, 2a. ed. Portland: Hart, 2014.
- Hovenkamp, Herbert. *Antitrust: Black Letter Outlines*. Iowa: West Publishing, 2011.
- Jones Alison, y Brenda Suftrin. *EU Competition Law*, 5a. ed. London: Oxford Press, 2014.
- Lehman, Ari. “Eliminating the Below Cost Pricing Requirement from Predatory Pricing Claims”. *Cardozo Law Review*, No. 23 (2005).
- Leslie, Christopher. “Predatory Pricing and Recoupment”. *Legal Studies Research Paper Series*, vol. 113, No. 7 (2014).
- . “Rationality Analysis in Antitrust”. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 158, No. 2 (2010).
- Mankiw, Gregory. *Principios de Economía*, 4a. ed. Madrid: MacGraw-Hill, 2003.
- Posner, Richard. “The Chicago School of Antitrust Analysis”. *University of Pennsylvania Law Review*, No. 925 (1978).
- . *Antitrust Law*, 2a. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2001.
- Signes de Mesa, Juan, Isabel Fernández y Mónica Fuentes. *Derecho de la Competencia*. Navarra: Thomson Reuters / Civitas, 2013.
- Strader Jay, Matthew. “Post Danmark’s Recoupment Test”. *The Competition Law Review*, vol. 10, No. 2 (2014).
- Temple Lang, John, y Robert O’Donoghue. “Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC”. *Fordham International Law Journal*, vol. 26, No. 2 (2002).
- Vaheesan, Sandeep. “Reconsidering Brooke Group: Predatory Pricing in Light of the Empirical Learning Predatory pricing and Recoupment”. *Berkley Business Law Journal*, vol. 12 (2015).
- Wish, Richard, y David Bailey. *Competition Law*. Oxford: Oxford Press, 2012.

JURISPRUDENCIA

- Standard Oil of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1, 31 S.Ct. 502 (1911).
- Williams Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Inc, 668 F.2d 1014 (9th Cir. 1981).
- Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp, 475 U.S. 574 (1986).
- Cargill v. Monfort of Colo., 479 U.S. 104, 119n, 15, 105 S.Ct. 484, 494 n. 15 (1986).

A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc. (Rose Acre), 881 F.2d at 1401 (1989).
Liggett Group., Inc. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 964 F.2d 335, 342 (4th Cir. 1992),
aff'd sub nom. Brooke Group, 509 U.S. 209.
United States of America v. AMR Corporation, American Airlines, Inc., and American Eagle
Holding Corporation. 140 F. Supp. 2d 1141 (2001).
Weyerhaeuser Company v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Company, 549 U.S. 312 (2007).
STJUE, *United Brands Company y. United Brands Continentaal BV c. Comisión*, C 27/7614,
1978.
STJUE, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión*, C-85/76, 1979.
STJUE, *AKZO Chemie BV v. Comisión*, C-62/86, 1991.
STJUE, *Tetra Pak International SA v. Comisión*, C-333/94 P, 1996.
STJUE, *France Télécom SA v. Comisión*, C-T-340/03, 2007.
STJUE, *France Télécom SA v. Comisión*, C-202/07 P, 2009.
STJUE, *Post Danmark A/S v. Konkurrenceradet*, C-2009/10, 2012.

NORMATIVA

Robinson-Patman Act, Cod. 15 U.S.C. §§ 13, 13a, 13b, and 21a, 1997.
Sherman Antitrust Law, Sherman Act, July 2, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C., 1890.
Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO C 83/47 de 9.5.2008.

Fecha de recepción: 6 de abril de 2017
Fecha de aprobación: 22 de mayo de 2017

¿Un tribunal arbitral puede resolver daños a la libre competencia entre particulares en Ecuador?

*David Sperber Wilhelm**

RESUMEN

El presente ensayo plantea la interrogante de si es posible resolver en un proceso arbitral una controversia de daños y perjuicios por actos de abuso de poder de mercado entre dos particulares. Para ello analizamos la legislación vigente en arbitraje y en Derecho de la libre competencia en Ecuador y la doctrina relevante. Además, se presenta la jurisprudencia que trata las dos tesis a favor y en contra a este tema en varios países. Al finalizar se presentan las conclusiones del caso hipotético tratado.

PALABRAS CLAVE: abuso de poder de mercado, arbitraje, convenio arbitral, daños y perjuicios, Derecho de arbitraje, Derecho de la competencia, orden público, principio *Kompetenz-Kompetenz* (Competence-Competence), responsabilidad civil, responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual, Tribunal arbitral.

ABSTRACT

This essay presents the question of whether private parties can arbitrate damages for abuse of market power (dominant position). We analyzed Ecuadorian arbitration and antitrust legislation. Also, we discussed the relevant doctrine and jurisprudence of the two opposing positions in different countries. Afterward we explore the hypothetical case and its conclusions.

KEYWORDS: abuse of dominance, arbitration, arbitration agreement, arbitral tribunal, competition law, contractual responsibility, damages and liability, non-contractual liability. Principle *Kompetenz-Kompetenz* (Competence-Competence), public order, right to arbitration.

FORO

* Socio en AntiTrust Consultores & Abogados.

Colaboración del Ab. José E. Álvarez Ñ. abogado asociado en Antitrust Consultores y Abogados.

INTRODUCCIÓN

Este ensayo analiza y profundiza si el régimen jurídico ecuatoriano vigente de un Tribunal Arbitral es o no competente, en razón de la materia para conocer los daños y perjuicios contractuales y extracontractuales entre dos operadores económicos particulares a consecuencia de un acto de uno de ellos de abuso de posición de dominio (o poder de mercado).

Hoy en día existen a nivel internacional dos doctrinas sobre la arbitrabilidad de daños emanados de la legislación de libre competencia. La primera rechaza la arbitrabilidad de cuestiones de Derecho de la competencia, aun cuando las partes contractuales lo acordaron de manera expresa. Esta es la denominada doctrina *American Safety*,¹ que expone que la materia de Derecho de libre competencia está regida por normas de orden público y su aplicación está destinada de forma exclusiva a una autoridad especializada (en el caso de Ecuador, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en adelante SCPM) encargada de investigar y sancionar la violación a la libre competencia; por tanto, esta materia no es de libre disposición conforme a derecho para los particulares.²

Por el contrario, la segunda doctrina, que nace a partir de los años de 1980, favorece la arbitrabilidad del Derecho de la libre competencia, como consecuencia de la evolución legislativa y jurisprudencial de los Estados Unidos de América que admite que las disputas privadas relativas a la competencia económica sean arbitrables, conforme el principio *Kompetenz-Kompetenz*,³ el cual consiste en la posibilidad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcances del convenio arbitral incluyendo asuntos de libre competencia. El convenio arbitral es independiente y autónomo del

-
1. EE. UU. Sentencia del Tribunal de Apelación de 20-III-1968, caso *American Safety Equipment Corp. y Maguire & Co.* (2d Cir. 1968).
 2. Luis Velasco, *La aplicación privada del Derecho de la competencia* (Valladolid: Grafotex, 2011), 361.
 3. Alegría Jijón, “Reconciliando el principio *Kompetenz-Kompetenz* con la autoridad supervisora de las cortes nacionales”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6 (2014): 180. *Kompetenz-Kompetenz* “es es un principio alemán que proporciona una solución abstracta a la circularidad. *Kompetenz-Kompetenz* significa literalmente competencia para determinar la competencia. [...] Las razones prácticas para *Kompetenz-Kompetenz* son, entre otras, las siguientes: evitar prácticas dilatorias, aliviar la carga de las cortes nacionales, y la ventaja de la experiencia de los árbitros en comparación con la mayoría de las cortes locales que no están familiarizadas con el arbitraje internacional”.

contrato principal, de manera que los árbitros tienen autoridad para determinar su propia competencia y la validez o existencia del contrato.⁴

Empero, si el Derecho de la competencia es arbitrable, surgen varias interrogantes: ¿Pueden normas de orden público estar sujetas al arbitraje? ¿El arbitraje es una alternativa al procedimiento administrativo establecido en la legislación ecuatoriana?

Para dar respuesta a las referidas interrogantes, materia de este ensayo, y para que sea más fácil su comprensión, lo ejemplificaremos con un caso hipotético. En 2017, dos compañías —operadores económicos— ecuatorianas acuerdan la compraventa de una materia prima P; la primera es ACME, siendo el único en Ecuador con este producto; y, el segundo es el comprador MANCEPS. Dicho contrato celebrado de manera válida y en cumplimiento de las solemnidades esenciales contiene una cláusula arbitral de sometimiento a un Centro de Arbitraje (en adelante CEA) en el cual las partes renuncian fuero, domicilio y competencia, convinieron someter sus disputas o controversias, sus daños contractuales y extracontractuales que se deriven del referido acuerdo a la decisión de un Tribunal Arbitral de tres árbitros y en derecho. ACME, durante la vigencia del contrato, deja de despachar P a MANCEPS, quien estima que por este acto ha sufrido un acto de abuso de poder de mercado por negativa injustificada de venta de ACME. Como consecuencia de ello, MANCEPS plantea dos acciones de manera simultánea:

1. Arbitraje por daños y perjuicios por abuso de poder de mercado ante la CEA; y
2. Denuncia ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM).

Del análisis de este caso hipotético surgen las siguientes cuestiones:

1. ¿El Tribunal Arbitral es competente para conocer esta demanda o debe esperar a la resolución de la SCPM?
2. Si la SCPM resuelve que sí existe abuso de poder de mercado por parte de ACME, ¿esta resolución es vinculante para el Tribunal Arbitral para la determinación de daños y perjuicios?
3. Si la SCPM resuelve que sí existe abuso de poder de mercado por parte de ACME, ¿la resolución de la SCPM es suficiente reparación o no?
4. ¿Cuál es el criterio y los parámetros para determinar el daño por el Tribunal Arbitral que declara que sí existió un daño a MANCEPS por parte de ACME?

En vista de lo señalado, este documento inicia con la legislación aplicable, luego analiza la doctrina y jurisprudencia relacionadas. A posteriori, conforme el análisis del

4. Roger Rubio Guerrero, “El Principio Competence-Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”, *Lima Arbitration*, No. 4 (2010-2011): 101.

caso hipotético planteado, desarrolla cada una de las interrogantes sobre la competencia arbitral y los daños generados como consecuencia del abuso de poder de mercado, finalizando con las conclusiones.

LEGISLACIÓN APLICABLE EN ECUADOR

El presente acápite expone y analiza la legislación en materia de arbitraje y libre concurrencia en Ecuador y su evolución histórica.

ARBITRAJE

La primera normativa de arbitraje en el país, denominada Ley de Arbitraje Comercial,⁵ fue promulgada en 1963. Este cuerpo normativo permitía someter las controversias que se deriven solo de relaciones comerciales a los Tribunales de Arbitraje de las Cámaras de Comercio, y a los Tribunales o comisiones nacionales o internacionales de arbitraje. A posteriori, en 1997 se publicó la Ley de Arbitraje y Mediación (que derogó la Ley de Arbitraje Comercial) y permitió someter a un tribunal arbitral cualquier controversia susceptible de transacción, lo cual se mantiene en la actual Ley de Arbitraje y Mediación promulgada en 2006.⁶ Además de ella, legislación relevante en materia de arbitraje es la siguiente:

- Constitución de la República del Ecuador.⁷
- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.⁸
- Convención de Eficacia de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.⁹
- Código Orgánico General de Procesos (COGEP).¹⁰

5. Decreto Supremo No. 735 de 23 de octubre de 1963, publicado en el *Registro Oficial* No. 90 de 28 de octubre de 1963.

6. *Ley de Arbitraje y Mediación*. *Registro Oficial* 417 de 14 de diciembre de 2006.

7. *Constitución de la República del Ecuador*, art. 190.

8. *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*. *Registro Oficial Suplemento* 153 de 25 de noviembre de 2005.

9. *Convención de Eficacia de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros*. *Registro Oficial Suplemento* 153 de 25 de noviembre de 2005.

10. *Código Orgánico General de Procesos*. *Registro Oficial* 506 de 22 de mayo de 2015.

LIBRE COMPETENCIA

En Ecuador no existía una ley nacional de libre competencia o *antitrust*, por lo que el art. 2 de la Decisión 616 de la Comunidad Andina determinó que: “a más tardar el 1 de agosto de 2005, Ecuador debe nombrar su Autoridad Nacional de la Competencia, quien estará encargada de hacer cumplir la Decisión 608 de la Comunidad Andina”. Ante ello, se presentó una acción de incumplimiento ante la Secretaria General de la Comunidad Andina por incumplir esta disposición.¹¹ Como resultado de esta acción, el gobierno ecuatoriano promulgó el Decreto Presidencial 1614.¹² El art. 1 de la Decisión 616 de la Comunidad Andina especifica que Ecuador puede aplicar como ley nacional la Decisión 608 de la Comunidad Andina hasta que tengan su propia Ley *antitrust*. El referido Decreto 1614 determina, entre otras cosas, un procedimiento especial para las conductas de abuso de posición de dominio y prácticas anticompetitivas. El Ministerio de Industrias y Productividad (en adelante MIPRO) es la autoridad interina de competencia.

El 13 de octubre de 2011 en Ecuador entró en vigencia la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), que regula la competencia económica en el país. Esta ley se enfoca en cinco áreas: a) acuerdos restrictivos; b) abuso de poder de mercado; c) control de concentraciones; d) ayudas públicas; y e) competencia desleal que afecte a la competencia.

La LORCPM creó la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), organismo técnico con personalidad jurídica propia y potestad investigativa y sancionatoria a los operadores económicos.¹³ Esta autoridad tiene la facultad de controlar el correcto funcionamiento de los mercados, previniendo el abuso de poder de mercado de los operadores económicos nacionales y extranjeros, y todas aquellas prácticas contrarias a la libre competencia que vayan en perjuicio de los consumidores, promoviendo la eficiencia en los mercados, el comercio justo y contribuyendo al bienestar general de los consumidores y usuarios.

11. Secretaría General de la Comunidad Andina. Resolución 03-2009, *G.O.A.C.*, año XXVI, No. 1723, 10 de junio de 2009.

12. Decreto Presidencial 1614, *Registro Oficial* No. 558 de 27 de marzo de 2009.

13. LORCPM, art. 36.

JURISPRUDENCIA DE ARBITRAJE EN CUESTIONES DE DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

Este acápite analiza las dos tendencias jurisprudenciales –a favor y en contra– sobre la arbitrabilidad de cuestiones del Derecho de la competencia. La posición que niega la arbitrabilidad se fundamenta en que la libre competencia constituye una norma de orden público, mientras que la posición opuesta la acepta al considerar que los daños particulares son materia transable. A continuación presentamos los principales casos.

MITSUBISHI MOTORS *v.* SOLER CHRYSLER-PLYMOUTH MITSUBISHI¹⁴

Mitsubishi Motors y Soler Chrysler-Plymouth Inc. (Soler) firmaron un contrato de distribución de automóviles. Soler se comprometió a vender un número determinado de automóviles Mitsubishi al año en el territorio de Puerto Rico. En el contrato, las partes acordaron someterse a arbitraje en caso de surgir alguna controversia en relación con su interpretación y ejecución.

Soler notó que no podía mantener el volumen de ventas al cual se comprometió en el contrato de distribución y solicitó vender los automóviles fuera del territorio predefinido, pero la petición fue denegada. Por lo tanto, esto originó un procedimiento judicial que llegó al Tribunal Supremo de los EE. UU. sobre la competencia material de quién era competente para conocer el caso, si un juez federal o un Tribunal Arbitral. El Tribunal Supremo resolvió a favor de la arbitrabilidad de cuestiones de Derecho de la competencia, lo cual puso fin a la doctrina que prohibía la aplicación de cláusulas contractuales de arbitraje en disputas de libre competencia.

D. JUAN B.C. *v.* HARDI INTERNATIONAL¹⁵

La Audiencia Provincial de Barcelona resolvió el recurso de anulación contra un laudo arbitral entre D. Juan B.C. y la sociedad Hardi International. El principal argumento para la solicitud de la nulidad del laudo giraba respecto de las cláusulas de

14. EE. UU. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1985, caso *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth Mitsubishi*. 473 U.S. 614 (1985).

15. España. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia de 7 de junio de 2000, sección 15a. rec. 1408/9196.

prohibición de ventas activas fuera del territorio acordado contenida en el contrato celebrado entre las partes.

El Tribunal Arbitral resolvió que D. Juan B.C. incumplió el contrato y ordenó la indemnización a dicho operador económico. Sin embargo, el Tribunal Civil que conoció del recurso de anulación declaró que la materia de libre competencia no puede ser resuelta a través de un arbitraje, por lo que estimó el recurso “por considerarse que el laudo es contrario al orden público, en la medida en que lo son las restricciones a la competencia de la naturaleza de la que es objeto el procedimiento arbitral”.

SERVEI ESTACIO REGENCOS, SA V. TOTALFINA ESPAÑA, SAU¹⁶

SERVEI ESTACIO REGENCOS, SA (SERVEI) y la sociedad TOTALFINA ESPAÑA, SAU suscribieron un contrato de distribución de carburantes, en el cual se sometieron a un arbitraje administrado en caso de controversia. El Tribunal Arbitral debía interpretar normas generales del Derecho de la concurrencia.

La actora, SERVEI, argumentó que el contrato de sometimiento al arbitraje era de adhesión, puesto que no tenía otra opción que someterse al mismo. Por consiguiente, SERVEI alegó que no era procedente el arbitraje en aquellos supuestos en que las partes no tienen disposición sobre la materia a transigir y presentó un recurso de anulación al laudo arbitral, ya que a su criterio contravenía la normativa de libre competencia.

Sin embargo, el Tribunal Provincial señaló que el carácter imperativo del Derecho de la concurrencia no impide que la controversia sea resuelta por arbitraje, sin perjuicio de que el laudo pueda ser anulado, si contraviniera a la norma de competencia.

El Tribunal Constitucional español ha considerado al arbitraje “un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada”.¹⁷

Por ello, en España y a nivel internacional, la tendencia a permitir la arbitrabilidad de ciertos elementos del derecho de la libre competencia no está resuelta, pues no existe un consenso sobre la aceptación de la arbitrabilidad de temas relativos al Derecho de la competencia.

16. España. Audiencia Provincial de Girona. Sentencia 292/2002 (sección 1a.) de 29 de mayo de 2002.

17. España. Tribunal Constitucional. Sentencias de 15/1989 (RTC 1989, 15) y 62/1991 (RTC 1991, 62).

Sin embargo, parecería que el arbitraje no es una alternativa o sustitución al procedimiento administrativo sancionador para la determinación general de si existe o no una afectación al mercado y al orden público, pues esta resolución solo puede llevarse a cabo ante la SCPM,¹⁸ debido a que no está permitido en nuestra legislación “que los árbitros puedan prohibir erga omnes comportamientos anticompetitivos, imponer multas ordinarias o coercitivas, ni autorizar ni prohibir una operación de concentración económica o una ayuda del Estado...”.¹⁹ En cambio, el reconocimiento de daños y perjuicios a un particular derivados de conductas *antitrust* no constituye una potestad estatal de orden público; por ende, sí pueden estar sometidos al arbitraje como veremos a continuación.

BIOPLASTECH LIMITED V. ABENGOA BIOENERGÍA NUEVAS TECNOLOGÍAS S. A. Y BEFESA GESTIÓN DE RESIDUOS INDUSTRIALES S. L.²⁰

BIOPLASTECH LIMITED (en adelante, BIOPLASTECH) presentó una demanda ante el juez de lo Mercantil por competencia desleal y libre concurrencia en contra de BEFESA GESTIÓN DE RESIDUOS INDUSTRIALES S. L. y ABENGOA BIO-TECNOLOGÍA NUEVAS TECNOLOGÍAS S. A. (en adelante BEFESA). El juez de lo Mercantil se declaró incompetente por considerar que, al incumplir una cláusula de confidencialidad estipulada contractualmente, debía aplicarse lo determinado en este mismo instrumento legal, es decir, someterse a arbitraje.

BIOPLASTECH apeló este auto con fuerza de sentencia afirmando que demandó a estas empresas por competencia desleal y la libre competencia son de orden público, por lo que considera que no sería eficaz una cláusula arbitral en esta materia. Asimismo señala BIOPLASTECH que las acciones que ha ejercitado no son contractuales sino extracontractuales, por lo que no debe aplicarse una estipulación convencional.

-
18. LORCPM. “Art. 37.- Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación”.
 19. Jesús Olavarría, “Defensa de la Competencia y Arbitraje”, en *La aplicación privada del Derecho de la competencia* (Valladolid: Grafolex, 2011), 363.
 20. España. Audiencia Provincial de Madrid. Recurso de Apelación No. 319/2015, de 25 de septiembre de 2015.

Al respecto, la Audiencia Provincial de Madrid resolvió que, a pesar de que es perfectamente posible que un derecho subjetivo sea disponible y susceptible de renuncia o transacción, “La cláusula de sumisión, pese a la amplitud de su redacción, no puede ser considerada sino como llamada a surtir efectos en el contexto de polémicas interpartes que desemboquen en el ejercicio de acciones de índole contractual, pues tal es el recto entender del texto de la condición”.

Por tanto, la Audiencia Provincial de Madrid revocó el auto del juez *aquo* al considerar que la libre concurrencia no es de índole contractual y por ello no tiene su respaldo en el contrato celebrado entre las partes.

ANÁLISIS DE UN CASO HIPOTÉTICO

En el caso hipotético mencionado en la Introducción de este ensayo, MANCEPS se ve afectada por abuso de poder de mercado por negativa injustificada de venta de P por parte de ACME, quien plantea dos acciones simultáneas e independientes:

1. Denuncia ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM); y
2. Arbitraje por daños y perjuicios por abuso de poder de mercado ante la CEA.

La LORCPM tiene por objeto prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de poder de mercado de los operadores económicos.²¹ Dentro de los tipos de conductas que puede conocer y sancionar la SCPM se encuentra la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, conducta desarrollada por ACME.²²

La denuncia presentada ante la SCPM se sustancia conforme el procedimiento administrativo al tenor de lo establecido en el art. 53 y siguientes de la LORCPM.²³ Una vez concluida la investigación y el procedimiento administrativo sancionador,

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

22. LORCPM. “Art. 9.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general. En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son: (...) 9.- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios”.

23. LORCPM. “Art. 53.- El procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Ad-

la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la SCPM resuelve la existencia y sanción de la conducta de abuso de poder de mercado por negativa injustificada a satisfacer la demanda de compra o adquisición.

Este abuso de posición de dominio afecta al bienestar general y al mercado, por ende al orden público económico²⁴ entendido como “el conjunto de normas marco o generales contenidas en la Constitución Política que regulan los derechos y libertades de orden económico de las personas, la actividad económica del Estado y las relaciones de carácter económico entre ellos”.²⁵

Además, el abuso de ACME habría ocasionado un perjuicio directo y concreto a un particular –MANCEPS–, perjuicio que no ha sido resarcido por la imposición de una sanción contenida en la resolución de la SCPM. Por este motivo, la propia LORCPM establece en su art. 71²⁶ la posibilidad de que las personas que hayan sufrido algún tipo de perjuicio por la comisión de conductas prohibidas por esta Ley, incluyendo el abuso de poder de mercado, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas de derecho común. Incluso, el art. 79 del Reglamento para la Aplicación a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RALORCPM)²⁷ indica que el juez que conozca de los daños y perjuicios particulares “fundamentará su fallo en los hechos y calificación jurídica ya establecidos en la resolución que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado”. Aquí existe un problema de jerarquía normativa ya que el art. 8 del Código Orgánico de la Función Judicial²⁸ exige la independencia entre la SCPM y el Poder Judicial. La diferencia

ministración Pública, por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo”.

24. La mayoría de la doctrina considera que el carácter de las normas del Derecho de competencia son normas de orden público debido a que afectan principios generales del Estado y de la sociedad. Ver Alberto Dalla Via, *Derecho constitucional económico* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006), 155.
25. Sergio Diez Arzúa, *Personas y valores, su protección constitucional* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999), 182.
26. LORCPM. “Art. 71.- Responsabilidad civil.- Las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por esta Ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común. La acción de indemnización de daños y perjuicios será tramitada en vía verbal sumaria, ante el juez de lo civil y de conformidad con las reglas generales y prescribirá en cinco años contados desde la ejecutoria de la resolución que impuso la respectiva sanción”.
27. RALORCPM. “Art. 79.- Responsabilidad civil.- El juez que dictamine sobre las acciones civiles previstas en el artículo 71 de la Ley, fundamentará su fallo en los hechos y calificación jurídica ya establecidos en la resolución que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado emita respecto a los asuntos que hubiere conocido”.
28. Código Orgánico de la Función Judicial. “Art. 8.- Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de dere-

estaría en si la demanda arbitral se plantea una vez que exista el acto en firme de la SCPM o no.

Ello, por ejemplo, no sigue el criterio europeo que reseña la prejudicialidad administrativa antes de acudir ante los jueces y tribunales incluyendo el resarcimiento de daños y perjuicios.²⁹ En cambio, la Decisión 608 comunitaria andina y la LORCPM no exige la prejudicialidad u obligatoriedad de seguir lo resuelto por el órgano administrativo.

Por lo tanto, la resolución a ser dictada por la SCPM que determina el abuso de poder de mercado es insuficiente para resarcir los daños del afectado –MANCEPS– y constituir adecuada reparación de su detrimento particular,³⁰ en vista de que la LORCPM busca la reparación de los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores; mas no el resarcimiento de daños y perjuicios a los particulares derivados del cometimiento de conductas prohibidas anticompetitivas.

En el caso hipotético la cláusula arbitral convino someter las controversias entre ACME y MANCEPS incluyendo daños contractuales y extracontractuales a la decisión del Tribunal Arbitral. Al ser un caso especial de análisis, por la naturaleza de la relación que existe entre ACME y MANCEPS, se verá en el siguiente acápite que la responsabilidad de ACME respecto de MANCEPS podría ser contractual y extracontractual.

Por esta razón, el arbitraje en esta materia aparece en nuestra legislación como medio de solución de conflicto alternativo a la jurisdicción civil, es decir, se podrá acudir a los órganos arbitrales con relación a los aspectos patrimoniales que se deriven de conductas o infracciones contrarias al Derecho de la competencia.

chos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial. Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley”.

29. Comisión Europea. Libro Blanco de Competencia (2008). El sistema para el resarcimiento de daños y perjuicios derivados de una práctica contraria al derecho de la competencia, solo es posible solicitar la nulidad y los daños y perjuicios derivados de un acto o acuerdo anticompetitivo tras acudir previamente a los órganos administrativos, con competencia exclusiva para la declaración de la existencia de conducta prohibida, obtener su resolución en el plazo que corresponda y esperar a que cobre firmeza lo que supone, si es recurrida, esperar a que se agote la vía judicial.
30. Código Civil. “Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente”.

Por ello, al tenor del art. 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación,³¹ el Tribunal Arbitral de la CEA sí es competente para conocer sobre la demanda de resarcimiento de daños y perjuicios planteada por MANCEPS a ACME.

Se recalca que la inexistencia, nulidad o ineficacia de un contrato que contiene un convenio arbitral no implica *ipso facto* la inexistencia, nulidad o ineficacia del convenio arbitral. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral es competente para decidir la controversia así como para pronunciarse sobre estos supuestos que afectan al contrato.³² Por ende, la existencia y validez del convenio arbitral guarda directa vinculación con el principio Kompetenz-Kompetenz de los árbitros citado *supra*.

DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

La normativa ecuatoriana destaca que la responsabilidad civil o patrimonial puede nacer del dolo o la culpa conforme el título XXXIII del libro IV del Código Civil que trata sobre los delitos y cuasidelitos.³³

En el caso NIFA S. A. (hoy PROPHAR) *versus* MERCK SHARP DOHME INTER AMERICAN, la Corte Nacional de Justicia resolvió que:

conforme los artículos 244, numeral 3, de la Constitución Política de 1998, y artículos 2214 y 2229 del Código Civil, por el cuasidelito civil de negativa de venta por actos de desorganización del competidor dentro del Derecho de la Competencia Desleal, condena a la demandada, al pago de un millón quinientos setenta mil dólares de los Estados Unidos de América, por todo concepto indemnizatorio.³⁴

En consecuencia, la responsabilidad en la cual ha incurrido ACME es reconocida por la doctrina, y ha sostenido que:

-
31. Ley de Arbitraje y Mediación. Art. 7.- El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria. Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días.
 32. Guerrero, “El Principio Competence-Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”, 108.
 33. Código Civil. *Registro Oficial Suplemento* 46 de 24 de junio de 2005, establece el art. 2229 que, “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta”.
 34. Corte Nacional de Justicia. *Gaceta Judicial*, año CXIII, serie XVIII, No. 12. 4336. Quito, 21 de septiembre de 2012.

en Derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra.³⁵

De esta definición se desprende que la responsabilidad está vinculada de manera directa con aquella que define a la obligación, la cual, como bien lo menciona la doctrina y la jurisprudencia, no se encuentra definida por la intención o el propósito del autor al momento de realizar un acto u omisión, sino por el resultado o consecuencias que esta acción en concreto genera para otra persona.

El Código Civil al tratar las fuentes de obligaciones sigue esta línea al determinar en su art. 1453 que: “Las obligaciones nacen, [...] ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

Desde este punto de vista, por el tipo de vínculo de la responsabilidad, se clasifica en contractual y extracontractual. Al tratar la primera, Alessandri, Somarriva y Vodanovic manifiestan que es aquella que se da como resultado de una sanción por el cometimiento de un ilícito contractual, entendiendo por ilícito el “daño causado a otro por la infracción de una obligación o relación jurídica específica preestablecida, sea que derive ella de un contrato, un cuasicontrato o de una disposición de la ley...”³⁶ Por tanto, este tipo de responsabilidad presupone la existencia de un contrato anterior a esta, el cual crea un vínculo entre dos o más personas imponiéndoles obligaciones determinadas. Empero, este contrato, si bien es el presupuesto para la existencia de este tipo de responsabilidad, no constituye su fuente en sí, ya que esta se genera inmediatamente después del incumplimiento, el cual se considera un hecho ilícito por vulnerar el ordenamiento jurídico.

En lo que respecta a la responsabilidad extracontractual, esta nace de un hecho ilícito como la responsabilidad contractual donde no existe un contrato de por medio, sino que vulnera directamente el principio *neminem laedere* el cual determina, “que el hombre, debe actuar de tal forma que sus actos no ocasionen daño a los demás”.³⁷ Por su parte, Alessandri, Somarriva y Vodanovic sobre esta responsabilidad extracontractual

35. Arturo Alessandri, *De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno*, 2a. ed. (Santiago de Chile: Imprenta Universitaria, 1943), 12.

36. *Ibid.*, 251.

37. Luis Parraguez, *Manual de Derecho civil ecuatoriano. Personas y familia* (Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2004), 160.

tual reconocen el deber genérico “de no infligir un daño injusto a alguien y su sanción es la obligación de indemnizarlo”.³⁸

Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido que para que se configure este tipo de responsabilidad civil además del vínculo contractual deben conjugarse tres elementos esenciales: el daño, la culpa y el nexo causal entre estos.³⁹

La jurisprudencia nacional, al tratar el daño como uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, ha declarado que:

El daño material existirá siempre que se cause a otro, un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades. Es aquel que se ocasiona al patrimonio material de la víctima, como conjunto de valores económicos. El daño material, con menoscabo del patrimonio material en sí mismo, puede dividirse en daño emergente y lucro cesante.⁴⁰

Por otro lado, al tratar el segundo elemento constitutivo de la responsabilidad civil, la jurisprudencia ha manifestado que:

La culpa consiste en no precaver aquello que ha podido precaverse o evitar; en una negligencia, es decir, un no haber previsto las consecuencias dañosas de la propia conducta. La culpa extracontractual, pues se traduce en una negligencia del hecho, que como consecuencia, origina el evento dañoso. Se concluye que la culpa consiste en la falta de previsión o cuidado, caracterizado siempre (ya se trate de culpa penal o civil, contractual o extracontractual) por la falta de cuidado o diligencia, descuido o imprudencia que produce un daño, sin intención de causarlo.⁴¹

Por último, con respecto al tercer elemento de la responsabilidad civil, la doctrina sostiene que en este tipo de responsabilidad “es necesaria la existencia de un vínculo causa-efecto, en donde por un lado se encuentra el perjuicio sufrido por uno de los contratantes, y por otro el hecho que lo genera, que consiste en el incumplimiento

38. Alessandri, Somarriva y Vodanovic, *Tratado de las obligaciones*, 2a. ed. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 252.

39. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Ex-Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Judicial* No. 5 de 16 de noviembre de 2007. “Son presupuestos materiales para la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual: la existencia de un daño material o moral, la culpabilidad del sujeto, y una relación de causa-efecto entre el hecho ilícito y el daño producido”.

40. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la antigua Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Judicial* No. 10 de 29 de octubre de 2011.

41. Juzgado Octavo de lo Civil de Pichincha. Resolución No. 252-12. *Gaceta Judicial* 12 de 25 de julio de 2012.

doloso o culposo por parte del deudor. Este vínculo causal es lo que determinará el carácter indemnizable del daño.⁴²

Con ello se prueba el nexo entre la conducta del operador económico y el daño, de forma que la culpabilidad se formula y obliga a una compensación patrimonial peticionada por MANCEPS.

En este caso se conjugan los cuatro (4) elementos constitutivos de la responsabilidad contractual, y a su vez los tres (3) elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual en la actuación de ACME por lo siguiente:

- a) Existencia de vínculo contractual: ACME suscribió con MANCEPS un contrato válido, a través del cual se acordó la provisión de la materia prima P.
- b) El daño: ACME se rehusó a proveer la materia prima P de manera injustificada, ocasionando como resultado que MANCEPS no pueda obtenerla.
- c) La culpa: Al momento que ACME se negó en proveer la materia prima de manera injustificada, vulneró el derecho a realizar actividades económicas.⁴³
- d) El nexo causal: El acto por el cual ACME negó la entrega de la materia prima P le inhibió a MANCEPS a utilizarla y necesitaba hacerlo.

Por consiguiente, una vez que se demuestre la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual y extracontractual, ACME podría ser declarado responsable de daños y perjuicios a MANCEPS por sus actos y omisiones por abuso de poder de mercado e incumplimiento contractual, lo cual genera como consecuencia la obligación de resarcir los daños y perjuicios causados a MANCEPS, para lo cual el Tribunal Arbitral considerará los daños de carácter patrimonial que abarca el daño emergente y el lucro cesante.⁴⁴

Al momento de cuantificar los daños se debe considerar que la indemnización no debe sobrepasar el objetivo esencial de la misma que es *reponer las cosas a su estado anterior*. Si esta reposición no es posible, se deberá hacerlo a través de medios económicos que permitan al perjudicado atenuar su detrimento, proporcionándole inclusive los recursos que ya no podrá obtener.

42. Marcela Castro, *Derecho de las obligaciones* (Bogotá: Temis, 2011), 22.

43. *Constitución de la República del Ecuador*. Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas (...) 15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

44. *Código Civil*. Art. 1572. “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”. Ecuador no posee la figura de daños punitivos.

Debe resaltarse que, por tratarse de un daño causado por una conducta que constituye una infracción a una norma de orden público, el Tribunal Arbitral deberá considerar esta circunstancia al momento de determinar el valor del daño, ya que el daño emergente y lucro cesante pueden ser insuficientes para la conducta de abuso de poder de mercado.

La afectación negativa de la actividad económica de MANCEPS podría generar un daño patrimonial, como es la pérdida de clientela, reducción de ventas e inclusive una disminución de cuota de mercado. Asimismo, la pérdida de ganancias de MANCEPS que fue frustrada a consecuencia de la conducta anticompetitiva. Por eso, la obligación del infractor (ACME) de resarcir los perjuicios ocasionados a las víctimas por su conducta ilícita es la consecuencia que se desprende de su responsabilidad civil.

Por su parte, en el supuesto de que la resolución administrativa de la SCPM se resolviera antes del laudo arbitral, el Tribunal deberá analizar los criterios y fundamentos al momento de fijar los daños.

CONCLUSIONES

1. En la legislación ecuatoriana solo la Superintendencia de Control del Poder de Mercado es competente para investigar, juzgar y sancionar conductas de abuso de poder de mercado que afecten al bienestar general, al mercado y a los consumidores. Esta resolución de la autoridad puede ser insuficiente para el agraviado de un acto de abuso de poder de mercado. Esta Superintendencia no es competente para determinar los daños directos a operadores económicos particulares.
2. Las personas naturales o jurídicas que se consideren vulneradas en sus derechos por un acto de abuso de poder de mercado tienen el derecho de acudir ante la jurisdicción ordinaria o a un Tribunal Arbitral –en el caso hipotético ante un Centro de Arbitraje– para ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios directos.
3. Hemos analizado si un Tribunal Arbitral debe o no esperar a la resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (prejudicialidad) antes de conocer y resolver sobre la acción de daños y perjuicios planteada ante ella. Según nuestro criterio, el Tribunal Arbitral no debe esperar y supeditarse a la resolución de la referida Superintendencia de declaración de existencia o inexistencia de abuso del poder de mercado, así como sus conclusiones no le son vinculantes.
4. En el caso hipotético analizado para la determinación de los daños y perjuicios ocasionados por un acto de abuso de poder de mercado, el Tribunal Arbitral deberá analizar los hechos, los actos, las pruebas y demás elementos para cuan-

tificar el daño particular producido por el infractor —el Demandado ACME—, es decir, como expusimos, sí es competente el Tribunal para resolver sobre el daño emergente y el lucro cesante del operador económico particular.

BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno*, 2a. ed. Santiago de Chile: Imprenta Universitaria, 1943.
- Alessandri, Arturo, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic. *Tratado de las obligaciones*, 2a. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- Castro, Marcela. *Derecho de las obligaciones*. Bogotá: Temis, 2011.
- Dalla Via, Alberto. *Derecho constitucional económico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006.
- Diez Urzúa, Sergio. *Personas y valores, su protección constitucional*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Guerrero, Roger Rubio. “El Principio Competence-Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”. *Lima Arbitration*, No. 4 (2010-2011).
- Jijón, Alegría. “Reconciliando el principio Kompetenz-Kompetenz con la autoridad supervisora de las cortes nacionales”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6 (2014).
- Luis Parraguez. *Manual de Derecho civil ecuatoriano. Personas y familia*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2004.
- Medina, Graciela. *Cuantificación del daño*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2001.
- Olavarría, Jesús. *Defensa de la Competencia y Arbitraje*. En *La aplicación privada del Derecho de la competencia*. Valladolid: Grafotex, 2011.
- Velasco, Luis. *La aplicación privada del Derecho de la competencia*. Valladolid: Grafotex, 2011.

JURISPRUDENCIA

- Sala de lo Contencioso Administrativo de la Ex-Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Judicial* No. 5 de 16 de noviembre de 2007.
- Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Ex-Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Judicial* No. 10 de 29 de octubre de 2011.
- Corte Nacional de Justicia. *Gaceta Judicial*. Año CXIII. Serie XVIII, No. 12. 4336. Quito, 21 de septiembre de 2012.
- EE. UU. Sentencia del Tribunal de Apelación de 20 de marzo de 1968, caso *American Safety Equipment Corp. y Maguire & Co.* (2d Cir. 1968).
- EE. UU. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1985, caso *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth Mitsubishi*. 473 U.S. 614 (1985).

España. Tribunal Constitucional. Sentencias de 15/1989 (RTC 1989, 15) y 62/1991 (RTC 1991, 62).

España. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia Sección 15a. rec. 1408/9196, de 7 de junio de 2000.

España. Audiencia Provincial de Girona. Sentencia 292/2002 (Sección 1a.) de 29 de mayo de 2002.

España. Audiencia Provincial de Madrid. Recurso de Apelación No. 319/2015, de 25 de septiembre de 2015.

NORMATIVA

Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005.

Convención de Eficacia de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005.

Decisión 608 de la Comunidad Andina. Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina. *Registro Oficial Edición Especial* de 25 de febrero de 2008.

Decisión 616 de la Comunidad Andina. Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador, de 15 de julio de 2005.

Decreto Presidencial 1614 de 2009, *Registro Oficial* No. 558 de 27 de marzo de 2009.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de marzo de 2011.

Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial 697 de 7 de mayo de 2012.

Resolución 03-2009 de la Secretaría General de la Comunidad Andina. *G.O.A.C.* Año XXVI, No. 1723, 10 de junio de 2009.

Fecha de recepción: 20 de abril de 2017

Fecha de aprobación: 31 de mayo de 2017

¿Debe tipificarse la corrupción privada en Ecuador? Análisis comparado del delito de corrupción en los negocios en España y de las normas del Derecho de la competencia

*Francisco Eugenio Olavarria**

RESUMEN

El presente artículo pretende revisar una conducta muy desarrollada y habitual en el mundo empresarial: la corrupción privada, también conocida como el soborno entre particulares.

En general, se debate y se intenta ser lo más rígido posible en todas las cuestiones vinculadas a la llamada corrupción pública,¹ pero poco se combate a la corrupción que únicamente se produce entre privados. Se intentará exhibir cómo son las legislaciones de España y Ecuador en relación a esta temática, y se mostrará la íntima y estrecha relación que existe entre la figura penal y el Derecho de defensa de la competencia. Se repasarán los antecedentes internacionales sobre la materia, los distintos modelos de injusto existentes, y, finalmente, a partir del tipo penal español, se señalará la mejor manera de tratar esta cuestión, y respecto a si el Derecho penal se encuentra legitimado para penar estas conductas.

PALABRAS CLAVE: corrupción entre particulares, soborno, tipo penal, bien jurídico tutelado, modelo de injusto, ley de Defensa de la Competencia, Derecho penal.

ABSTRACT

This article purpose is to analyze a widespread behavior within the world of business: private acts of corruption, also known as bribery in the corporate world.

In general, we tend to focus our discussions with regard to public corruption,² and we tend to be as rigid as we can with it, but contrary to this very little is usually done when it comes to only private corruption. Therefore, in this essay I will try to explain the Laws of Spain and Ecuador with regard to this matter, and I will try

* Miembro del Estudio Jurídico Fontan Balestra y Asociados, Buenos Aires.

1. Cohecho, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, etc.
2. Bribery, embezzlement of public funds, corruption of federal public officials, etc.

to illustrate the intimate and close relationship between corruption as a criminal offence and Antitrust Law. In that sense, I will explore precedents and leading cases from all over the world, the different types of offences and, finally, from the perspective of spanish unlawful act. I will set out my point of view with regard to which I consider the best way to deal with this matter, and lastly, I shall try to respond whether this kind of behaviors should be subjected to punishment by criminal law.

KEYWORDS: corruption between private parties, criminal offence, the legally protected good, wrongful act, antitrust law, competition law, criminal law.

FORO

REGULACIÓN DE LOS CASOS DE “CORRUPCIÓN PRIVADA” EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

DISTINTAS VÍAS EN LAS QUE PUEDEN ENMARCARSE LOS CASOS DE “CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES”

En este ámbito, y –en general– en cualquiera de los dos países a los que haré referencia (Ecuador y España), pueden enumerarse dos posibilidades para enfrentar este tipo de conductas –sin mencionar el delito de corrupción privada propiamente dicho u otros delitos en donde podría englobarse la conducta–: a) el empleador o empresario podría iniciar un reclamo por daños y perjuicios contra el administrador o empleado corrupto –que solicitó o aceptó el soborno–, en el ámbito jurídico-civil (según la legislación civil de cada país);³ y b) en el marco de la Ley de Defensa de la Competencia sancionada en cada país, el organismo respectivo podría recibir una denuncia.⁴

En el último caso (b), podría decirse que en España estas conductas están reguladas en el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal (LCD):

3. Aquí será necesario que se haya producido un daño concreto para que pueda reclamarse el resarcimiento por el mismo. Además, esto únicamente se accionará en la medida en que la parte afectada decida iniciar la demanda.
4. Parte de lo que se indica aquí puede leerse en Carlos Gómez-Jara Díez, “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?”, *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, No. 74 (2008): 231-2.

1. Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.
2. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena solo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

Aquí se abarcan varias conductas desleales, entre las que puede incluirse el soborno a algún empleado de una empresa para que infrinja sus deberes, o hacia algún administrador o colaborador de una sociedad mercantil.

A ese artículo podría agregársele el artículo 4 de la misma LCD que actúa como cláusula general y que indica: “1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe...”. Las conductas de “corrupción privada” podrían estar enmarcadas en uno u otro artículo, y de esa manera recaer sobre ellas las acciones que enumera el artículo 32 de la ley, las que serían interpuestas por el perjudicado o amenazado (artículo 33 de la ley). En cualquier caso, aquí volvemos a estar en el marco de procedimientos civiles que solo pueden ser iniciados por el afectado o amenazado, pero, sin embargo, es más amplio que el reclamo de daños y perjuicios, pues con la mera amenaza (sin que haya perjuicio efectivo) puede iniciarse la acción correspondiente.

Pero además en España también existe la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), que en su artículo 3 establece:

La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

En este caso, se exige más de lo que pide el artículo 14 de la LCD, pues en lo que a este trabajo interesa no alcanza con la mera entrega de dádivas para que el empleado o administrador infrinja sus deberes, sino que, además, es requisito necesario que ese acto de competencia desleal que falsea la libre competencia (en nuestro caso, el soborno) afecte al interés público, entendido esto como una afectación a la eficiencia del mercado. Si esto no ocurriese –la afectación al interés público–, entonces no podrá intervenir el Derecho de defensa de la competencia, y la Comisión Nacional de la Competencia para iniciar el procedimiento administrativo sancionador en materia de conductas prohibidas (artículos 49 y siguientes de la ley).

En el Derecho de la competencia de Ecuador, la corrupción entre privados que afecte al mercado y sus consumidores (conductas anticompetitivas), se encontraría

regulada de dos formas: a) mediante el *abuso de posición de dominio*, o b) mediante las *prácticas restrictivas*. En el primer caso, estaríamos en el marco del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORMer) que establece:

Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.⁵

El numeral 1 de ese artículo establece la cláusula general de conductas anticompetitivas: “las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia”. Hay que dejar en claro que para que pueda hablarse de “corrupción privada” en el marco de este tipo de conductas anticompetitivas es condición necesaria que esté corroborada la posición de dominio.

En el segundo caso, hay que hacer referencia al artículo 11 de la LORMer:

Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.

Tal como se dijo, en el presente trabajo se sostiene que a los “actos de corrupción entre privados” en Ecuador se los podría sancionar desde ambos supuestos. Pero es preciso aclarar que para que una empresa cometa este tipo de conductas, en el marco del segundo caso descrito –art. 11 de la LORMer–, no es necesario que exista una

5. El abuso de poder del mercado es un tipo de conducta donde un agente con una elevada cuota de mercado (en general más del 40%) realiza actos anticompetitivos. En el caso *United Brands* se definió a la posición dominante en los siguientes términos: “Una posición de fortaleza económica mantenida por una empresa, que le proporciona el poder de *obstaculizar* el mantenimiento de una *competencia efectiva* en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportarse en buena medida con independencia de su competencia, clientes y, en último extremo, de los consumidores”. (STJUE, *United Brands Company y United Brands Continentaal BV c. Comisión*, 14 de febrero de 1978, asunto 27/76).

posición de dominio o de mercado, sino que alcanza con que esta de alguna manera impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia; o bien que su conducta afecte negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

Sin perjuicio de la legislación citada, lo cierto es que existen pocos casos en la jurisprudencia que traten este tema, por lo que es importante repasar uno de ellos. Se trata de un asunto que conoció el Tribunal de Defensa de la Competencia español (TDC, ahora Comisión Nacional de la Competencia –CNC–), en donde varias sociedades que producían tabaco demandaron a la firma Tabacalera S. A., empresa estatal creada por el régimen de Franco en 1946, que en el año 1993 cedió su monopolio en la elaboración y distribución de tabacos comunitarios, pero que, sin embargo, siguió conservando una posición dominante en el mercado, toda vez que realizaba dos prácticas aparentemente de competencia desleal: a) venta a pérdida de unos cigarrillos muy populares en España (“Farías”) y, lo que a este trabajo interesa, b) efectuar regalos⁶ a los propietarios de los estancos con el fin de que vendieran, de modo preferente, sus productos y no los de la competencia, y ello aunque Tabacalera S. A. era, a su vez, la distribuidora de estas marcas de tabaco.

Lo interesante de este fallo es que el TDC español, en lo que respecta a los regalos entregados a los propietarios de los estancos, resuelve que “no resulta concluyente que se haya producido una perturbación suficiente del mercado...”,⁷ exhibiendo, con este razonamiento, que ese tipo de conductas no son lo suficientemente lesivas como para aplicar las sanciones correspondientes a las empresas, o mejor dicho a las personas físicas que actúan en representación de ellas.⁸ De esta manera, queda claro que la LDC pide algo más que el simple acto de corrupción que sí podría ser atacado, en todo caso, por la vía civil. Ahora bien, determinar cuándo estamos frente a ese plus exigido, que básicamente se trata de la afectación a la eficiencia del mercado, es una difícil tarea en donde, lamentablemente y como se dijo, no tenemos antecedentes jurisprudenciales para revisar.⁹

6. Puede decirse que los regalos eran de relativa poca importancia pues se trataba de cigarrillos, cigarreros, barajas, llaveros, cortapuros, mecheros, bolígrafos, ropa deportiva, bolsas de viaje, etc.

7. Resolución del TDC de 16 de febrero de 1999, expediente 375/996 (AC 1999/2619).

8. Adán Nieto Martín, “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz de Derecho comparado)”, *Revista Penal*, No. 10 (2002): 60-1.

9. Sin perjuicio de no tener antecedentes jurisprudenciales, se puede acudir a la doctrina en donde, entre muchos otros, puede examinarse Josep Massaguer, “Art. 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, en Josep Massaguer, José Manuel Sala Arquer, Jaime Folguera y Alfonso Gutiérrez, dir., *Comentario a la ley de defensa de la competencia*, 4a. ed. (Pamplona: Aranzadi, 2015), 267-97.

Pero además, también es interesante resaltar que un caso como el relatado anteriormente, a partir de la creación del delito de corrupción entre privados, no solo podría enmarcarse desde la órbita civil y/o administrativa-sancionadora, sino, sobre todo, desde la justicia penal que podría investigar y verificar si se dan los requisitos para penar tal conducta.¹⁰

Lo expuesto hasta el momento permite afirmar algunas conclusiones: a) las conductas (o alguna de ellas) que se tipificarían a través de un delito de corrupción privada pueden entenderse abarcadas por la legislación civil y administrativa-sancionadora (daños y perjuicios en los Códigos Civiles y Leyes de Defensa de la Competencia); b) existen escasos antecedentes jurisprudenciales en el marco de dichas órbitas del derecho, pues estas conductas, por diversas razones, no son denunciadas por las partes y/o investigadas por los organismos sancionadores administrativos; c) la discusión y el análisis de los tipos que regulan los sobornos entre privados en el marco civil y administrativo-sancionador hay que buscarlos en la doctrina; d) por los pocos casos que se conocen, y la realidad de lo que ocurre a diario tanto en países europeos como España, o latinoamericanos como Ecuador; toda esta regulación parece no ser efectiva para, al menos, combatir la corrupción entre particulares.

FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN DE ESTE TIPO DE CONDUCTAS EN EL MARCO DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La protección de la libre competencia, y su eficiencia, tanto en España como en Ecuador, debe estar garantizada por el propio Estado (poderes públicos), ya que se considera una cuestión primaria para el bienestar del conjunto de la sociedad que solo de esa manera, con una competencia libre y eficaz, tendrá la posibilidad de elegir entre más productos, de mejor calidad y con precios más convenientes. De aquí resulta claro, que tanto las Constituciones como el Derecho de Defensa de la Competencia están comunicando –de forma expresa– que entienden fundamental la protección de la libre competencia. Por todo esto es que se regula, como una de las prohibiciones, en los distintos artículos de las respectivas leyes de Defensa de la Competencia, el falseamiento de la libre competencia (en donde puede incluirse la corrupción entre particulares).

Esto puede verse tanto en el artículo 38 de la Constitución española: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con

10. Conforme Irene Navarro Frías y Lourdes Melero Bosch, “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”, *InDret* 4 (2011): 7-8.

las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”; como en el artículo 336, inciso segundo de la Constitución ecuatoriana: “El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley” (también se hacía referencia a esto en la Constitución anterior –art. 244.3, Const. de 1998).

En relación a los artículos de las leyes de Defensa de la Competencia de ambas legislaciones (art. 3 de la LDC española y art. 11 de la LORMer), que –con algunas diferencias– versan sobre las conductas anticompetitivas, debe aducirse que a través de ellos se regulan los falseamientos a la libre competencia, pero para que esto ocurra es necesario algo más que el mero acto anticompetitivo (en nuestro caso, el soborno). Será preciso que haya una afectación al correcto funcionamiento del mercado.¹¹

Así, todo parece indicar que para que los organismos de Defensa de la Competencia puedan intervenir en casos como este (tanto en España como en Ecuador), con toda la legislación relativa a la Defensa de la Competencia, es necesario que concurren tres elementos: a) una conducta anticompetitiva, b) un falseamiento de la libre competencia ocasionado por esa conducta, y c) una afectación del interés público (entendido como el correcto funcionamiento del mercado) debida a ese falseamiento de la competencia.

Lo que se ha querido resaltar es que la corrupción entre particulares, o la mayoría de las conductas que abarca dicha figura, ya estarían siendo reguladas por el Derecho de defensa de la competencia a través de las conductas anticompetitivas. Por ello, se entendió necesario, previo a que nos introduzcamos en el ámbito penal de la cuestión, aprovechar alguna de las reflexiones y argumentos que se han utilizado en esas materias para dejarlas asentadas en el trabajo, pues todos ellos son transferibles al momento de evaluar la legitimación del tipo penal que ya fue introducido al Código Penal español, y que aún no forma parte del Código Penal ecuatoriano, ni de casi ningún otro ordenamiento penal de los países de América Latina.

11. Doctrinariamente se dice que: “la ilicitud de esta práctica con arreglo a la LDC no reside en su misma deslealtad concurrencial o, si se prefiere, en su condición de acto de competencia desleal, sino más propiamente en el impacto que sus efectos tienen o pueden tener sobre la competencia en el mercado (falseamiento de la libre competencia) y, precisamente por esta razón, sobre el interés público (afectación al interés público...)”. Conforme Massaguer, *Comentario a la ley de defensa de la competencia*, 275-6.

DISTINTOS MODELOS DE INJUSTO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES

Se mostrarán los diferentes modelos de injusto en los que se ha clasificado –según el bien jurídico protegido– al delito de corrupción privada. Así, podrán verse qué posibilidades existen a la hora de legislar este tipo penal. Previo a ello, se repasarán sucintamente los antecedentes a nivel internacional que fueron allanando el camino para que casi todos los países de la Unión Europea (UE) legislen –penalmente– esta conducta; como también los antecedentes relativos específicamente a los países de América Latina.

LA CUESTIÓN A NIVEL INTERNACIONAL. ANTECEDENTES

El primer antecedente importante a nivel europeo que puso en discusión la corrupción entre privados¹² fue la Acción Común 1998/742/JAI del 22 de diciembre del año 1998 (AC), adoptada por el Consejo de la UE. El segundo antecedente a nivel europeo, y más importante incluso que la AC, fue la Decisión Marco 2003/568/JAI, del 22 de julio del año 2003 (DM).

A partir de esta DM los estados quedaron obligados a introducir el tipo penal de la corrupción privada. En esta Decisión de la UE se redactaron de manera muy similar, aunque con algunas variantes, los tipos de corrupción privada activa y pasiva de la AC, que han sido el antecedente directo del tipo penal incorporado al Código Penal español en la reforma 5/2010.¹³

También merece la pena destacar el Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa del año 1999, más precisamente sus artículos 7 y 8 que se refieren a la corrupción privada,¹⁴ y el Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción del año 2003, que en su artículo 21 recomienda a las Naciones castigar la corrupción en el sector privado.

12. Esto sin perjuicio de que algunos países, como Alemania, ya en esa fecha habían incorporado en sus Códigos Penales a la corrupción privada.

13. Para profundizar sobre la DM/2003, por todos: Antoni Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 9 (2007): 5. Ahí el autor no solo analiza la DM, sino que también hace una interesante comparación entre esta y la AC/1998.

14. Información disponible en <<https://www.boe.es/boe/dias/2010/07/28/pdfs/BOE-A-2010-12135.pdf>>.

Además, existe otra acción muy interesante para la prevención y lucha contra la corrupción: el Pacto Mundial (Global Compact), cuyo objetivo es conseguir el compromiso voluntario de las empresas sobre estos asuntos, a través de la implementación de diez principios.¹⁵ Por otro lado, se destacan las Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales del año 2000.¹⁶

También se refiere a esto la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, específicamente su artículo 8,¹⁷ y la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996), precisamente su artículo 6, inciso 2.¹⁸ Finalmente, existe un Decálogo de Principios de Transparencia y Prevención de la Corrupción para Empresas lanzado en el año 2012 por la ONG “Transparencia Internacional”, en cuyo apartado 8 se hace referencia concreta a la corrupción en el sector privado.

Por último, y en el marco de la legislación que le compete –entre otros– a Ecuador como miembro de la Comunidad Andina, debe mencionarse la Decisión 668, que establece el Plan Andino de Lucha contra la Corrupción.¹⁹

En definitiva, a partir de fines del siglo pasado, y durante la primera década del presente, la corrupción entendida únicamente como un hecho delictivo entre un particular y un funcionario público se amplió al ámbito privado. Durante todos estos años se fue exigiendo, a nivel internacional: europeo y también latinoamericano, la incorporación de esta figura en los distintos Códigos Penales con el objeto de poder combatir el fenómeno a nivel global, y, de esa manera, lograr efectividad. En consecuencia, casi todos los estados de la UE legislaron penalmente esta conducta que con anterioridad –en el mejor de los casos– se encontraba incluida en órbitas del Derecho civil y/o administrativo-sancionador.

No ha sucedido lo mismo aquí, pues a nivel de los principales países latinoamericanos, con independencia de Colombia, no aparece esta figura penal.

-
15. En su principio No. 10 establece: “Las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas la extorsión y el soborno”. Este último principio surgió el 24 de junio de 2004, durante la Cumbre de Líderes de Global Compact en Nueva York.
 16. Información disponible en <<https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>>.
 17. Información disponible en <<https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdd>>.
 18. Información disponible en <http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B58_contra_Corrupcion.asp>.
 19. Aquí debe verse más concretamente el anexo I, acápite VII (Programas de Acción), inciso 5 (Medidas dirigidas al sector privado).

LOS DISTINTOS MODELOS DE INJUSTO

Como se ha sostenido, en las distintas legislaciones penales (y civiles también) de los países europeos se ha tipificado el delito de corrupción en el sector privado, pero cada legislador eligió acercarse más a un modelo de injusto u a otro. En ese sentido, puede decirse que si bien algunos estados coinciden (con muy pocas variantes) en el modelo elegido, son varios modelos los que coexisten a nivel europeo.

En efecto, sin ánimo de abarcar todos los modelos de injusto existentes, pueden enumerarse los siguientes: i) el centrado en la relación laboral empleado-empresario; ii) el concebido como un delito netamente patrimonial; iii) el incluido como un único tipo denominado corrupción pública; y iv) el que es visto como un delito contra la competencia.

En el primero, lo verdaderamente importante estará en la conducta llevada adelante por el dependiente, quien con ánimo de beneficiarse (o beneficiar a un tercero), y prefiriendo su propio interés, elige infringir sus obligaciones en perjuicio del interés del empresario. Debe darse una colisión de intereses en el empleado, quien prioriza el suyo frente al del empresario (propietario de la empresa, sociedad o la institución que fuere). En este caso, parece que el bien jurídico que se intenta proteger, de manera inmediata, es el de la integridad de las relaciones laborales entre empleado y empresario, precisamente la buena fe entre las partes en relación de trabajo; y, de manera mediata, el patrimonio de este último (o de la empresa en sí). Es decir, se deja de lado la cuestión de la libre y justa competencia.²⁰

En el modelo de injusto que concibe a la corrupción entre particulares como un delito netamente patrimonial, no solo se exige una infracción de deber (negativo) por parte del dependiente (como lo hace el primer modelo que se ha visto), sino que además pide que haya un perjuicio patrimonial concreto para el empresario. Nieto Martín comenta que este es el modelo más sólido según su entender y que se debería incluir un supuesto en el delito de administración desleal cuando ocurra mediante el pago de sobornos, como así también para el caso de la recepción de sobornos.²¹

20. Según se afirma en José Luis de la Cuesta Arzamendi e Isidoro Blanco Cordero, “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?”, en José Luis Díez Ripollés, coord., *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir* (Madrid: Tecnos, 2002), 257-90 y 267-70; países como Francia, Bélgica, Holanda y Reino Unido habrían acogido este modelo de injusto.

21. Ver Nieto Martín, “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz de Derecho comparado)”, 57 y 68-9. También puede verse Luigi Foffani, “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y el derecho comparado”, *Revista Penal*, No. 12 (2003): 66-7.

El modelo que define a este delito como un único tipo denominado corrupción pública es en el que aparece un único tipo de corrupción que comprenderá tanto a la privada como a la pública; sobre este modelo Nieto Martín manifiesta que descansa sobre un argumento de política criminal: la corrupción “genera siempre ineficiencia económica y costes excesivos que acaban por gravar a los ciudadanos ya sea como administrados, ya sea como consumidores...”.²²

Vale la pena profundizar sobre el modelo de injusto que concibe al tipo penal de corrupción privada como un delito contra la libre competencia, pues se entiende que este es el modelo seguido por los diferentes instrumentos internacionales y supranacionales que versan sobre el asunto, y que a mi juicio, con algunas variantes, es el que debe primar a la hora de tipificar esta conducta.²³

Lo verdaderamente importante para este modelo no es la infracción del deber (negativo) del empleado frente al empresario –y, por ende, la protección de su patrimonio–, sino el menoscabo a la eficiencia del mercado. Aquí se está pretendiendo proteger el bien jurídico del correcto funcionamiento del mercado y el interés general de los consumidores. Parece que el tipo penal deberá aplicarse cuando algún actor que intervenga en el mercado pretenda obtener un beneficio para él o un tercero mediante actos de corrupción. Sin embargo, existen algunas cuestiones adicionales que suelen argumentarse como v. gr. que el tipo penal además protege, de forma indirecta, los potenciales intereses patrimoniales de los competidores, y de los propios empresarios, como así también de los consumidores respecto del encarecimiento de los productos.

LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES COMO TIPO PENAL

Hasta aquí se ha repasado: i) la cuestión de la corrupción privada en la legislación civil y en el Derecho de Defensa de la Competencia español y ecuatoriano, ii) cuáles han sido los instrumentos internacionales que desde hace años han posicionado este tema en el debate sobre la corrupción en general en todo el mundo, y iii) cuáles son los modelos de injusto –y sus principales características– más significativos del tipo penal de la corrupción entre particulares.

22. Nieto Martín, “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz de Derecho Comparado)”, 57.

23. Puede ahondarse más en los detalles de este modelo en De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero, “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?”, 271-4. Allí, los autores sostienen, entre otras cosas, que los países que presentan este modelo en sus legislaciones son Alemania, Suiza y Austria.

A partir de ahora se intentará tomar una postura e indicar si a mi juicio es necesario (y/o si es un deber) que se tipifique este tipo de conductas en Ecuador –y demás países latinoamericanos–, o bien si alcanza con la regulación ya existente. Respecto a España, a continuación se menciona el artículo 286 bis del Código Penal, que tipifica la conducta para exhibir un claro ejemplo sobre todo esto:

1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja.
2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

El legislador español ha seguido, casi textualmente, los instrumentos supranacionales que lo obligaban a normar esta conducta (AC y DM del Consejo de la UE), es decir, lo que se pretende proteger mediante la incorporación de este nuevo delito es, al menos, la competencia justa y honrada entre las empresas para garantizar el buen funcionamiento del mercado. Partiendo de aquí, no es arriesgado señalar que el modelo escogido por España no ha sido otro que el entender la corrupción privada como un delito contra la competencia,²⁴ al estilo de otros países como –según la doctrina mayoritaria– Alemania (con algunas diferencias).

24. La mayoría de la doctrina sostiene que el art. 286 bis es un delito contra la competencia y que su modelo de injusto es ese únicamente. Entre otros puede citarse a Abraham Castro Moreno, “Corrupción en la contratación de mercancías y servicios”, en Iñigo Ortiz de Urbina, coord., *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal, económico y de empresa 2011-2012* (Madrid: Francis Lefebvre, 2011), 619-33; Pilar Otero González, “Corrupción entre particulares”, *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad*, No. 3 (2013): 174-83; Patricia Faraldo Cabana, “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, *Estudios Penales y Criminológicos*, No. 23 (2002): 72-4; De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero, “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?”, 277-8; Carlos Martínez Buján-Pérez, *Derecho penal económico y de*

No solo se justifica que la elección de España ha sido el modelo competencial a través de lo indicado en el párrafo anterior, sino que también se tienen en cuenta otras cuestiones del tipo penal que así lo exhiben. Una de ellas, sin duda, es la expresión del tipo que se refiere a que el sobornado debe actuar para *favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios, o en las relaciones comerciales* (corrupción pasiva), y aquella que actúa *para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros* (corrupción activa). Puede observarse que se está apuntando a la relación de competencia entre el corruptor –y su respectiva empresa– y las demás empresas del mercado, es decir, a través de la norma se está buscando proteger (prevención general positiva) a potenciales competidores que puedan resultar perjudicados por el accionar del corruptor, y al mismo tiempo, se está persuadiendo (prevención general negativa) a los potenciales corruptores para que no cometan estos actos, y así no perjudiquen a la competencia (o mejor dicho a los competidores).

Sin embargo, por otro lado, existen algunas cuestiones que ponen en duda lo que se viene sosteniendo, como, por ejemplo, que se haya decidido excluir como sujeto especial en el tipo de la corrupción pasiva al empresario (dueño y/o socio de la empresa). Lo coherente, al menos a primera vista, hubiese sido que, si se deseaba proteger principalmente la competencia, se incluyera al empresario como uno de los posibles imputados del ilícito. Solo así pareciera que en los casos en donde es el empresario el que se corrompe –o bien que tenga conocimiento de que su empleado fue sobornado– se continuaría protegiendo los objetivos del Derecho de defensa de la competencia de igual manera ya sea que el sobornado se trate de un empleado o del propio empresario. Por el contrario, si se lo deja afuera del tipo, a pesar de la lesión a la competencia, el caso queda impune y, en consecuencia, pareciera que es allí donde las voces que se inclinan por el modelo centrado en la relación del empleado-empleador empieza a tener más volumen.

En definitiva, todo parece indicar que es erróneo afirmar, respecto del tipo penal español, que estamos frente a un delito que únicamente intenta proteger la competencia. Por el contrario, tutela algo más que eso. En ese sentido, parece interesante partir de la visión más amplia de todas, que dice que este delito es pluriofensivo: a) protege a los competidores individualmente en tanto sus empresas, y sus patrimonios, pueden verse afectados por el accionar de los imputados; b) protege a la competencia

la empresa. Parte especial, 5a. ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 380-400 (y específicamente 381-4); María Soledad Gil Nobajas, “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015): 8 y s.

en el sentido de bien supraindividual como institución y como buen funcionamiento del mercado; y c) protege a los consumidores en tanto que por determinada práctica corrupta pueden encarecerse los precios de los productos o servicios y, además, bajar su calidad.

Esta manera de ver el delito es tentadora a la hora de querer legitimarlo, pues al incluir tantos bienes jurídicos al mismo tiempo es difícil sostener que se trata de un delito que no está justificado, pero también hace que sea muy dificultoso aplicarlo en la práctica, pues para imputarlo habrá que justificar que en el caso concreto se dan todas, y cada una, de las lesiones mencionadas. Esto, según parece, haría que este tipo penal se transforme en algo totalmente simbólico, y que en consecuencia no pueda aplicarse a nadie ni a nada, situación que –como se sabe– debe impedirse en el Derecho penal.

Por todo esto, considero que el tipo penal español es bifronte, es decir, protege tanto a los competidores individualmente de manera inmediata y a la competencia en general de forma mediata, como al empresario del sobornado por la deslealtad llevada adelante por su dependiente. Se necesitan ambas cosas para poder aplicar el tipo penal porque en el mismo se exige, por un lado, que se favorezca a alguien frente a terceros (ámbito competencial), y por el otro, que ese favorecimiento sea indebido, es decir, contrario a las obligaciones asumidas por el sobornado por parte del empresario (ámbito de infracción de deber negativo).²⁵

Dejando de lado el tipo penal español en concreto, y volviendo a la propuesta del inicio de este acápite, en primer lugar adelanto que, si bien es cierto que existen

25. De manera similar parece explicarlo Jesús María Silva Sánchez, “El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)”, en Jesús-María Silva Sánchez y otros, *El Nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma* (Madrid: La Ley, 2012), 420. La misma postura toma Gómez-Jara Díez, “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?”, 231-2; Así también Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, 35. Con algunos matices, Carolina Bolea Bardon, “Deberes del administrador y prácticas de *kick-back*”, *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología* 17 (2015): 7, y en su trabajo precedente en Carolina Bolea Bardon, “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e inconvenientes”, *InDret* 2 (2013): 13-4, tiene una tesis similar. Por último, también se resalta la opinión de Kindhäuser, quien, refiriéndose al tipo penal de la corrupción privada del Código Penal alemán, y en minoría en aquel país; sostiene que no es posible ver a este tipo penal con la concepción de un modelo puro contra la competencia pues diferencia, por un lado, el bien jurídico que se está protegiendo y, por el otro, la forma específica de agresión (el acto de corrupción) que solo puede aparecer cuando existe una situación de incompatibilidad de intereses (entre el empresario y el otorgante del soborno). Esta existe, si y solo si, el sobornado es un dependiente y no el empresario, ver en Urs Kindhäuser, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán”, traducción del Dr. Percy García Cavero, *Polít. Crim.*, No. 3 (2007): 13-4.

diversos instrumentos internacionales, supranacionales y hasta regionales que invitan y recomiendan a los países latinoamericanos a legislar penalmente las conductas de corrupción entre particulares, no es posible afirmar que la situación es igual a la europea, pues allí, a través de los acuerdos efectuados, sí surge una obligación para que los estados miembros de la UE tipifiquen la conducta. Sin embargo, sí es una gran preocupación de los diversos organismos regionales y cada vez se exige más este tipo de legislación para poder seguir perteneciendo a dichas entidades.

Realizada esa aclaración, considero que, por muchas de las razones ya indicadas, no es suficiente la legislación existente sobre la defensa de la competencia para erradicar este tipo de conductas de corrupción entre los privados. Por lo tanto, es necesario crear un tipo penal específico, no solo por las recomendaciones ya vistas, sino debido a que es la manera más efectiva de combatir estas conductas, y que el Derecho penal se encuentra legitimado para ello.²⁶

Así, pienso que la manera más adecuada de tipificar el delito de corrupción entre particulares es tomar el modelo de injusto que hace especial énfasis en la competencia: más precisamente en el correcto funcionamiento del mercado e interés general de los consumidores. De todos modos, entiendo que debe exigirse, por un lado, que se favorezca a alguien frente a terceros (ámbito competencial) y, por el otro, que ese favorecimiento sea indebido, es decir, contrario a las obligaciones asumidas por el sobornado frente al empresario (ámbito de infracción de deber negativo).

ALGUNAS BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL TIPO PENAL DE LA CORRUPCIÓN PRIVADA

Otro punto interesante para revisar, al menos por encima y sin poder profundizar demasiado aquí, es la legitimación que puede tener (o no) este tipo penal introducido al CP español. Esto también podría ser útil a la hora de analizar la legitimidad (o no) de crear un nuevo tipo penal en países como Ecuador. En efecto, doctrinariamente se habla de que dentro del CP pueden existir conductas que, en rigor de verdad, no son merecedoras de ser delito, y que a su vez, fuera del CP pueden existir conductas que sí son merecedoras de serlo. Sobre este punto, pueden destacarse tres distintas visiones que se exhiben a la hora de justificar la presencia de un tipo penal en el CP:²⁷ i) una

26. En el siguiente apartado se hará referencia específica a esto.

27. Esto se ve más desarrollado en Jesús María Silva Sánchez, “No solo bienes jurídicos”, editorial de *InDret*; Jesús María Silva Sánchez, “Delito y daño: una puntualización”, *InDret Penal*. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/editorial_penal_1.pdf>.

visión a la que se la puede denominar como *positiva*, que básicamente sostiene que si la conducta fue incluida como un tipo penal dentro del CP siempre estará justificada (apoyándose en la voluntad del legislador y el principio democrático); ii) una visión de *derecho positivo supralegal* que se diferencia de la anterior en la medida en que exige que haya un control de constitucionalidad para justificar la conducta, es decir, no solo basta con que el legislador incluya el tipo penal, sino que, además, será necesario que el mismo no sea contrario a los principios y fundamentos de la Constitución (concepción negativa). Si esto último ocurriese, el Tribunal Supremo podrá, ante un recurso, declarar la inconstitucionalidad de la norma; y iii) una visión de *derecho suprapositivo* que va aún más allá que la anterior, y afirma que no solo alcanza con ese control de constitucionalidad, sino que hará falta algo más: una visión sobre el Derecho natural o sobre la moralidad.

Según se entiende, el análisis sobre la legitimación del delito de corrupción privada debe enmarcarse en la segunda visión explicada, es decir, desde la idea de un derecho positivo supralegal. A partir de allí, se intentará mostrar que nos encontramos frente a una conducta que parece ser merecedora de ser elevada a delito (en el sentido del concepto material de este) y por ende, introducida a los distintos Códigos Penales. Para ello, se puede partir de la idea del bien jurídico que se está intentado proteger, sin entrar en las diversas e interesantes posturas que le escapan a este concepto, y que afirman que ya no es central su protagonismo.²⁸

Lo primero que hay que decir es que debe entenderse a la norma jurídica en sentido genérico, como un *deber ser legal* querido por la mayoría, que se regula a partir de los legisladores y de su principio democrático. Esta norma (o *deber ser legal*), para mantenerse vigente, lleva consigo una consecuencia que puede ser, principalmente, civil, administrativa o penal. Lo que habrá que hacer en cada caso concreto es verificar si es suficiente con la consecuencia civil, o si hace falta una sanción administrativa, o bien si es necesario una pena. Claro que deberán respetarse los *principios de subsidiariedad* y de *última ratio*, por lo que el Derecho penal solo podrá intervenir si las demás órbitas no son efectivas para mantener la norma.²⁹

Antes de efectuar ese análisis, también es importante señalar que aplicando un control negativo de la Constitución hay que definir si la norma jurídica en cuestión

28. Entre otros trabajos, puede verse Michael Pawlik, “El delito ¿Lesión de un bien jurídico?”, *InDret*, No. 2 (2016); y Bernardo Feijóo Sánchez, “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico”, *InDret*, No. 2 (2008): 1 y s.

29. Se puede profundizar en Wolfgang Frisch, “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, traducción de Ivó Coca Vila, Universidad Pompeu Fabra, *InDret*, No. 3 (2014): 15-6.

vulnera o no alguno de los fundamentos de la Constitución para determinar su legitimación.

Ahora bien, es verdad que mediante esta argumentación se puede estar de acuerdo en que, efectivamente, es necesario regular de alguna manera la corrupción privada pues, sin duda, afecta a la competencia. Dicho esto, la tarea difícil será determinar mediante qué órbita del derecho debe protegerse (y, al mismo tiempo, sancionarse). Sin embargo, parece que tanto el Derecho civil, como el Derecho administrativo-sancionador no han sido (ni lo son en la actualidad) efectivos para combatir este fenómeno. Esto se vislumbra con solo repasar los antecedentes en esas materias, en donde nos percatamos de que, si bien poseen normas tendientes a sancionar ese tipo de conductas, casi no existen casos en la jurisprudencia a pesar de lo asiduo que son los actos de corrupción privada entre las empresas.

Por ello, pareciera que es más efectivo que las consecuencias a estas conductas sean penales.³⁰ Esto así porque, entre otras cosas, el tipo de comunicación de la norma penal es más efectivo que en otras ramas, y muchas veces persuade más a los potenciales delincuentes.

Por otro lado, ante todo esto debe considerarse el fenómeno de los últimos años en relación al combate que se está llevando adelante contra la corrupción (de todo tipo, inclusive la privada) a nivel global, es decir, no se trata de conductas simples que no tienen repercusión alguna, sino que, por el contrario, es una preocupación internacional en la actualidad que quiere erradicarse. Esto tampoco debiera ser vinculante por sí solo, pero sí digno de mencionar en cualquier análisis.³¹

En resumen, mi opinión sobre este punto se refiere a que el tipo penal de la corrupción privada parece estar legitimado: i) su incorporación a la legislación penal es exigida (o recomendada) por el Derecho internacional; ii) el Derecho civil y el Derecho administrativo-sancionador no han sido eficaces mediante sus regulaciones, en el combate a este fenómeno; iii) las cuestiones vinculadas a la prevención general (negativa y positiva) parecen hacer más efectivo para estas conductas una sanción penal; y iv) el fenómeno de la corrupción a nivel internacional hace que todo esto sea más sensible y que deba enfrentarse a nivel global. Lo que sí habrá que tener en cuenta es que el legislador deberá incluirlo legalmente (principio democrático) en el

30. En contra, entre otros, puede verse De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero, “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?”, 285-7.

31. También se hace referencia a esto, indicando que es una de las razones por las que se considera que es correcto que exista sanción penal para este tipo de conductas, en Julián Sánchez Melgar, “La corrupción en el sector privado”, *Revista xurídica galega*, No. 63 (2009): 17-8.

CP y que no se deberán vulnerar ninguno de los fundamentos ni los principios de la Constitución.

CONCLUSIONES

Las conductas relativas al soborno entre particulares son muy habituales en España, en Ecuador y en muchos otros países latinoamericanos. La legislación de defensa de la competencia no parece suficiente ni eficiente para sancionar este tipo de conductas que desde ámbitos internacionales y regionales vienen siendo debatidas y criticadas enfáticamente. Por ello, al igual que ha ocurrido en España y muchísimos otros países de la UE, es necesario legislar penalmente con urgencia este tipo de ilícitos.

En ese sentido, parece que la intención sobre esta materia de las entidades internacionales y regionales más importantes es que el tipo penal sea legislado basándose en un modelo de injusto que proteja, sobre todo, a la libre competencia y al buen funcionamiento del mercado. Además, sin desproteger principalmente ese bien jurídico, debe tenerse en cuenta también el ámbito del empresario y de la infracción del deber negativo por parte del sobornado.

Si bien es una cuestión polémica y muy debatida internacionalmente (y sobre todo entre los países europeos), en mi opinión un tipo penal que reprima los actos de corrupción entre particulares se encontraría legitimado. Es decir, el Estado se encontraría legitimado para legislar penalmente –con algunas salvedades– estas conductas como delictivas, sin violar con ello ningún principio fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

- Bolea Bardon, Carolina. “Deberes del administrador y prácticas de *kick-back*”. *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, 17 (2015).
- . “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e inconvenientes”. *InDret*, No. 2 (2013).
- Castro Moreno, Abraham. “Corrupción en la contratación de mercancías y servicios”. En Iñigo Ortiz de Urbina, coord., *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal, económico y de empresa 2011-2012*. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2011.
- De la Cuesta Arzamendi, José Luis, e Isidoro Blanco Cordero. “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?”. En José Luis Díez Ripollés, coord., *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002.
- Faraldo Cabana, Patricia. “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”. *Estudios Penales y Criminológicos*, No. 23 (2002).

- Feijóo Sánchez, Bernardo. “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico”, *InDret*, No. 2 (2008).
- Foffani, Luigi. “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y el derecho comparado”, *Revista Penal*, No. 12 (2003).
- Frish, Wolfgang. “Pena, delito y sistema del delito en transformación”. *InDret*, No. 3 (2014). Traducción de Ivó Coca Vila, Universidad Pompeu Fabra.
- Gil Nobajas, María Soledad. “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015).
- Gili Pascual, Antoni. “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 9 (2007).
- Gómez-Jara Díez, Carlos. “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?”. *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, No. 74 (2008).
- Kinhäuser, Urs. “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán”. Traducción del Dr. Percy García Caveró. *Polít. Crim.*, No. 3 (2007).
- Martínez Buján-Pérez, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Massaguer, Josep. “Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales”. En Josep Massaguer, José Manuel Sala Arquer, Jaime Folguera y Alfonso Gutiérrez, dir., *Comentario a la ley de defensa de la competencia*, 4a. ed. Pamplona: Aranzadi, 2015.
- Navarro Frías, Irene, y Lourdes Melero Bosh. “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”. *InDret*, No. 4 (2011).
- Nieto Martín, Adán. “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz de Derecho comparado)”. *Revista Penal*, No. 10 (2002).
- Otero González, Pilar. “Corrupción entre particulares”. *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, No. 3 (2013).
- Pawlik, Michael. “El delito ¿Lesión de un bien jurídico? *InDret*, No. 2 (2016).
- Robles Planas, Ricardo. “Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al derecho penal”. En Andrew Von Hirsch y otros, *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012.
- Sánchez Melgar, Julián. “La corrupción en el sector privado”. *Revista xurídica galega*, No. 63 (2009).
- Silva Sánchez, Jesús-María. “El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)”. En Jesús-María Silva Sánchez y otros, *El Nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. Madrid: La Ley, 2012.
- . “Delito y daño: una puntualización”. *InDret Penal*. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/editorial_penal_1.pdf>.

---. “No solo bienes jurídicos”. *InDret Penal*. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/editorial_penal_2.pdf>.

Fecha de recepción: 3 de abril de 2017
Fecha de aprobación: 16 de mayo de 2017

Análisis de la figura “Programa de Clemencia” en Derecho de competencia comparado. Parámetros para la aplicación en Ecuador

*Carlos Alfredo Trujillo Viteri**

RESUMEN

El programa de clemencia es una herramienta vital que tienen los entes reguladores en materia de competencia para poder sancionar, descubrir y prevenir carteles. Los dos programas de clemencia más importantes en el mundo se encuentran en Estados Unidos (EE. UU.) y en la Unión Europea (UE). En estas dos legislaciones las diferencias y matices del programa son claras, muy profundas y se dan porque los objetivos del Derecho de competencia de la UE y el de EE. UU. son distintos. En el presente artículo analizaremos la importancia que tiene este programa en el Derecho de competencia, se comparará el programa de EE. UU. con el de la UE, para finalmente establecer los parámetros para su efectiva aplicación en Ecuador.

PALABRAS CLAVE: programa de clemencia, Derecho de la competencia, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado (LORCPM).

ABSTRACT

The leniency program is an important tool of the competition law in order to punish, discover, and prevent cartel activities. The most important leniency programs of the world are from the United States (USA) and the European Union (EU). In both legislations the differences and nuances of the program are clear and deep because of the differences of the objectives of the competition law in the USA and the EU. In this work, the importance of this program in the competition law, the comparison of the USA and de EU programs, and the parameters for its application in Ecuador will be analyzed.

KEYWORDS: leniency program, competition law, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado (LORCPM).

FORO

* Estudiante del Máster en Derecho de la Competencia, University College London.

ANTECEDENTES

El programa de clemencia o *leniency program* [programa en adelante] es una herramienta del Derecho de competencia, con la que los órganos de control luchan contra carteles¹ a nivel estatal como mundial. Cuando la Comisión Europea o el Departamento de Justicia de los EE. UU. [DOJ por sus siglas en inglés en adelante] descubren un cartel, estos son llevados a juicio, y posteriormente los miembros de estos son multados por infringir la competencia en sus respectivas jurisdicciones. Gracias a este programa se descubren dichos carteles, beneficiando a quién los delató con inmunidad o reducción de multas, como lo explica la Comisión de la UE en los párrafos 3 y 4 del *Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases*.²

Esta herramienta nació en 1978 en EE. UU. con el *Leniency program*, posteriormente en 1993 se expidió el *Corporate Policy*,³ y finalmente el *Leniency Policy for Individuals* en 1994.⁴ Por su lado, la UE, en 1996 implementó el programa con la expedición de la *Commission Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases*, el cual sería reformado en 2002, en 2006, y finalmente en 2015, quedando establecidos así los dos programas más importantes de clemencia a nivel mundial.

La importancia del *leniency program* en la lucha, descubrimiento y sanción de carteles puede ser demostrada con datos empíricos. Por ejemplo, un reporte de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD por sus siglas en inglés) de 2001 estableció que:

Desde que el programa de EE. UU. fue revisado en 1993... el número de aplicaciones se ha multiplicado en más de veinte por año, y ha llevado a docenas de sentencias y multas con un total de más de \$1 billón... La Comisión Europea en 1996 anunció las condiciones

-
1. Un cartel es una organización colectiva cuyos miembros realizan un acuerdo entre ellos para suspender la competencia. (Traducción libre). Dentro de los ejemplos más claros de cartel tenemos: la fijación de precios, fijación de cuotas, fijación de condiciones comerciales, límite de producción, reparto de mercado. El ejemplo más claro de cómo funciona un cartel lo podemos encontrar en la OPEP. Ver Damien Geradin, Anne Layne-Farrar y Nicolas Petit, *EU Competition Law and Economics* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 391.
 2. Ver European Union. Commission of the European Union, “Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases”, *Official Journal of the European Union*, Bruselas (2006): párrafos 3 y 4.
 3. United States of America, Department of Justice, DOJ, “Corporate Leniency Program” (10 de agosto de 1993).
 4. United States of America, Department of Justice, DOJ, “Leniency Program for Individuals” (10 de agosto de 1994).

bajo las cuales con la cooperación pueda llevar a significantes reducciones o excepciones en las multas, y el programa... ha sido invocado en más de veinte ocasiones...⁵ (Traducción libre).

Por lo cual, este programa es atractivo para los miembros del cartel, quienes se pueden beneficiar no solo de inmunidad total, sino que pueden tener una reducción significativa en su multa. De igual manera, por el lado de las autoridades, qué mejor que los miembros de un cartel se delaten entre ellos, lleven las pruebas ante la autoridad y terminen con sus prácticas anticompetitivas. Como resulta obvio, le resta trabajo tanto a la Comisión como al DOJ, quienes –en muchos casos– descubren carteles que han llevan años actuando, gracias a uno de sus propios miembros que decidió delatar al resto.

Finalmente, se debe señalar que, a más de descubrir y sancionar carteles, a través de estos programas se busca obtener un efecto disuasivo suficiente para evitar la formación de carteles. Es decir, una vez que el resto de actores económicos vea lo que ocurre con los programas, y cómo resulta sencillo descubrir y multar carteles, se espera que el efecto logrado sea suficiente para inhibir al resto.

RAZÓN DE SER DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA

Si bien descubrir, sancionar e inhibir la formación de carteles es cómo funciona y para qué sirve el programa, su razón de ser es distinta y se la encuentra en los objetivos del Derecho de competencia, los cuales son claros y distintos dependiendo de la jurisdicción en la que se trate. Estos difieren tanto en EE. UU. como en Europa. En la UE, de acuerdo al artículo 101 del *Treaty on the Functioning of the European Union* (en adelante TFEU por sus siglas en inglés), se establece:

1. Serán incompatibles con el mercado interior y *quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas...* que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir... la competencia dentro del mercado interior...⁶ (Las cursivas me pertenecen).

El artículo 101 del TFEU resalta que el *principal* objetivo del *competition law* en la UE es la integración y el buen funcionamiento del mercado interno de la Unión

5. OECD, “Using Leniency to Fight Hard Core Cartels. Policy Brief”. *OECD Observer* (2001), 2. Disponible en <<http://www.oecd.org/daf/competition/1890449.pdf>>.

6. European Union, Commission of the European Union, “Treaty on the Functioning of the European Union”. En *Official Journal of the European Union*, Bruselas, art. 101 (2012).

Económica Europea. Esto se refuerza ya que el *COUNCIL REGULATION (EC) No. 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82⁷ of the Treaty* dice: “con objeto de establecer un régimen *que garantice que no se falsea la competencia en el mercado común*, procede velar por la aplicación eficaz y uniforme en la Comunidad de los artículos 81 y 82 del Tratado”⁸ (las cursivas me pertenecen). Así se infiere que lo que más importa en la UE es el buen funcionamiento e integración del Mercado Común Europeo.

Como ya se señaló, en EE. UU. los objetivos del Derecho de competencia difieren a los de la UE. Mientras en Europa tenemos la integración y el buen funcionamiento del “mercado interno”, en los EE. UU. tenemos como objetivo principal del *Antitrust* la eficiencia económica. Esto es resaltado por Ionnis Lianos, quien afirma que en Europa desde un punto de vista histórico el objetivo principal del Derecho de competencia siempre ha sido la integración del mercado interno y la protección al consumidor.⁹ No obstante, en EE. UU., principalmente por la influencia de los Chicago Boys el objetivo del *Antitrust* es la eficiencia económica o *welfare*, no del consumidor en sí mismo, sino de la sociedad en su conjunto.¹⁰ Esta diferencia radical de los objetivos en el Derecho de competencia en estas dos jurisdicciones explica –aunque sea en parte– las sentencias y los razonamientos diversos en casos muy parecidos y con los mismos actores, como es el caso de *Microsoft vs. EE. UU.*, y el caso de *Microsoft vs. La Comisión Europea*.

De igual manera, gracias a esta diferencia se explica el hecho de que en EE. UU. sí existe una *rule of reason* o una *per se rule*¹¹ mientras que en la UE categóricamente se ha negado el uso de ambas,¹² y en esta jurisdicción se ha optado en lugar de *rule*

7. Los artículos 81 y 82 del TFUE cambiaron de numeración por los artículos 101 y 102, luego del Tratado de Lisboa, no obstante, el contenido y fondo se mantuvo intacto. Por lo cual, es indistinto referirse al artículo 81, 82 o 101 o 102 del TFUE.

8. European Union, Commission of the European Union, “Council regulation (EC) No. 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty”. *Official Journal of the European Communities*, Bruselas (2003): párrafo 1.

9. Lianos Ioannis, *Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law* (Londres: CLES Working Paper Series, 2013).

10. *Ibid.*

11. Para comprender de una manera más eficiente lo que son la *rule of reason* y la *per se rule*, ver Robert H. Bork, “The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division”. *The Yale Law Journal*, vol. 74 (1965). Disponible en <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4158&context=fss_papers>.

12. Para entender el porqué en la UE no hay el uso de la *per se rule* ni la *rule of reason*, ver el capítulo 5.2. de Ioannis Lianos, Valentine Korah, Paolo Siciliani, “Rules, standards and the concept of restriction of competition: a perspective of decision theory, en *Competition Law: Cases and Materials* (s. l.: Hart Publishing, 2017).

of reason, analizar si los acuerdos son anticompetitivos por objeto u efecto conforme el artículo 101 (1) del TFEU, y en vez del uso de la *per se rule*, en la UE se usa el artículo 101 (3) del TFEU así se trate de una restricción *hard-core* a la competencia, como son los *naked cartels*.

Así, podemos afirmar que la razón de ser de los programas en el *Competition Law* –por un lado– es la integración y el buen funcionamiento del “mercado interno”, y del *Antitrust* la eficiencia económica.

ENFOQUE EN EE. UU. Y LA UE

A más del contraste de objetivos entre la UE y los EE. UU., existen tres diferencias extras e importantes para la aplicación de estos programas.

Primero, en la UE solo se puede enjuiciar a *undertakings*¹³ y no a personas naturales. Un *undertaking* puede comprender firmas, empresas o personas jurídicas que realicen actividades económicas; no obstante, el término puede incluir más formas de asociación, motivo suficiente para referirnos en este trabajo a *undertaking* en general y no solo a personas jurídicas o empresas como se lo hace en la traducción al español del artículo 101 (1) del TFUE.

Segundo, en EE. UU. existe responsabilidad penal para las personas naturales que realicen estas infracciones mientras que en la UE no existe, puesto que, al no poder enjuiciar a personas naturales, resultaría imposible imputar penalmente a un *undertaking*. Esta diferencia es vital para el impulso del efecto inhibitorio que se busca a través del programa, como veremos más adelante.

Finalmente, la última diferencia se da por el funcionamiento de los programas de clemencia y quienes puedan pedir daños y perjuicios. Por un lado, en EE. UU. si un miembro del cartel, sea persona natural o jurídica, pide clemencia y el DOJ se la otorga, este tiene inmunidad tanto en multas, responsabilidad penal y se le asegura que la información y pruebas entregadas en el programa jamás serán reveladas a terceras partes, para evitar una posterior demanda de daños y perjuicios por parte de los usuarios. Es decir, gracias al actuar del DOJ, terceras personas que hayan sufrido daños por el cartel no pueden acceder a la información que el *undertaking* involucrado entregó, esto dificulta que existan juicios por daños y perjuicios.

13. El concepto de un *undertaking* abarca cada entidad comprometida en una actividad económica sin importar el estatus legal de esta entidad o la forma en que es financiada”. Richard Wish, David Bailey, *Competition Law* (London: Oxford University Press, 2015), 86.

Por otro lado, en la UE, pese a la inmunidad en las multas, los *undertakings* enfrentan la posibilidad de ir a juicio por daños y perjuicios contra terceras partes en los diferentes estados miembro. Esto se debe a que en la UE existen 28 miembros que si bien se rigen en un marco común bajo el TFUE, de igual manera, conforme a la Regulación 1/2003 son capaces de imponer sus propias leyes de competencia dentro de su territorio. Es decir, dentro de cada Estado, los consumidores y terceros afectados por los carteles pueden demandar conforme a las leyes de sus países.

Por su parte, en EE. UU. los únicos que pueden empezar un juicio por daños y perjuicios son los afectados directos; en el caso de los carteles, son los consumidores. En consecuencia, en EE. UU. son aptos para pedir indemnización por daños y perjuicios los consumidores directos del cartel. Por otro lado, en la UE pueden pedir indemnización todos los afectados por el cartel. Es decir, no solo los compradores directos, sino cualquiera que haya participado en la cadena de valor y que se sienta afectado, lo que da como resultado que sea mucho más factible realizar una demanda por daños y perjuicios en la UE que en EE. UU. Estas tres diferencias son las responsables de que exista un enfoque tan distinto del programa de competencia en Europa y en Estados Unidos.

UNDERTAKINGS Y PERSONAS NATURALES

Esta diferencia se da debido a que el artículo 101 (1) del TFEU establece: “The following shall be prohibited as incompatible with the internal market all agreements *between undertakings*, decisions by associations of *undertakings* and concerted practices which may affect trade between Member States [...]”¹⁴ (las cursivas me pertenecen). Por disposición de la ley solo los acuerdos entre *undertakings* están prohibidos, por lo cual, acuerdos entre personas naturales que afecten el mercado se encuentran exentos en el Derecho de competencia de la UE. No obstante, los estados miembros con sus leyes internas pueden perseguir a personas naturales.

En cambio, en EE. UU. sí se puede perseguir tanto a *undertakings* como a personas naturales, estas facultades son derivadas de la Sherman Act la cual en su sección 1 desde 1890 establece:

Cada persona que realice un contrato o forme parte de cualquier combinación o conspiración declarada ilegal en la presente, será declarada culpable de un delito, y, a una condena,

14. European Union, Commission of the European Union, “Treaty on the Functioning of the European Union”, *Official Journal of the European Union*, Bruselas (2012): art. 101.

será penada con una multa... *si una corporación*, o, si alguna otra persona... o si por prisión no excederá los tres años...¹⁵ (las cursivas me pertenecen)

A diferencia de Europa, desde el inicio del *Antitrust* en EE. UU. sí se ha podido perseguir tanto a personas naturales como a *undertakings*, lo que es una ventaja sobre el Derecho de competencia europeo sobre todo en la responsabilidad penal, y en inhibir la formación de carteles, como veremos a continuación.

RESPONSABILIDAD PENAL EN LA UE Y EN EE. UU.

En EE. UU., al poder perseguir a personas naturales por infracciones a la competencia como en el caso de carteles, da como resultado que también exista responsabilidad penal de las mismas, y que el DOJ pueda levantar cargos contra estos, hecho que no sucede en Europa. Esta ventaja es especialmente apreciable en el efecto disuasivo e inhibitorio que los programas de clemencia puedan tener sobre los carteles para evitar estas prácticas en un futuro. Conforme Wagner Von Papp, los carteles se forman por un problema de agencia, en el cual existen disparidad de intereses entre el principal (*undertaking*) y el agente (empleados o gerentes). Al no estar alineados los intereses del principal con el agente, este último busca ganar más dinero –ya sean bonos por ventas o comisiones– a través del principal, sin importarle si infringe las leyes de competencia. Esto se acentúa en Europa debido a que aquí no existe responsabilidad penal en infracciones a la competencia. Los carteles son difíciles de descubrir, y cuando son descubiertas por las autoridades por lo general ya han pasado años desde que empezaron.

Con este antecedente, cuando las autoridades descubren el cartel, es probable que el agente ya no trabaje en esa empresa, haya usufructuado de su conducta, y encima no sea responsable porque no es imputable penalmente.¹⁶ Es claro que para el agente, el programa no tiene el efecto disuasorio que tendría en EE. UU., donde dicha persona así no siga trabajando en la empresa puede ser enjuiciada penalmente en un futuro. Como resultado de esto, el *leniency program* americano es más efectivo que el programa de la UE.

15. United States of America, *The Sherman Antitrust Act*, sección uno (1890).

16. Florian Wagner-von Papp, “Compliance and Individual Sanctions for Competition Law Infringements”, en Johannes Paha, edit., *Competition Law Compliance Programs-An Interdisciplinary Approach* (Londres: Springer, 2016), capítulo 9. Disponible en <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2771289>.

REVELACIÓN DE INFORMACIÓN Y ACCIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Otra diferencia entre estos dos regímenes es la facilidad que las terceras partes tienen para realizar acciones de daños y perjuicios, y si se puede o no revelar la información que se ha entregado en los programas de clemencia, esto para dichas acciones por daños y perjuicios. Tanto la UE como EE. UU. tienen una aproximación diferente al tema:

El impacto que tiene las acciones por daños y perjuicios, parece similar al que tiene el añadir responsabilidad penal a individuos. Si un aspirante al programa, en especial el primero que también goza de inmunidad a las multas, también pudiera tener inmunidad a demandas por daños, el efecto podría ser reforzar la efectividad de los programas, ya que los aspirantes a estos programas se sentirían más atraídos por este beneficio. Por el contrario, si no se da inmunidad a las acciones de daños, estas acciones darían como resultado el debilitamiento del programa.¹⁷

Los programas de clemencia donde existe inmunidad total tanto a multas como a futuras acciones por daños y perjuicios son mucho más atractivos. Sin embargo, tanto en EE. UU. como en la UE, los afectados pueden iniciar juicios por daños y perjuicios. La gran diferencia radica en quienes pueden iniciar juicios y si dichos juicios contarán con las pruebas que las empresas entregaron a la autoridad como parte del proceso de su pedido de clemencia. Por un lado, en la UE conforme el artículo 16 (1) de la Reglamentación 1/2003 se establece:

Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, *no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión...*¹⁸ (las cursivas me pertenecen)

Por lo cual, si la Comisión ya estableció que existió una violación al Derecho de competencia queda claro que ninguna Corte de los veintiocho miembros de la UE puede declarar lo contrario. Es decir, existe la certeza jurídica de que el daño a la com-

17. P. J. Wouter Wils, “Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice”. En Dieter Schmidtchen y Stefan Voigt, edit., *The More Economic Approach to European Competition Law, Conferences on New Political Economy* (Saarbrücken: Mohr Siebeck, 2006), 40.

18. European Union, Commission of the European Union “Reglamento (CE) No. 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado”, *Official Journal of the European Union*, Bruselas (2003): art. 16.

petencia existió y es más sencillo empezar una acción de daños y perjuicios por parte de un supuesto damnificado. Ahora, conforme a la teoría general de la responsabilidad, sabemos que para que exista un daño debe existir un hecho ilícito, un perjuicio, culpa y un nexo causal. Con una sentencia de la Comisión se tendría la certeza del hecho ilícito, el perjuicio que causó el *undertaking*, la culpa del mismo, pero no se tiene el nexo causal con la víctima en sí, ya que la afectación la sufrieron los consumidores en general, más no, un consumidor específico.

Al no tener el nexo causal, los supuestos afectados van a intentar acceder a los documentos incriminatorios que los mismos *undertakings* presentaron en su solicitud, con el objetivo de ganar sus demandas. Los ciudadanos europeos pueden pedir el acceso a estos documentos gracias al artículo 2 del Reglamento 1049/2001 sobre acceso a los documentos de las instituciones europeas.¹⁹ Con ese acceso resultaría sencillo en la UE comprobar un supuesto nexo causal para emprender acciones de daños y perjuicios. Solo sería cuestión de pedir a la Comisión los documentos respectivos entregados por las partes y a esto sumando a la sentencia previa se tendría un sólido caso de daños y perjuicios en contra de los *undertakings*.

Esto era una realidad en la UE, y era peligroso para la existencia del programa, ya que no existía un incentivo para dejar de realizar las actividades ilícitas. Debido a que, pese a tener inmunidad frente a la Comisión, esta no se extendía a los daños y perjuicios causados a terceros, y si los daños que tendrían que pagar a terceros resultan mayores a los beneficios que se obtienen continuando la actividad ilícita es muy probable que no se entregue información, ni se solicite clemencia. Esto ha sido reconocido por Wouter Wilis:

El documento donde se reconoce por parte de los infractores su mal actuar “*corporate statement*” no puede ser obtenido de ninguna otra forma que no sea de manera voluntaria por parte del peticionario dentro del programa de clemencia. Esto logra facilitar el descubrimiento y castigo del cartel por la autoridad competente. En esta situación no nos parece injusto negar el derecho de los peticionarios a acceder al “*corporate statement*”, ya que la protección en contra de la revelación de estos documentos en acciones por daños y perjuicios hace a los programas de clemencia más atractivos, facilitando los propósitos de

19. Ver European Union, Commission of the European Union, “Reglamento (CE) No. 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, *Official Journal of the European Union*, Brussels (2001): art. 2.

sancionar y disuadir.²⁰ (Refiriéndose a los propósitos del programa de clemencia) (Traducción libre).

La preocupación de que el programa se vea afectado ante esta realidad fue tal que en el año 2008 la Comisión Europea expidió lo que se conoce como el “Libro blanco, Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, donde en su punto 2.9 claramente expresa:

En las demandas de reparación de daños y perjuicios interpuestas por particulares debe garantizarse una protección adecuada contra la divulgación de las declaraciones corporativas presentadas por un solicitante... De no ser así, la amenaza de divulgación de la confesión ofrecida por un solicitante de clemencia podría tener una influencia negativa en la calidad de sus envíos, o hasta disuadir a un infractor de solicitar la clemencia.²¹

Es interesante observar cómo la UE a través de este libro intentaba dar la guía que se debe aplicar con respecto a la información brindada en el programa. No obstante, era solo una guía, no un reglamento ni una ley, por ende, no vinculante, y en teoría alguna Corte de un Estado miembro podía pedir información a la Comisión. No sería hasta el año 2015, y ya que el Libro Blanco no era suficiente, que la Comisión realizó finalmente una enmienda a su programa original que recoge:

3...a Comisión no transmitirá en ningún momento a los órganos jurisdiccionales nacionales declaraciones de clemencia formuladas por empresas para su uso en las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Tratado(*).²²

Finalmente en el año 2015 la UE se unió a EE. UU. impidiendo que la información entregada en los procedimientos de clemencia sea susceptible de ser revelada para futuras demandas por daños y perjuicios. Este riesgo no se corrió nunca en EE. UU. donde el procedimiento fue diferente desde un principio, y en donde, si bien es cierto que los peticionarios del programa no tienen inmunidad contra las demandas por daños y perjuicios, estos sí pueden estar tranquilos que el DOJ no revelará los “*corporate statements*” que hicieron al momento de la aplicación. Por otro lado, dentro del mismo Libro Blanco queda al descubierto otra diferencia clave que hay entre los dos

20. P. J. Wouter Wils, “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, *World Competition Law and Economics*, vol. 32, No. 1 (2009): 23.

21. European Union, Commission of the European Union, “White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules”, *Official Journal of the European Union*, Bruselas (2008).

22. European Union, Commission of the European Union, “Communication from the Commission Amendments to the Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases”, *Official Journal of the European Union*, Brussels (2015).

regímenes. Esta diferencia recae en quién puede realizar las demandas por daños y perjuicios, en EE. UU. los únicos que pueden demandar son los afectados directos, es decir, los consumidores. Por otro lado, en la UE lo pueden hacer todos los afectados, como lo manifiesta el punto 2.1 del Libro Blanco.²³

Puede no parecer muy significativo si se tiene en cuenta que es muy complicado acceder a los documentos presentados en el programa. No obstante, al momento en que la Comisión admite que incluso compradores indirectos sean capaces de realizar demandas por daños y perjuicios, crea una carga en los *undertakings* quienes deben pensar dos veces en someterse o no al programa, ya que no solo deberán defenderse de demandas a afectados directos, sino que existe el riesgo de demandas por partes de cualquier tercero que se crea “comprador indirecto”. De nuevo, EE. UU. tiene una ventaja sobre el régimen de la UE no solo porque el DOJ no va a entregar los documentos presentados en los programas de clemencia, sino también porque las personas que pueden demandar daños son solo los afectados directos, y no como en Europa que puede demandar virtualmente cualquier persona que se sienta afectada.

CONDICIONES PARA LA APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA

Una de las diferencias entre el *Antitrust* y el Derecho de competencia es que EE. UU. tiene dos programas distintos de clemencia, mientras que la UE solo posee uno. El primero es para personas jurídicas y el otro es para personas naturales. La diferencia entre estos programas es que en el de individuos la clemencia es para no recibir sanciones penales ni multas, mientras que en el de corporaciones es solo para no recibir multas; cada uno tiene condiciones similares. En el *leniency program* para personas naturales las condiciones que se deben reunir para poder acceder a la inmunidad son tres.²⁴

En la primera condición, si el DOJ ha recibido previamente información sobre el cartel, quiere decir que ya se encuentra investigando al peticionario y por lo mismo no le va a dar inmunidad, ya que la información brindada no ha servido. En la segunda se necesita cooperar totalmente con el DOJ, es decir, si la autoridad necesita más pruebas, testimonios u otro tipo de colaboración, el peticionario debe estar ciento por

23. Ver European Union, Commission of the European Union, “White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules”.

24. Ver United States of America, Department of Justice, DOJ, “Leniency Program for Individuals” (10 de agosto de 1994).

ciento comprometido en entregar todo lo que se requiera; si esto no es cumplido no se otorgará inmunidad penal al peticionario. Finalmente, en la tercera condición, el peticionario no debe ser *ring leader*, es decir, no debe ser quien inició con el cartel, tampoco quien ejercía coerción sobre el resto de miembros para que cumplan con los acuerdos de esta organización criminal. Si el peticionario cumple con las dos condiciones anteriores pero fue *ring leader* del cartel no se le podrá dar la inmunidad penal solicitada. Las tres condiciones del programa son cumulativas y se deben cumplir todas para poder acceder al mismo. No obstante, si el individuo no accede al programa mediante estos requerimientos, es potestad del DOJ analizar caso por caso y entregarle inmunidad así no haya cumplido los requisitos; esto dependerá exclusivamente del DOJ.

Por otro lado, para el pedido de clemencia dentro de las corporaciones las condiciones que se deben cumplir son seis.²⁵ La primera condición es igual a la primera del pedido de clemencia de individuos, por lo cual no merece mayor análisis. En la segunda, la persona jurídica debe probar al DOJ que al momento en que descubrió ser parte del cartel terminó dicha actividad ilegal y la finalizó con el respectivo pedido de clemencia. En tercer lugar, la cooperación con el DOJ es igual a la cooperación del programa de individuos. Cuarto, si es factible, la persona jurídica debe restituir a las víctimas del cartel, normalmente de manera económica. Finalmente, si la corporación o la persona jurídica fue *ring leader* no se puede aplicar el programa, todas estas condiciones son cumulativas. A diferencia del programa para individuos, si no se cumplen con uno de los seis requisitos, existe un escenario B para que se pueda dar inmunidad.²⁶

Para continuar, procederemos a analizar el único programa que existe en la UE. Dentro de este régimen, el programa se encuentra en la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel, en la cual se estipula los requisitos para acceder al programa.²⁷

Las condiciones del programa de la UE son más detalladas que las de EE. UU., no obstante de eso, en esencia son las mismas. Al igual que en EE. UU., el peticionario debe entregar información que la Comisión no haya tenido con anterioridad y

25. Ver United States of America, Department of Justice, DOJ, “Corporate Leniency Program” (10 de agosto de 1993).

26. Ver United States of America, Department of Justice, DOJ, “Corporate Leniency Program” (10 de agosto de 1993).

27. Ver European Union, Commission of the European Union, “Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases”, *Official Journal of the European Union*, Bruselas (2006): título II.

dicha información debe ser suficiente para empezar una indagación, o que con dichos elementos probatorios se pueda dictaminar una violación del artículo 101 (1) del TFUE. Además en la UE se especifica que el *undertaking* que busca la clemencia debe realizar un *corporate statement* presentando las pruebas suficientes, nombres de directivos, direcciones y toda información que la Comisión considere necesaria para empezar la investigación. Como en EE. UU., si la Comisión ya posee pruebas o la información necesaria sobre el cartel y su práctica anticompetitiva antes de que el peticionario las entregue, dicho peticionario no podrá acceder al programa, ya que las pruebas entregadas no fueron de ayuda y el peticionario ya estaba siendo investigado. Otra semejanza que tiene con EE. UU. es que el peticionario debe prestar cooperación total con la Comisión desde el momento en que pidió clemencia y durante todo el procedimiento. Finalmente, al igual que en EE. UU., el peticionario que fue *ring leader* del cartel no podrá acceder al programa de clemencia.

Dentro del programa de la UE existe no solo “inmunidad” a las multas, sino que también existe una reducción a las mismas, que se da cuando el que ha presentado el pedido de clemencia no fue el primero en hacerlo, y para que dicha reducción se pueda aplicar se deben acatar algunos requisitos.²⁸ El ejemplo más emblemático que hay sobre estas reducciones y cómo funcionan es el célebre caso del cartel de vitaminas en la UE, donde la Comisión en su decisión sobre este cartel en los párrafos 760-767 estableció reducciones a las empresas Hoffman-La Roche AG, [y otras] de entre el 10% al 50% de la multa,²⁹ lo cual se tradujo en millones de dólares para las empresas. Si las empresas colaboran con los entes de control estas pueden recibir desde inmunidad hasta reducciones. Esto deja claro que el objetivo principal del programa no es obtener dinero, sino persuadir a las empresas a que no realicen carteles, y aún más importante descubrir y destruir los mismos.

PARÁMETROS PARA LA APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN ECUADOR

En el Ecuador el programa se encuentra establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado (LORCPM), la cual en sus artículos 83 y 84 establece el régimen del programa de clemencia.³⁰ Estos artículos son una copia de

28. *Ibíd.*, título III.

29. Comisión de las Comunidades Europeas, *Caso COMP/E-1/37.512 Vitaminas*, Resolución de la Comisión, 10 de enero de 2003, párrafos: 760-7.

30. Ver Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 555, 13 de octubre de 2011, art. 83 y 84.

lo que se tiene en la UE; por un lado, el solicitante debe ser el primero en acudir a la autoridad, la información y las pruebas entregadas por este deben ser suficientes para realizar una inspección o poder declarar una violación al Derecho de competencia, todo tal cual las condiciones de la UE. Igualmente, si el solicitante entrega información que la autoridad –en este caso la Superintendencia– ya tenía en su poder, no podrá ser sujeto al programa, como ocurre en EE. UU. y en la UE. De igual manera, para obtener clemencia el solicitante debe colaborar al 100% con la autoridad correspondiente.³¹ Por otro lado, al igual que en la UE en Ecuador el peticionario debe terminar su actuar ilícito, caso contrario no podrá acceder a la inmunidad de la multa. Finalmente, en los tres sistemas, si se es *ring leader* la petición no será aceptada por la autoridad.

Por otro lado, en el artículo 84 de esta ley al igual que en la UE existe una reducción de las multas para los solicitantes del programa. Aquí se resalta que las nuevas pruebas entregadas por el aspirante dos, tres o cuatro deben tener un valor añadido para que la Superintendencia pueda determinar infracciones, y además deben cumplir con los cuatro requisitos cumulativos del artículo 83 de la LORCPM.

El elemento que más cambia en el programa del Ecuador en comparación de EE. UU. y la UE es la responsabilidad a las personas naturales. En Ecuador el artículo 2 de la LORCPM dispone que todo operador económico, sea persona natural o jurídica y que realice actividades económicas, esté sometido a la ley.³² Es decir, las personas naturales son imputables. Dicha imputabilidad es en el ámbito civil conforme a los artículos 83 y 84 de la LORCPM.³³

Por lo cual, en Ecuador tanto empresas como sus directivos son culpables civilmente y deben pagar las multas que la ley imponga. No obstante, dichas personas naturales son responsables civil pero no penalmente, como en EE. UU. Por lo cual, es una diferencia en la responsabilidad no solo frente a la UE sino también a EE. UU. Realizamos esta afirmación por el artículo 17 del Código Orgánico Integral Penal³⁴ (COIP). Con esta disposición en Ecuador, a diferencia de la UE, las personas naturales son responsables al menos civilmente por violaciones al Derecho de competencia.

31. Ver Ecuador, *Reglamento a Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 697 (Quito, 7 de mayo de 2012), art. 104.

32. Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. *Registro Oficial, Suplemento*, No. 555 (13 de octubre de 2011), art. 2.

33. Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. *Registro Oficial, Suplemento*, art. 83 y 84.

34. Ver Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 180, 10 de febrero de 2014, art. 17.

Sin embargo, a diferencia de EE. UU., no son responsables penalmente, dando como resultado un sistema híbrido.

Mencionamos que los objetivos del programa de clemencia son el descubrimiento, la sanción y la *prevención* de los carteles. Para poder prevenirlos se debe tener un efecto disuasivo suficiente en donde sea más rentable para las empresas y mejor para las personas entregarse a las autoridades que seguir infringiendo la ley. La mejor forma de lograr un efecto disuasivo en las personas es introduciendo la responsabilidad penal para individuos, como en EE. UU. Esta es la única forma en la que un CEO o empleados de una empresa en realidad tengan miedo de no colaborar con las autoridades porque pueden irse presos. Si bien es cierto, en Ecuador exista responsabilidad civil a diferencia de la UE, también es cierto que descubrir carteles es complicado, y pueden durar años hasta ser descubiertos. Por lo cual, la responsabilidad civil no es incentivo suficiente para que estas personas pidan clemencia en Ecuador.

Otra diferencia clara entre el régimen ecuatoriano, el de la UE y el de EE. UU. es que en Ecuador no se menciona el tema de qué hacer con la información que se entrega a la Superintendencia al momento de realizar el pedido de clemencia. No se sabe si dicha información puede ser sujeta a revelación posteriormente para futuras demandas, o si debe ser confidencial o privada. Entendemos que en la LORCPM se habla de la reserva de la información y la confidencialidad que los empleados de la Superintendencia deben mantener al momento de manejar información sobre los operadores económicos. No obstante, con el programa el operador se declara culpable y entrega a la Superintendencia la pruebas necesarias para esto. Además, una vez que la Superintendencia lo declara culpable debe expedir una resolución y en este momento dicha información ya se considera pública, por lo cual, en teoría, podría ser de acceso a terceras partes para iniciar cualquier demanda, como ocurría en Europa hasta 2015. Esto se ve reforzado por el art. 91 de la Constitución del Ecuador que permite realizar una acción para obtener acceso a la información que es pública³⁵ una vez que la Superintendencia haya realizado su informe. Ante esta realidad creemos la conveniencia de que la LORCPM sea modificada y se inserte una prohibición de revelar el *corporate statement* entregados a la autoridad, y que por ley esta información siempre se considere como privada. Con esto solo se impondría la multa a las empresas o personas que fueron parte del cartel y el peticionario no debería preocuparse por acciones de terceros por daños y perjuicios, logrando que el programa resulte más atractivo para los actores económicos.

35. Ecuador, *Constitución de la República* (2008), título III, “Garantías Constitucionales”, cap. Tercero, “Garantías jurisdiccionales”, art. 91 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s. f.): 52.

Con estos antecedentes, creemos que los parámetros de aplicación del programa en Ecuador son adecuados como se encuentran regulados en los artículos 83 y 84 de la LORCPM. No obstante, es muy importante que el artículo 17 del COIP sea reformado para que al menos en el tema de competencia los empleados de los *undertakings*, ya sean CEO, directivos o vendedores, tengan el incentivo y el miedo (efecto disuasorio) suficientes para colaborar a través del programa con las autoridades llegando a un efecto casi óptimo como ocurre en EE. UU. Además, se debería introducir en la LORCPM una disposición, como en la UE a partir de 2015, que prohíba entregar el *corporate statement* que realizaron los peticionarios en el programa, logrando así que el programa sea igual de fuerte que el *leniency program* americano.

CONCLUSIONES

Los programas de la UE y el de EE. UU. tienen diferencias muy marcadas, entre las principales está a quién se puede imputar penalmente por los carteles. En el caso de EE. UU., a diferencia de la UE, vimos que se puede imputar incluso a los individuos por estas violaciones a la competencia. Otra diferencia clara la encontramos en el hecho de que en la UE incluso los consumidores indirectos tengan acceso a acciones por daños y perjuicio, cosa que no ocurre en EE. UU.

De igual manera, el hecho de que en Europa hasta el año 2015 el poder entregar *corporate statements* haya sido solo en teoría es una clara muestra de los profundos contrastes que hay en estos programas, contrastes que existen debido a los objetivos del Derecho de competencia en estas dos legislaciones; EE. UU. persigue la eficiencia económica, mientras que la UE persigue el correcto funcionamiento del mercado interno.

En segundo lugar, debido a la diferencia de objetivos del Derecho de competencia de la UE y de EE. UU., da como resultado que el *Antitrust* tenga una clara ventaja sobre el Derecho de competencia de la Unión Europea. Dicha ventaja se ve reflejada en el efecto inhibitorio en la formación de carteles, el cual es más fuerte en los EE. UU., ya que no es lo mismo para un CEO o un empleado de una empresa el poder ir preso por violar la competencia, a solo perder su empleo como ocurre en la UE. Lo que logra la responsabilidad penal de los individuos a fin de cuentas es alcanzar el objetivo añorado de cualquier agencia de control de competencia, un programa de clemencia casi óptimo (tomando en cuenta que el efecto óptimo sería la desaparición total de carteles, escenario no factible) donde los infractores de la competencia tengan miedo y piensen dos veces antes de formar un cartel o, en el caso de haberlo ya formado, entregarse a las autoridades.

Finalmente, concluimos que los parámetros de aplicación de la LORCPM son válidos, estos recogen lo realizado en la UE, entidad que a su vez recogió en gran medida lo desempeñado por EE. UU. Sin embargo, si bien estos parámetros son válidos y el programa es aplicable en el país, creemos que se debería primero implementar una prohibición expresa en la LORCPM para que no se pueda realizar un *disclosure* del *corporate statement* entregado por las empresas y personas en su petición de clemencia. Si no hay esta prohibición expresa no va a existir un incentivo suficiente para aplicar al programa, ya que es posible que las empresas, a más de declararse culpables, puedan sufrir juicios donde sus propias declaraciones podrían ser usadas en su contra. Segundo, y más importante, el cambio que se debe realizar a la legislación ecuatoriana para lograr un programa de clemencia casi óptimo es una reforma al artículo 17 del COIP, el cual actualmente no permite castigar penalmente a los individuos que hayan realizado violaciones a la competencia.

Mientras en Ecuador no se traten estos ilícitos como lo que son: crímenes, y solo se puedan imponer multas civiles a personas que las realizan, no lograremos alcanzar el nivel y la potencia que tiene el programa en el *Antitrust* estadounidense. Los carteles seguirán funcionando y la sociedad en sí seguirá sufriendo por su actuar.

BIBLIOGRAFÍA

- Bork, Robert H. *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, Part II*. New Haven: Yale Law School, 1966.
- Geradin, Damien, Anne Layne-Farrar y Nicolas Petit. *EU Competition Law and Economics*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Lianos, Ioannis. *Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law*. London: CLES Working Paper Series, 2013.
- Lianos, Ioannis, Valentine Korah y Paolo Siciliani, “Rules, standards and the concept of restriction of competition: a perspective of decision theory”. En *Competition Law: Cases and Materials*. s. l.: Hart Publishing, 2017.
- OECD, “Using Leniency to Fight Hard Core Cartels. Policy Brief”. En *OECD Observer* (2001). Disponible en <<http://www.oecd.org/daf/competition/1890449.pdf>>.
- Wagner-von Papp, Florian. “Compliance and Individual Sanctions for Competition Law Infringements”. En Johannes Paha, edit., *Competition Law Compliance Programs-An Interdisciplinary Approach*. London: Springer, 2016.
- Wouter Wils, P. J. “Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice” paper presented at the 25th Conference on New Political Economy Frontiers of EC Antitrust Enforcement: The More Economic Approach. En Dieter Schmidtchen y Stefan Voigt, edit., *The More Economic Approach to European Competition Law, Conferences on New Political Economy*. Saarbrücken: Mohr Siebeck, 2006.

---. “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”. *World Competition Law and Economics*, vol. 32, No. 1 (2009).

Wish Richard, David Bailey. *Competition Law*. London: Oxford University Press, 2015.

JURISPRUDENCIA

Comisión de las Comunidades Europeas. *Caso COMP/E-1/37.512 Vitaminas*. Resolución de la Comisión, 10 de enero de 2003.

LEYES Y NORMATIVA

Ecuador. *Constitución de la República*. Registro Oficial, No. 449, 20 de octubre de 2008.

Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal, COIP*. Registro Oficial, Suplemento, No. 180, 10 de febrero de 2014.

Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Registro Oficial, Suplemento, No. 555, 13 de octubre de 2011.

Ecuador. *Reglamento a Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Registro Oficial, Suplemento, No. 697, 7 de mayo de 2012.

European Union. Commission of the European Union. “Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases”. (2006) Brussels: Official Journal of the European Union.

European Union. Commission of the European Union. “COMMUNICATION FROM THE COMMISSION Amendments to the Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases”. (2015) Brussels: Official Journal of the European Union.

European Union. Commission of the European Union. “COUNCIL REGULATION (EC) No. 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty”. (2003) Brussels: Official Journal of the European Communities.

European Union, Commission of the European Union. “REGLAMENTO (CE) No. 1/2003 DEL CONSEJO de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado” (2003) Brussels: Official Journal of the European Union.

European Union, Commission of the European Union. “REGLAMENTO (CE) No. 1049/2001 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión”. (2001) Brussels: Official Journal of the European Union.

European Union. Commission of the European Union. “Treaty on the Functioning of the European Union”. (2012) Brussels: Official Journal of the European Union.

European Union, Commission of the European Union, “White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules”. (2008) Brussels: Official Journal of the European Union.

United States of America. *The Sherman Antitrust Act*. (1890).

United States of America. Department of Justice, DOF. “Corporate Leniency Program”. (10 de agosto de 1993).

United States of America. Department of Justice, DOF. “Leniency Program for Individuals”. (10 de agosto de 1994).

Fecha de recepción: 10 de abril de 2017

Fecha de aprobación: 1 de mayo de 2017

Análisis de las condiciones bajo las cuales se produce un abuso de posición de dominio por ventas atadas y sus posibles justificaciones

*Viviana Carolina Cárdenas Garzón**

RESUMEN

El presente artículo se compone de cuatro apartados. El primero trata de determinar qué es y cuándo una práctica puede ser catalogada como una venta atada; en el segundo se abordan los tipos de vinculación, en el que se definen tanto el *tying* como el *bundling* para poder distinguirlos y conocer cómo estos se presentan en el mercado; en el tercero se determina cómo influye la conducta tanto en el mercado del producto vinculado como del vinculante; y, finalmente, en el cuarto, las posibles justificaciones a la conducta, en la cual se establecen como las más sobresalientes las justificaciones por causas legales, técnicas, de seguridad o salud pública, y por causas económicas, resumidas en la doctrina como eficiencias en el mercado.

Así, este trabajo busca establecer ciertos parámetros que permitan comprender, tanto a las autoridades de control de poder de mercado, usuarios, consumidores y operadores económicos, cuándo una conducta es susceptible de sanción, o si podría ser permitida en razón de que la misma, a pesar de ser ilegal, genera eficiencias en el mercado.

PALABRAS CLAVE: venta atada, libertad de empresa, posición de dominio, regla de la razón, regla *per se*, competencia, *tying*, *bundling*, demanda, mercado, producto vinculante, producto vinculado, eficiencias.

ABSTRACT

This paper is structured in four sections. The first try to determine the meaning of tying, and when a practice can be under that definition; the second talk about the types of bonding, where tying and bundling are defined to be able to distinguish each other; the third it is determined the different behavior influences in the market of the principal product and the secondary product; finally, the fourth explain possible justifications for conduct, paying attention specially about legal

* Funcionaria del Consejo de la Judicatura, Ecuador.

justification, technical justification, safety or public health reasons and economic reasons, known as market efficiencies.

This article seeks to establish certain parameters that allow understanding the authorities of control of market power, users, consumers and economic operators when a behavior requires a sanction.

KEYWORDS: tying; bundling, dominant position, rule of reason, per se rule, competition, demand, market, binding product, linked product, market efficiencies.

FORO

VENTAS ATADAS

DEFINICIÓN DE VENTA ATADA Y REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA

La venta atada en nuestra legislación se encuentra prevista en el artículo 9, numeral 8 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, y 11 numeral 12 de su respectivo reglamento, sin embargo no se encuentra definición de dicha conducta en ninguno de los dos cuerpos normativos antes mencionados; ambos se limitan a indicar que se sancionará como abuso de posición de dominio por prácticas restrictivas de la competencia a la venta condicionada y la venta atada, injustificadas. Existe por tanto, un vacío de la ley al no indicar los parámetros en los que se ha de considerarla justificada, por lo que es necesario recurrir a la doctrina y a la jurisprudencia internacional para comprender que es la venta atada y bajo qué condiciones amerita sanción.

En este sentido, la venta atada consiste en una práctica por la cual se subordina la venta de un producto o servicio (denominado vinculante) a la condición de comprar un segundo producto (llamado vinculado),¹ de ello que la prohibición de esta figura radica en que la empresa obliga a la compra de un producto adicional al deseado por el comprador, con lo cual aumenta su gasto y reduce su capacidad adquisitiva, es decir, se produce un desequilibrio en el excedente social porque el excedente del productor se maximiza sin justa causa.

1. Juan Carlos Riofrío, Marcelo Marín Sevilla y otros, *Régimen de competencia* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013), 337.

Partiendo del asunto T-201/04, en referencia al caso Microsoft Corp v. Commission of the European Communities,² se pueden extraer las siguientes como condiciones para que las prácticas del *tying* (ventas atadas), y el *bundling* (empaquetamiento o venta conjunta) sean consideradas abusivas, y por tanto perjudiciales para la competencia:

EXISTENCIA DE DOS PRODUCTOS DIFERENCIADOS

La venta atada es una práctica que incluye la compra de un producto vinculante y uno vinculado que, en ciertas ocasiones, al ser adquirido en paquete, genera eficiencia al usarlo, pero también puede suceder que dicha venta lleve consigo la obligación de que el consumidor, a pesar de no querer el producto vinculado, termine consumiéndolo y pagando más.

Nuestra legislación es muy escueta al determinar las ventas atadas, de tal manera que es menester recurrir a los test y criterios de valoración sobre la separabilidad de los productos, que son usados por autoridades administrativas y judiciales a nivel mundial, entre los que destacan:

Test de la demanda diferenciada

El análisis para determinar si se trata de productos separados se realiza desde la perspectiva del consumidor, en razón de que se suele adquirir productos complejos que se comercializan de modo atado, pero que el usuario no lo nota, de tal modo que “existirán dos productos diferenciados siempre que exista suficiente demanda diversa o individual para el producto vinculado”;³ el individuo debe expresar su preferencia al comprar, de modo que “el comprador decide adquirir el producto vinculado independientemente del producto principal, cabe presumir ese deseo, de la constatación de la existencia de una oferta independiente del producto vinculado”.⁴

-
2. Comisión de Comunidades Europeas. Corte de Primera Instancia: Grand Chamber, caso T-201/04, Microsoft Corp v. Commission of the European Communities, sentencia, 17 de septiembre de 2007.
 3. Carmen Herrero Suárez, *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia* (Madrid: La Ley, 2006), 161.
 4. *Ibíd.*, 166.

Vale la pena destacar el caso *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc.*,⁵ en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos dijo que las fotocopiadoras Kodak y los servicios de reparación, a vista del consumidor, eran dos mercados diferentes, que se demandaban de modo independiente. Para el uso de este test la prueba la constituye la opinión del comprador; si este prefiere, tras la oportunidad de elegir los productos por separado, adquirirlos en conjunto, se determina la existencia de un solo bien a los ojos del consumidor.

La posible distorsión a este test viene dada debido a que las empresas al realizar la venta atada pueden ofrecer el producto vinculado sin costo alguno, por lo cual en este caso no se ha de mirar el aspecto económico sino los efectos de la práctica en el mercado y en la competencia.

Test de las prácticas de mercado

Para determinar la presencia de productos separados se parte del análisis de la estructura de la oferta, tomando en cuenta las actuaciones de las empresas dentro del mercado. Por medio de este test se examina la política comercial de todos los competidores de un determinado mercado, detectando si la vinculación es una práctica general y si existen empresas que ofrecen los productos por separado se tratará de bienes diferenciados. Como prueba de este test se puede demostrar el historial de las prácticas comerciales de una empresa, de tal manera que “si el vendedor vende actualmente, o ha vendido en el pasado, los componentes separadamente, el hecho de que no lo haga en la transacción examinada puede apoyar la presunción de existencia de vinculación de productos diversos”.⁶

Test de la integración tecnológica

Por medio de este parámetro se analiza la estructura del paquete, como un todo, y las características de los productos considerados individualmente, para conocer las relaciones que pueden darse entre ellos y entender si cabe una integración de sus componentes que deriven en una funcionalidad del mismo.

5. Estados Unidos de América, Corte de apelaciones del noveno circuito, caso *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, sentencia, 8 de junio de 1992.

6. Herrero Suárez, *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*, 187.

Con dichas consideraciones, extraemos los parámetros que se evalúan, siendo estos la funcionalidad y la eficiencia tecnológica y económica de su integralidad. No se puede confundir esos parámetros con el atributo de fungibilidad de los bienes que se unen, en razón de que, al ser intercambiables entre ellos, pertenecerían a un mismo mercado y por ende no serían productos distintos.

Este punto fue corroborado en el caso *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*,⁷ donde se demandó al periódico antes referido por vincular la publicación de los anuncios en los diarios de horario matinal a la compra de un espacio también en el vespertino; el gobierno alegó que se trataba de una práctica ilegal porque se excluía a los periódicos vespertinos del mercado de los anuncios publicitarios. Sin embargo, la Corte Suprema estadounidense resolvió que no se trataba de mercados distintos sino que los dos correspondían al mercado de acceso a los lectores, y el que sea matutino o vespertino daba cuenta de que eran bienes fungibles que cumplían con la misma función de permitir la publicidad en un espacio para el público.

Test de las justificaciones empresariales

Este parámetro de evaluación tiene que ver con las características del mercado. Se deben analizar factores como: introducción de un nuevo producto al mercado, necesidad de prestigio o posicionamiento de marcas, eficiencias de funcionalidad de los bienes, entre otros. Particularmente, este test exige mucho conocimiento por parte de las autoridades y la aplicación de la sana crítica y la razonabilidad, en virtud de que puede que se admita vinculación en tiempos de lanzamiento de un producto, es decir, en su fase inicial, sin embargo, a medida que las condiciones económicas vayan desapareciendo o la empresa se haya consolidado en el mercado, también debe extinguirse paulatinamente la práctica de vinculación.

LA EMPRESA DEBE TENER POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO DEL PRODUCTO VINCULANTE

La venta atada presupone que la empresa que se encarga de vincular dos o más bienes ha de ser fuerte en el mercado del producto vinculante, puesto que dicha posición y poder hace que tenga la coerción suficiente como para condicionar la venta

7. Estados Unidos de América, Corte Suprema, caso *Times-Picayune Pub. Co. c. Estados Unidos*, sentencia 374, 25 de mayo de 1953.

del producto principal; vale en este punto citar el caso Tetra Pak International S. A. contra Comisión de las Comunidades Europeas, asunto C333/94.⁸ El grupo Tetra Pak se especializaba en equipos de envasado aséptico y no aséptico de productos alimenticios líquidos y semilíquidos en cartones, campos en los cuales tenía en el ámbito no aséptico de envasado y cartones entre el 50 y 55% del mercado de la Comunidad frente al 27% de Elopak, y en el sector aséptico una participación del 90 al 95% del mercado,⁹ lo que lo constituía con suficiente poder de mercado como para permitirse en sus contratos introducir cláusulas como: reserva del derecho de control de la configuración de equipos y de asistencia técnica sobre las máquinas, además el comprador estaba obligado a usar envases Tetra Pak en las máquinas debiendo estos ser adquiridos de un proveedor designado por Tetra Pak; es decir, el poder de mercado que ostentaba dio la facilidad de vincular las máquinas envasadoras al uso de un servicio secundario de mantenimiento o a la compra de cartones del grupo Tetra Pak, restringiendo así la competencia en ese mercado.

En estos casos la prueba es el elemento coercitivo, para lo cual hay que remitirse nuevamente al criterio del comprador para determinar si siendo libre de ataduras igual hubiese adquirido el producto o servicio atado, por lo tanto “no [existe] un contrato vinculado [...] en los casos, de recepción favorable del comprador frente a la transacción propuesta, es decir, cuando cupiera presumir que este, aun de no mediar una oferta de adquisición conjunta, hubiera adquirido igualmente ambos productos o servicios”,¹⁰ entonces, si a su libre albedrío el usuario decide comprar los bienes en conjunto no existe venta atada, puesto que la adquisición ha sido sin condiciones, de modo voluntario.

Vale insistir en que este elemento coercitivo solo tiene oportunidad de aparecer cuando la empresa que ata los productos tiene posición de poder de dominio en el mercado del producto principal,¹¹ pues solo de ese modo el comprador se ve compelido por su deseo de compra del bien principal a aceptar condiciones de compra de otro producto.

8. Comisión de las Comunidades Europeas, Corte Suprema: Sala Quinta, caso C-333/94 P, Tetra Pak International S. A. v. Commission of the European Communities, sentencia, 14 de noviembre de 1996.

9. *Ibíd.*

10. Herrero Suárez, *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la Competencia*, 254.

11. *Ibíd.*, 225.

LA EMPRESA NO PERMITE A LOS CONSUMIDORES OBTENER EL PRODUCTO VINCULANTE SIN OBTENER EL PRODUCTO VINCULADO, O HACE A LA ADQUISICIÓN INDIVIDUAL DE PRODUCTOS MENOS ATRACTIVA QUE LA COMPRA CONJUNTA

La existencia de la venta atada está sujeta a la presencia de una condición que no guarda relación con la principal sino que se trata de una prestación exigida al consumidor de modo subyacente pero no complementaria, aunque si necesaria. La atadura entre productos debe estar dada por el vendedor como una condición para la venta del producto principal que al no ser importante para la funcionalidad del producto le añade más costo a la compra.

En el caso *Comisión Europea c/ Hilti*,¹² la defensa de la empresa fue que los cartuchos y los clavos que usaban las pistolas de fijación accionados por potencia, utilizados en la industria de la construcción, y sobre las cuales tenía patentes, debían ser subordinados a la venta del sistema completo para la funcionalidad del producto; sin embargo, el mismo fue negado en razón de que se determinó que el uso de cualquier clavo o cartucho no significaba un peligro para las funciones del sistema ni implicaban riesgos operativos, sino que por el contrario eran un medio indirecto usado para impedir que los consumidores accedan a los mismos productos que ofrecían otros vendedores.¹³

LA CONDUCTA DE LA EMPRESA DEBE TENDER A EXCLUIR LA COMPETENCIA

La ley estadounidense, por medio de la Sherman Act, en el texto del artículo 1, castiga la venta atada cuando se cumple con dos supuestos: 1. El agente de mercado debe poseer posición de dominio en el producto atado, y 2. La conducta debe restringir un volumen sustancial en el mercado del producto atado.¹⁴

Dentro del caso *Times-Picayune Pub. Co. c. Estados Unidos*, se determinó que el periódico matutino de la empresa no tenía poder de mercado entre los diarios de

12. Comisión de las Comunidades Europeas, Tribunal de Primera Instancia: Sala Segunda, caso *Hilti AG v. Comisión de las Comunidades Europeas*, sentencia, 12 de diciembre de 1991.

13. Christian Ahlborn, David S. Evans, A. Jorge Padilla, “La economía antimonopolista de la vinculación: una despedida a la ilegalidad *per se*”, *The Antitrust Bulletin*, No. 49 (The United States. Department of Justice, 2004).

14. Estados Unidos de América, Corte Suprema, caso *Times-Picayune Pub. Co. c. Estados Unidos*, sentencia 374, 25 de mayo de 1953.

Nueva Orleans para fijar condiciones que le permitan expandirse a otro mercado, y concluyó que lo básico de las ventas atadas es que exista un apalancamiento en el mercado del producto vinculante para conseguir un espacio en el producto atado explotando así su posición de dominio y restringiendo la competencia en el mercado del producto atado¹⁵.

Destaca el caso de *International Salt Co., Inc. v. United States*,¹⁶ en el que se demandó a *International Salt* por la vinculación de la compra de las máquinas de procesar sal (de las cuales tenía uso de patente) a la venta de toda la sal que se procese con ellas; se concluyó que la empresa tenía poder de dominio en el mercado vinculante, por efecto de que la patente hacía que este fuera el único autorizado a la venta de las máquinas, además, la sal y las máquinas eran productos completamente diferenciados que no guardaban una relación complementaria siquiera; la Corte Suprema estadounidense determinó que la conducta era prohibida porque impedía el ingreso de competidores al mercado de la venta de sal.

La práctica de la venta atada, como hemos visto, permite a las empresas con posición dominante conservar o extender ese poder, concentrando la demanda en su empresa y dejando así que esta maneje a su antojo la oferta y la demanda, volviendo dependientes a los consumidores; por esto se consideran las ventas atadas como una conducta exclusoria de la competencia cuyo principal efecto es la expansión de poder en el mercado, lo cual se logra por medio de la exclusión o aumento de barreras de entrada a nuevos competidores del mercado;¹⁷ la razón está explicada porque los competidores no pueden hacerle frente a la estrategia de la empresa que se vale del apalancamiento en el mercado vinculante para ganar terreno en el otro mercado.

AUSENCIA DE JUSTIFICACIÓN OBJETIVA DE LA PRÁCTICA

Dado que nuestra legislación deja la puerta abierta a la justificación, se debe recurrir a la regla de la razón, la cual da la guía de que no se puede castigar una conducta como ilegal sin antes analizar las circunstancias específicas de cada mercado, y, en la práctica, la existencia de justificaciones empresariales o legales.

15. *Ibid.*

16. Estados Unidos de América, Corte Suprema, caso *International Salt Co., Inc. v. United States*, sentencia 46, 10 de noviembre de 1947.

17. Germán Coloma, *Defensa de la competencia. Análisis económico comparado* (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2003), 93.

Un caso importante a resaltar es *United States v. Jerrold Electronics Corp.*,¹⁸ en el cual Jerrold Electronics Corp. implementó una política que vinculaba la compra del sistema de antenas a la contratación del servicio de su mantenimiento; la defensa de Jerrold Electronics se centró en indicar que para garantizar el funcionamiento del producto nuevo así como la reputación y el crecimiento de la empresa era necesaria la presencia de esa política comercial, que fue aceptada por el juez de modo parcial por el hecho de que a medida que el objetivo se vaya cumpliendo la política debía ir desapareciendo paulatinamente.

Además cabe resaltar aquí el caso paradigmático y controvertido de *United States v. Microsoft Corp.* (D.C. Cir. 2001),¹⁹ en el cual se demandó a Microsoft por vincular la venta de su sistema operativo con la de Internet Explorer. Los demandantes afirmaban que Microsoft abusó de su poder de mercado en la producción de sistemas operativos para restringir el mercado de los navegadores de internet, creando barreras de entrada para los otros competidores como Netscape Navigator u Opera, al volver muy lenta la descarga de estos últimos, los cuales debían ser comprados en forma separada; la conducta de Microsoft incluía la provisión de Internet Explorer de modo gratuito y además modificaciones en el sistema de modo que solo resultaba compatible con su navegador de internet.

Microsoft afirmó que la fusión de Windows e Internet Explorer implicaba un proceso de innovación tecnológica, que los dos eran ahora el mismo producto y estaban funcionalmente integrados entre sí; sin embargo, los demandantes afirmaban que los navegadores eran un producto diferenciado del sistema operativo, y la muestra de ello era que Microsoft ofertaba una versión separada de Internet Explorer para el sistema Mac OS, y que el servicio no se mostraba realmente gratuito sino que los costos de desarrollo y comercialización hacían más alto el precio de adquirir Windows.

Dentro del juicio Microsoft presentó como defensa videos que demostraban que al eliminar Internet Explorer el sistema operativo se tornaba lento y provocaba un mal funcionamiento de Windows, sin embargo, en primera instancia se resolvió que Microsoft era culpable de los cargos presentados, y se dispuso que la compañía se escindiera en dos: una para producir sistemas operativos, y otra para los navegadores de internet; Microsoft apeló la sentencia, consiguiendo una revocación parcial porque se consideró que Microsoft no había incurrido en una venta atada que

18. Estados Unidos de América, Corte del Distrito de Pennsylvania, caso *United States v. Jerrold Electronics Corporation*, sentencia, 11 de octubre de 1960.

19. Estados Unidos de América, Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, caso *United States v. Microsoft Corp.*, sentencia, 2001.

monopoliza el mercado de los navegadores sino que la única falta cometida era su intento de evitar que los fabricantes de otros navegadores instalen dicho producto en el sistema Windows; dentro de las negociaciones se determinó que en lugar de ser desmembrada se comprometería a permitir que en el sistema operativo de Windows se instalara cualquier tipo de navegador; es decir, Microsoft no pudo comprobar una justificación objetiva de la venta atada de los dos productos.

TIPOS DE VINCULACIÓN

Para la introducción de nuevos productos al mercado, las empresas han ido desarrollando diversas formas de ventas atadas o de vinculación, que se resumen del siguiente modo:

- **Ventas atadas (tying)**,²⁰ se presenta de dos formas:
 - *Vinculación contractual*: es una vinculación explícita que se presenta por la presencia de una cláusula contractual en la que se establece la obligación del comprador de adquirir el producto vinculado como requisito para obtener el producto principal.
 - *Vinculación física o tecnológica*: deviene de la propia configuración del producto o servicio en el cual el vendedor ha relacionado de tal manera tales productos o servicios que se hace prácticamente imposible la adquisición de ambos, pues solo de ese modo funciona adecuadamente con todos sus componentes.
- **Empaquetamiento o venta conjunta (bundling)**, se da de dos maneras:
 - *Empaquetamiento simple de productos (bundling simple)*: se lo conoce como venta por paquetes pura; el agente que oferta vende conjuntamente dos productos que se encuentran en un solo paquete de modo conjunto. En este caso, el único modo de adquirir el producto deseado es también adquirir el secundario, esta forma de venta atada se realiza con la finalidad de que el consumidor compre todo el paquete.²¹

20. The United States of Department of Justice & Federal Trade Commission, “Antitrust Issues in the Tying and Bundling of Intellectual Property Rights”, *Boletín Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition* (2007), capítulo 5.

21. Juan Signes de Mesa, Isabel Fernández y Mónica Fuentes, *Derecho de competencia* (Pamplona: Aranzadi, 2013), 283-5.

- *Empaquetamiento compuesto (bundling mixto)*: se lo llama también descuento multiproducto, puesto que la adquisición del paquete se presenta como una opción más barata que adquirirlos por separado.²² En este caso existe la opción de que el consumidor compre únicamente uno de los productos que conforma el paquete, pero solo recibirá el incentivo económico que se refleja en el precio del producto si los adquiere en conjunto.²³

EFFECTOS DE LA VENTA ATADA

La venta atada puede producir efectos tanto en el mercado vinculado como en el vinculante, los cuales serán analizados de modo breve en este apartado, considerando las pautas dadas por Carmen Herrero, quien menciona los principales efectos:

- En el mercado del producto vinculado se puede producir:
 1. **Extensión del poder de mercado**: viene de la teoría del apalancamiento o *leverage*, es decir, que el agente económico, valiéndose de su poder de mercado en el del producto vinculante, se apalanca o afinca en el otro mercado para monopolizarlo.²⁴
 2. **Falseamiento de la competencia sobre méritos empresariales**: se produce porque la empresa no incursiona en el mercado vinculado con base en su marca o su calidad, sino que, a fuerza de coerción producida por cláusulas implícitas o explícitas, realiza una vinculación que no permite el libre juego de la oferta y la demanda en el mercado del producto vinculado.²⁵
 3. **Exclusión en el mercado del producto vinculado**: por medio de la práctica de venta atada se cierra el mercado a potenciales competidores, que no encuentran acceso al del producto vinculado; los usuarios se ven obligados a la compra de un producto secundario para adquirir el principal, y por dicha vinculación la empresa se asegura un puesto dentro del mercado que está vinculando, a costa de la creación de barreras de entrada.²⁶

22. *Ibíd.*

23. *Ibíd.*

24. Herrero Suárez, *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*, 366.

25. *Ibíd.*, 370-1.

26. *Ibíd.*, 423.

- En el mercado del producto vinculante, se puede producir:
 1. **Preservación de poder en el mercado del producto principal:** en este caso el producto vinculado funge de escudo que permite al producto principal conservar su estatus de monopolio por la construcción de barreras de entrada.²⁷
 2. **Habilitación de políticas de precios discriminatorios:** la venta atada puede ser usada como un instrumento de sondeo directo del uso que los consumidores dan a los bienes vinculados, con el objetivo de elaborar políticas de precios que orienten a los compradores al mayor consumo de los productos vinculados para que se adquiera más del producto principal.²⁸
 3. **Ejecución de acuerdos cartelísticos:** la venta atada puede resultar ser una práctica facilitadora de la formación de carteles, es decir, una acción conjunta de las empresa con el fin de vincular productos; visto de ese modo se forma un oligopolio que restringe la competencia dentro del mercado, eliminando a otras empresas que buscan competir.²⁹
 4. **Enmascaramiento de precio:** la venta atada puede convertirse en un instrumento que permite ocultar el precio real del producto principal (más aún si existe alguna regulación pública), de modo que los precios de cada bien permanecen en el anonimato, sin que el consumidor sepa qué parte de este corresponde al producto vinculado y cuál al vinculante.³⁰

POSIBLES JUSTIFICACIONES DE LA VENTA ATADA

Uno de los grandes retos del Derecho de competencia, y en especial de nuestra legislación, es fijar parámetros que permitan, en primer lugar, distinguir una conducta eficiente en el mercado de otra que eventualmente perjudique de modo directo a los consumidores, y, en segundo lugar, ponderar si una conducta de ventas atadas, a pesar de ser sancionable, genera eficiencias.

Con ese antecedente, en nuestro país la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado deberá ser prudente para evitar sancionar una conducta

27. *Ibid.*, 448-9.

28. *Ibid.*, 451-2.

29. *Ibid.*, 465-6.

30. *Ibid.*, 470.

que aparentemente dañaría el mercado, pero que en realidad lo hará funcionar de mejor manera.

Siguiendo la doctrina y la jurisprudencia internacional se pueden establecer como justificaciones o eficiencias a los siguientes grupos:

JUSTIFICACIONES LEGALES

Las prácticas de vinculación por efectos legales pueden ser opacadas, particularmente cuando es el Derecho mismo el que faculta la unión física de productos diferentes. Generalmente dentro de estos casos se enmarcan todas las concesiones que brindan la propiedad intelectual y el derecho de autor, contexto en el cual deberá analizar cuidadosamente el alcance de dichos derechos y determinar si se trata de un uso adecuado del mismo o se ha generado un abuso de la concesión. Dentro de estas justificaciones legales podemos anunciar, entre otras, las siguientes:

- **Patentes:** su presencia hace que la unión de varios productos que se comercializan independientemente se conviertan en uno solo, es decir, la ley considera la unión novedosa de partes como libre de sanción por vinculación, de manera que “la justificación económica de la unión o vinculación de bienes no necesita ser alegada como defensa por la empresa que la realiza, sino que esta es presupuesta por el ordenamiento jurídico, que reconoce la innovación y la protege...”³¹ Hay que ser cuidadosos en determinar el alcance de la patente, puesto que si se comercializa el producto patentado conjuntamente con otro que pertenece a un mercado diferenciado, se estaría cayendo en una vinculación, aprovechándose del derecho que se le ha conferido.
- **Derechos de autor:** guarda similitud con la figura de las patentes, de modo que se debe determinar qué cubre el derecho de autor; si el derecho ampara la obra o conjunto de obras que forman una sola, es decir, si la obra literaria constituye una trilogía, no se considerará vinculación la negativa de venta de uno solo de los ejemplares, dado que son los tres los que forman una sola colección protegida por el derecho de autor; sin embargo, si la obra protegida es vinculada a otras que ya no son parte de ella, es sancionable. Esto sucedió en el caso *United States v. Loew’s Inc.*,³² donde distribuidoras cinematográficas

31. Herrero Suárez, *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*, 196.

32. Estados Unidos de América, Corte Suprema, caso *United States v. Loew’s Inc.*, sentencia 42, 5 de noviembre de 1962.

condicionaban la exhibición televisiva de películas de alta calidad “premium” a la compra de otras películas de inferior calidad dado que se comercializaban en un solo paquete como si todas formaran uno solo. La Corte Suprema estadounidense indicó que se trataba de un contrato que contenía una venta atada por cuanto se vinculaba una película protegida por un derecho de autor a otras que no estaban incluidas en el alcance del mismo.

El juez de distrito determinó que cada bloque de películas con derechos de autor no eran similares entre sí, sino que variaban en calidad, temática, atractivo público, actores, entre otras características y, por lo tanto, no eran fungibles, ni conformaban un paquete unificado; dado que quienes poseían la licencia tenían una posición monopolística sobre el producto vinculante tenían el poder de mercado suficiente para restringir la competencia en el producto vinculado, por lo cual era sancionable conforme la Ley Sherman.

La Corte Suprema concluyó que:

These cases reflect a hostility to use of the statutorily granted patent monopoly to extend the patentee’s economic control to unpatented products.

The patentee is protected as to his invention, but may not use his patent rights to exact tribute for other articles.³³

Es decir, si bien el autor tiene por efecto del Derecho la recompensa de explotar su obra de ingenio, esta se extiende únicamente al producto creado, pero no puede ser en ningún caso usada como un medio para apalancarse en otro mercado u obtener ganancias por otro producto no incluido en ese derecho de autor; de ahí que “the sole interest of the United States and the primary object in conferring the monopoly lie in the general benefits derived by the public from the labors of authors”.³⁴

- **Marcas:** la marca, al ser un bien intangible, es considerado como un producto con identidad propia, que muchas veces puede ser vinculado a otro y constituirse en una venta atada; por su dificultad de distinción con otro producto que haga uso de la marca, los parámetros para el reconocimiento de una vinculación vendrán dados por el objeto del contrato y al protagonismo o función que cumpla en la marca dentro de cada caso.

33. *Ibid.*

34. *Ibid.*

JUSTIFICACIONES ECONÓMICAS

Ahorro de costes

1. **Costos de producción y distribución:** el producir y distribuir dos bienes de manera conjunta permite abaratar costos con relación a aquellos que se los hace de modo separado,³⁵ y ello repercute en que la empresa podrá producir más a menores costos, lo que deriva en la generación de economías de alcance y de escala.

La reducción de estos costos se produce porque se usan los mismos recursos para fabricar los productos que se vinculan, tal como sucedió en el caso *Times-Picayune Pub. Co. c. Estados Unidos*, donde se acusaba al diario de forzar a los usuarios del servicio a anunciarse no solo en el periódico matutino sino también en el vespertino; la Corte Suprema estadounidense señaló que al realizar la venta de los espacios publicitarios de ese modo se convertía en una sola transacción que reducía costos, en lugar de gastar recursos en cada una.

Del mismo modo, con relación a la distribución, se verifican eficiencias por la comercialización conjunta, sea, como en el caso anterior, por el uso un mismo medio de transporte, como por efecto de la aplicación de la *full-line forcing*,³⁶ que implica la obligación de compra de toda la línea de producción del fabricante, eventualmente, se la suele encontrar en las cláusulas de contratos de franquicia.

2. **Costos de transacción:** los costos de uso de mercado se ven también abarataados, en razón de que se realiza en una sola compra la adquisición de varios productos (*one stop shopping*), lo que se traduce en que tanto el consumidor como el productor reducen tiempo y dinero con relación a la selección, valoración e información respecto a los productos.

35. Comisión Europea, “Directrices relativas a las restricciones verticales”, *Diario oficial de la Unión Europea: Comunicaciones Procedentes de las Instituciones, Órganos y Organismos de la Unión Europea* (2010), 44.

36. Herrero Suárez, *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*, 500.

Reducción de ineficiencias en los precios

Las prácticas de vinculación pueden eliminar externalidades en la fijación de los precios, y con ello asignar eficientemente los recursos, evitando la doble marginalización o efecto *Cournot*.

El economista y matemático Augustín Cournot mencionaba en su teoría que “bundling could improve the profits of two monopolists selling complementary products”,³⁷ es decir, si cada monopolista tuviera que fijar sus precios por separado lo haría en función de la independencia que goza del resto de los competidores del mercado, sin tener en cuenta la externalidad negativa que su precio alto causaría en la demanda del otro; al ser bienes complementarios la subida de precio en uno de ellos genera la caída de la demanda del otro, sin embargo, al fusionarse o coordinar precios y ofrecer conjuntamente los productos complementarios reducen el precio de los mismos, incrementan la demanda de los dos bienes, y ambas empresas obtienen más ingresos; al ser productos complementarios solo funcionan mientras se los usa de modo conjunto, de manera que el consumidor comprará todo o nada,³⁸ es decir, se crea eficiencia en el sentido de Pareto, pues el bienestar del consumidor se ve mejorado por los precios bajos de adquisición, y el de los productores por los mayores beneficios económicos obtenidos.

Justificaciones técnicas, de seguridad y de protección de la reputación empresarial

A más de buscar eficiencias cuantitativas, este tema guarda relación con la eficiencia cualitativa; la vinculación permite mejorar la calidad y funcionamiento de los productos, es decir, se convierte en una suerte de garantía que ofrece el proveedor.

Por medio de la vinculación, el productor se asegura del correcto funcionamiento técnico a futuro del bien vendido y correlativamente asegura su éxito comercial y su reputación como marca dentro del mercado, como por ejemplo cuando se vende una maquinaria de la cual la misma empresa brinda también el servicio de mantenimiento o de cambio de repuestos, acción con la que solo el productor tiene el control de la calidad de lo que vende.

37. Barry Nalebuff, “Bundling, Tying, and Portfolio Effects”, *Dti Economics Paper*, No. 1 (2003): 37.

38. *Ibid.*, 38.

Se expresan también dentro de estas justificaciones aquellas relativas a seguridad y salud pública, para evitar que la empresa se vea inmersa en algún tipo de contienda legal por su responsabilidad extracontractual por efecto de que alguien pueda verse perjudicado si el producto principal se usa con uno deficiente o no apto tecnológicamente para este, como lo ocurrido en el caso Eurofix-Bauco v. Hilti, en el cual la empresa Hilti indicaba que la vinculación de los clavos con las pistolas de fijación en la construcción se daba por razones de mantener seguridad, tanto en el buen funcionamiento del producto como en la integridad de los operarios; sin embargo, la Corte de Estados Unidos se mostró renuente a aceptar esta justificación y la continuó manteniendo como violatoria a las normas antitrust. Así lo confirma cuando menciona en su decisión:

above concerns relating to the safety, reliability and operation of its PAFS *are not sufficient to justify the commercial behaviour* which is the object of this Decision since it does not constitute the least restrictive action necessary to attain the objective of safety. [...] Hilti's actions described as abusive in this Decision reflect a commercial interest in stopping the penetration of the market of non-Hilti consumables.³⁹

Y concluye mencionado:

A company faced with safety worries may not resort to behaviour which is an abuse under Article 86; it should rather explore the other legitimate and normally more efficient ways of dealing with its concerns.⁴⁰

Tanto las justificaciones económicas como las de seguridad o de protección de reputación no han sido acogidas en la mayoría de los casos, en razón de que, partiendo del caso Eurofix-Bauco v. Hilti, la Comisión Europea reconoce que pueden existir ciertos tipos de eficiencia con la vinculación, pero también salva el hecho de que siempre existirán soluciones alternativas menos restrictivas a la competencia, insinuando que las empresas podrían generar las mismas eficiencias sin necesidad de recurrir a medios que violenten el ordenamiento jurídico relativo a la defensa de la competencia.

39. Comisión de Comunidades Europeas, caso Eurofix-Bauco v. Hilti, Decisión de la Comisión, 22 de diciembre de 1987.

40. *Ibid.*

CONCLUSIONES

Finalmente se puede concluir:

1. La vinculación sea por ventas atadas (*tying*) o en paquetes (*bundling*) son actualmente conductas usadas por las empresas en sus prácticas comerciales, resulta hoy tan común encontrar dos productos completamente diferenciados siendo vendidos en paquetes o con “promoción”, situaciones que deberán ser analizadas por Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado para entender si dicha venta genera eficiencias o efectos perjudiciales a la libre competencia.
2. La venta atada produce efectos negativos no solo en el mercado del producto vinculado, sino también en el del producto vinculante; los principales efectos que produce tienen que ver con: exclusión de competidores, falseamiento de la competencia, extensión de poder de mercado; sin embargo, deben ser tratadas con sumo cuidado pues, en varios casos, pueden traer eficiencias al mercado a pesar de violar una conducta tipificada en la ley, de manera que quien la ejecuta deberá justificar su aplicación entregando prueba válida de que su conducta trae efectos positivos.
3. Las prácticas de las ventas atadas dan lugar a un abuso cuando se presentan estas condiciones: 1. Existencia de productos distintos; 2. La empresa debe tener posición de dominio en el mercado del producto vinculante; 3. La práctica debe traducirse con un efecto restrictivo de la competencia; 4. Que la empresa no permita a los consumidores adquirir el producto principal sin obtener el producto atado; y 5. Ausencia de justificación objetiva.
4. Los derechos de autor y las patentes son medios jurídicos que confieren un monopolio legal al autor o al inventor de una obra o invento, pero este monopolio se establece como un premio al ingenio bajo un espacio temporal y no puede ser usado con fines de expandir su mercado, atando al producto patentado o protegido por un derecho de autor otras obras o inventos que no gozan de tal régimen.
5. A más de las justificaciones legales que hacen legítimas las ventas atadas, se encuentran las eficiencias que se traducen en mejoras económicas o conservación técnica y salud pública; sin embargo, estas no son del todo aceptadas como las justificaciones legales en razón de que siempre se sostendrá que una empresa es capaz de crear las mismas eficiencias sin necesidad de recurrir a medios fuera de la ley o que dañen el mercado.
6. Las ventas atadas tienen una suerte de dicotomía en cuanto pueden ser prácticas eficientes que reporten beneficios para las empresas y el consumidor, pero

también una conducta anticompetitiva susceptible de condena, por lo que su aceptación deberá ser ponderada bajo el principio de proporcionalidad que permita determinar si la opción más acertada corresponde a que la conducta se encuentre vigente o a su vez que sea sancionada.

7. El tema de las ventas atadas constituye una problemática que aún no encuentra parámetros uniformes de valoración a nivel internacional; cada legislación determina el uso de la regla *per se* o de la regla de la razón; sin embargo, bajo cualquiera de los dos mecanismos de interpretación se ponderará el bien jurídico protegido por el Derecho de competencia: el bienestar del mercado, con el bien jurídico particular de las empresas, determinándose en cada caso cuál de ellos para esa circunstancia merece mayor protección.

RECOMENDACIONES

1. La aplicación de la Ley de Regulación y Control de Poder de Mercado exige que existan funcionarios y jueces preparados en la materia de Derecho de competencia para que puedan distinguir las prácticas que caen en una venta atada no justificada, de la venta conjunta u otra estrategia comercial para evitar castigar sinergias positivas en el mercado o eficiencias empresariales.
2. De la formación correcta de la jurisprudencia respecto a ventas atadas dependerá su aplicación futura, por lo cual es importante por el momento recurrir a la aplicación internacional de la figura para entender sus elementos configuradores y además comprender los parámetros que se deben analizar para establecer una sanción.
3. El análisis de venta atada que se realiza por parte de los funcionarios públicos debe ser tanto desde una perspectiva legal, para determinar la existencia de alguna situación de poder de mercado y a partir de esta encontrar si la misma está siendo usada como una palanca para obtener otro mercado, y desde el punto de vista económico, para entender si la conducta genera eficiencias.

BIBLIOGRAFÍA

- Ahlborn, Christian, David Evans, A. Jorge Padilla. “La economía antimonopolista de la vinculación: una despedida a la ilegalidad *per se*”. *The Antitrust Bulletin*, No. 49 (The United States. Department of Justice, 2004).
- Coloma, Germán. *Defensa de la competencia. Análisis económico comparado*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2003.

- Comisión Europea. “Directrices relativas a las restricciones verticales”. *Diario oficial de la Unión Europea: Comunicaciones Procedentes de las Instituciones, Órganos y Organismos de la Unión Europea*. 2010.
- Herrero Suárez, Carmen. *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*. Madrid: La Ley, 2006.
- Nalebuff, Barry. “Bundling, Tying, and Portfolio Effects”. *Dti Economics Paper*, No. 1. Estados Unidos (2003).
- Piraino Jr., Thomas A. “Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century”. *Indiana Law Journal*, vol. 82 (2007).
- Riofrío, Juan Carlos, Marcelo Marín Sevilla y otros. *Régimen de competencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013.
- Signes de Mesa, Juan, Isabel Fernández y Mónica Fuentes. *Derecho de competencia*. Navarra: Thomson Reuters / Civitas, 2013.
- The United States of Department of Justice & Federal Trade Commission. “Antitrust Issues In The Tying And Bundling Of Intellectual Property Rights”. *Boletín Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition* (2007).
- Velandia, Mauricio. *Derecho de la competencia y del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

JURISPRUDENCIA

- Comisión de Comunidades Europeas. Tribunal de Primera Instancia: Sala Segunda. Caso Hilti AG v. Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia. 12 de diciembre de 1991.
- . Corte de Primera Instancia: Grand Chamber. Caso T-201/04. Microsoft Corp v. Commission of the European Communities. Sentencia. 17 de septiembre de 2007.
- . Corte Suprema: Sala Quinta. Caso C-333/94 P. Tetra Pak International SA v. Commission of the European Communities. Sentencia. 14 de noviembre de 1996.
- . Caso Eurofix-Bauco v. Hilti. Decisión de la Comisión. 22 de diciembre de 1987.
- Estados Unidos de América. Corte Suprema. Caso Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc. Sentencia 76-15, 23 de junio de 1977.
- . Corte de Apelaciones del noveno circuito. Caso Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc. Sentencia. 8 de junio de 1992.
- . Corte Suprema. Caso International Salt Co., Inc. v. United States. Sentencia 46. 10 de noviembre de 1947.
- . Corte Suprema. Caso Times-Picayune Pub. Co. c. Estados Unidos. Sentencia 374. 25 de mayo de 1953.
- . Corte del Distrito de Pennsylvania. Caso United States v. Jerrold Electronics Corporation. Sentencia. 11 de octubre de 1960.
- . Corte Suprema. Caso United States v. Loew’s Inc. Sentencia 42. 5 de noviembre de 1962.

- . Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia. Caso United States v. Microsoft Corp. Sentencia. 2001.
- . Corte Suprema. Caso United States v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc, Sentencia 346. 6 de mayo de 1940.

NORMATIVA

Ecuador. *Constitución de la República*. Registro Oficial, No. 449, 20 de octubre de 2008.

Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado*. Registro Oficial, Suplemento No. 555, 13 de octubre de 2011.

Fecha de recepción: 10 de abril de 2017
Fecha de aprobación: 27 de abril de 2017

Inés María Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador* (Quito: Grupo empresarial CEAS, 2015).

*Eddy De la Guerra**

La obra *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador* constituye un aporte significativo de la autora ecuatoriana Inés María Baldeón Barriga al estudio de una temática altamente representativa en dos campos de investigación: el primero, el Derecho de competencia, y el segundo, la contratación pública. Pocas veces se encuentra textos académicos que traten de manera tan didáctica como se presenta en este texto, temas en extremo complejos como lo hace la autora.

La obra está compuesta por cuatro capítulos que a lo largo de su desarrollo dan cuenta de una profunda y meticulosa investigación que desde el año 2015 nos lleva a través de 516 páginas al análisis tanto de la doctrina y normativa vigente, así como de la jurisprudencia tanto nacional como internacional que sobre la temática se ha esbozado.

La obra de 2015 aborda en su primer capítulo la temática relativa a la libertad de empresa desde la órbita Derecho constitucional, siendo el eje fundamental de su análisis la libertad de empresa como derecho tanto en el marco constitucional ecuatoriano como en la normativa comunitaria andina. A lo largo del capítulo se estudia la libertad de empresa y su relación con otros derechos y principios constitucionales, entre los que destacan temas importantes como la propiedad, los bienes y servicios, la planificación y el desarrollo estatal, el sistema económico, los sectores estratégicos, los servicios públicos y las empresas públicas. Destaca como principal aporte el análisis comparado con la libertad de empresa prevista en la Constitución española de 1978, cuyo estudio se enmarca en libertad económica y el Estado social.

En el segundo capítulo el eje central de la investigación describe la contratación pública como una herramienta de política económica, se la califica como estratégica en el ámbito ecuatoriano y aborda temas como la priorización de la producción de los micro y pequeños proveedores y de los actores de la economía popular y solidaria, así también aborda temas específicos como la priorización nacional la contratación de consultoría, la contratación de bienes servicios y obras; también aborda la temática de la contratación mediante régimen especial vinculado a criterios del giro específico

* Docente de planta del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

del negocio de las empresas públicas o de la contratación interadministrativa; destaca fundamentalmente el análisis de la contratación en razón de su objeto “emergente”.

El capítulo tercero constituye un análisis eficiente al régimen jurídico de regulación y control del poder de mercado en el contexto de la contratación pública. Se estudia, pues, la vinculación de la Ley Orgánica Sistema Nacional de Contratación Pública con la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; en este capítulo se estudian conceptos relevantes como el *mercado*, el *volumen de negocios*, el *poder de mercado* y especialmente el *abuso de poder de mercado*; en esta temática merece la pena señalar que la obra incorpora una casuística ejemplificada del abuso de poder de mercado en la contratación pública y explica la metodología para evitar dichas prácticas, entre ellas, acuerdos y prácticas restrictivas, tales como acuerdos “horizontales” y acuerdos “verticales”; este capítulo aborda además la temática de las infracciones y presenta reflexiones conclusivas al respecto.

En el capítulo cuarto se aborda la temática relativa a las restricciones a la competencia en el contexto de la contratación pública. La pregunta guía en la cual se enmarca el desarrollo de este acápite se cuestiona ¿cuándo puede resultar restrictiva de la competencia la elección de mecanismos distintos a procedimientos de concurso? Un detallado análisis sobre los convenios entre administraciones públicas, contratos de emergencia, catálogo electrónico, subasta inversa electrónica, licitación cotización, procedimiento de menor cuantía y consultoría ínfima cuantía entre otros procedimientos dotan al lector de elementos importantes para la comprensión tanto de la problemática como de las posibles soluciones.

Merece la pena señalar que en este capítulo se realizan análisis de la ejecución de los contratos y su relación con el ámbito de restricciones a la competencia; finalmente concluye con un análisis sobre la *colusión* en la contratación pública para finalmente presentarnos en un quinto capítulo a manera de conclusiones.

Así, la obra impulsada por el grupo empresarial CEAS constituye un tratado cuya consulta se vuelve obligatoria, tanto para los conocedores de la materia contractual como de aquellos dedicados al Derecho de competencia; en ese sentido, me permito en esta oportunidad recomendar la lectura de esta obra, haciendo énfasis en el hecho fundamental de que el texto recomendado es de autoría de una investigadora ecuatoriana, pionera en el estudio de estos temas, cuya investigación puede competir con obras sobre la misma temática de autores extranjeros en equidad de condiciones, sabiendo que su alto nivel tanto en el contenido referenciado como en el análisis propuesto lo convierte en un referente internacional.

Las condiciones de aprobación de concentraciones económicas en Ecuador: un análisis del caso AB InBev-SABMiller

*Ricardo Montalvo Lara**

RESUMEN

Este artículo analiza los remedios establecidos por la autoridad de competencia ecuatoriana en el procedimiento administrativo de notificación obligatoria iniciado por Anheuser-Bush InBev SA/NV en Ecuador por motivo de su concentración económica a escala mundial con SABMiller plc. Para efectuar este análisis, se comparará la decisión de la autoridad nacional con lo expresado por la doctrina en materia de remedios en concentraciones y con las condiciones que han impuesto otras autoridades de competencia a la gigante cervecera previa su concentración. De esta forma, será posible concluir si los remedios establecidos por la autoridad ecuatoriana guardan coherencia con los estándares y decisiones internacionales, y, en caso de existir una falta de coherencia, si esta es perjudicial o no para el desarrollo del Derecho de la competencia en el país.

PALABRAS CLAVE: concentraciones, condiciones, AB InBev, SABMiller, Superintendencia, desinversión.

ABSTRACT

This paper analyzes the remedies established by the Ecuadorian competition authority in the compulsory administrative procedure initiated by Anheuser-Bush InBev SA/NV in Ecuador due to its merger with SABMiller plc. In order to carry out this analysis, the decision of the national authority will be compared with what the doctrine has expressed regarding concentration remedies and with the conditions imposed by other competition authorities on the brewing giants prior to their concentration. Thus, it will be possible to conclude whether the remedies established by the Ecuadorian authority are consistent with international standards and decisions and, if there is a lack of coherence, whether it is harmful or not for the development of competition law in the country.

KEYWORDS: mergers, remedies, AB InBev, SABMiller, Superintendence, divestment.

FORO

* Asociado del Estudio Jurídico ML Abogados.

INTRODUCCIÓN

En los meses de octubre y noviembre de 2015, las dos productoras de cerveza más grandes del mundo, Anheuser-Busch InBev SA/NV (AB InBev) y SABMiller plc (SABMiller), confirmaron su decisión de concentrarse económicamente.¹ Según lo planificado, esta concentración tendría lugar a través de la compra de la totalidad de las acciones de SABMiller por parte de una compañía denominada NewBelCo, creada por AB InBev para efectos de la transacción, y una posterior fusión entre la NewBelCo y AB InBev.²

La transacción se cerró aproximadamente un año después, con la adquisición de las acciones de SABMiller por parte de NewBelCo el 10 de octubre de 2016 por un monto mayor a cien mil millones de dólares,³ transformándose así en una de las tomas de control más grandes de la historia.⁴ Sin embargo, ¿por qué tomó tanto tiempo efectivizar la transacción? Entre muchas de las razones que podrían ser mencionadas, hay una en particular que tuvo gran impacto, y está fundamentada en un control estatal nacido a partir del Derecho de la competencia: las cerveceras debieron notificar obligatoriamente su decisión de concentrarse a las autoridades de competencia de varios países en los que tenían presencia en el mercado, las cuales, a su vez, y en muchos de los casos, tenían la potestad de aprobar o denegar la concentración dentro de su jurisdicción.

Uno de estos países fue Ecuador, que, en su normativa interna, requiere la notificación obligatoria y autorización previa por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) respecto de la concentración de empresas del tamaño de AB InBev y SABMiller. Sobre esta base, una vez presentada por AB InBev la notificación obligatoria, y una vez efectuada la revisión sobre los posibles efectos anticompe-

-
1. Philip Blekinsop y Martinne Geller, “AB InBev launches SAB bid, to sell MillerCoors stake”. *Reuters* (Bruselas-Londres), 11 de noviembre de 2015. Disponible en <<http://www.reuters.com/article/us-sabmiller-m-a-abinbev-idUSKCN0T00RN20151111>>.
 2. Sudáfrica. Tribunal de Competencia de Sudáfrica, Caso No. LM211JAN16(023283), entre Anheuser-Busch InBev SA/NV y SABMiller plc, Anexo de condiciones, 30 de junio de 2016. Disponible en <<http://www.comtrib.co.za/assets/Uploads/INBEV/Final-Conditions-PUBLIC-VERSION-signature-document-2.pdf>>.
 3. Anheuser-Busch InBev SA/NV, “Anheuser-Busch InBev Announces Completion of Combination with SABMiller”. Comunicado de prensa, 10 de octubre de 2016. Disponible en <<http://hugin.info/133959/R/2048106/765703.pdf>>.
 4. El *Financial Times* la calificó como la tercera adquisición más grande de la historia, y la más grande en el Reino Unido. Scheherazade Daneshkhu, “Hard work on AB InBev mega deal begins now”, *The Financial Times*, 9 de octubre de 2016. Disponible en <<https://www.ft.com/content/7fa29f5a-8ae4-11e6-8cb7-e7ada1d123b1>>.

titivos de la concentración, la SCPM resolvió aprobarla, no sin antes sujetarla a varias condiciones de cumplimiento obligatorio por parte de las empresas concentradas.

Más allá de las discusiones que se pudieren presentar en torno a la calidad de ciertos análisis efectuados por la SCPM (como, por ejemplo, en la definición del mercado relevante), este artículo se centrará en examinar las soluciones –denominadas condiciones en el derecho ecuatoriano– que la SCPM impuso a AB InBev y SABMiller al aprobar la concentración. Para ello, primero se revisará la teoría sobre los compromisos a los que las autoridades de competencia pueden subordinar la aprobación de concentraciones económicas que el Derecho de la competencia ha desarrollado, tomando como base la legislación europea y la argentina.

A continuación, se examinarán las condiciones impuestas por la SCPM a la concentración de AB InBev y SABMiller y se las confrontará con la teoría internacional y resoluciones de otras autoridades de competencia respecto del mismo caso. De esa forma, será posible concluir si las condiciones a las que se subordinó a la concentración en Ecuador permiten cumplir los objetivos que la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia empírica internacional han reconocido.

LOS COMPROMISOS A LOS QUE SE SUBORDINAN LAS CONCENTRACIONES

Una de las preocupaciones del Derecho de la competencia radica en la posibilidad de que una concentración de operadores económicos, la cual puede ser horizontal, vertical o conglomerada, así como jurídica o de hecho,⁵ lleve a que el mercado sea menos competitivo en el futuro de lo que actualmente es, provocando efectos adversos.⁶ Por ello, muchos gobiernos han decidido efectuar un control *ex ante* de dichas operaciones⁷ con el fin de prevenir el nacimiento o fortalecimiento del poder de mercado de grandes operadores económicos, antes de que este ocurra.⁸

5. Al hablar de concentraciones de hecho, nos referimos a los casos en los que exista una concentración *de facto*, a través de la toma de control de un operador económico a otro otrora independiente.

6. Richard Whish y David Bailey, *Competition Law*, 7a. ed. (Oxford-New York: Oxford University Press, 2012), 810.

7. De acuerdo con los autores Cervio y Rópolo, hasta 2010 los países que tienen un régimen de control de concentraciones económicas son aproximadamente unos ochenta, de los cuales muchos introdujeron dicho régimen en la primera década del 2000. Guillermo J. Cervio y Esteban P. Rópolo, *Ley 25.156, defensa de la competencia: comentada y anotada* (Buenos Aires: La Ley, 2010), 316.

8. Whish y Bailey, *Competition Law*, 817.

Este control *ex ante* se considera un complemento de los controles *ex post*, por cuanto trata de predecir efectos anticompetitivos, y así prevenir que una o varias empresas adquieran un poder de mercado tal que los incentivos para competir desaparezcan.⁹ En este sentido, las leyes les han otorgado a sus autoridades de competencia la posibilidad de tomar una de las siguientes resoluciones: “a) autorizar la operación; b) subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que establezca la autoridad de aplicación; c) denegar la autorización”.¹⁰

Ya que el control de concentraciones se basa principalmente en predicciones, la autoridad nacional de competencia de un país debe ser muy cuidadosa al realizar este control, siendo, en palabras de Cervio y Rópolo, “saludable que se utilice un criterio sumamente restrictivo para decidir la prohibición de una concentración”.¹¹ Así, en virtud de este carácter restrictivo, en muchas ocasiones los aspectos de una concentración no traen preocupaciones en materia de competencia.¹²

Sin embargo, puede haber ocasiones en las que haya ciertas partes de los negocios de A y B que se superpongan. En ese caso, en lugar de prohibir la transacción en su totalidad, la autoridad de competencia puede aceptar compromisos de las partes de modificar las transacciones notificadas con el fin de calmar o disminuir preocupaciones en materia de competencia, causando así que estas –eventualmente– sean autorizadas.¹³

Estos compromisos han sido referidos por la Comisión Europea como “soluciones” y se encuentran actualmente detallados en la Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) No. 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) No. 802/2004 de la Comisión, de octubre de 2008 –en adelante, la “Comunicación de la Comisión” o simplemente la “Comunicación”–. La idoneidad de estas soluciones, de acuerdo con la Comunicación, se determina sobre la base de que cumplan ciertos principios generales.

El primero de ellos radica en que las soluciones tengan por fin evitar lo que, como premisa fundamental, el control de concentraciones pretende impedir: que “una concentración obstaculice significativamente la competencia efectiva en el mercado co-

9. Luis Ortiz Blanco, *Manual de derecho de la competencia* (Madrid: Tecnos, 2008), 279.

10. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, t. 2, 2a. ed. (Buenos Aires: Heliasta, 2005), 137.

11. Cervio y Rópolo, *Ley 25.156, defensa de la competencia*, 316.

12. En Europa, por ejemplo, ha sido muy raro que la Comisión Europea prohíba totalmente una concentración. A junio de 2011, prohibiciones totales solo ocurrieron en 21 casos desde que el control de concentraciones estuvo vigente, 4 de los cuales fueron anulados en apelación. Whish y Bailey, *Competition Law*, 884.

13. *Ibid.*

mún o en una parte sustancial de él como consecuencia, en particular, de la creación o el fortalecimiento de una posición dominante”.¹⁴ Por ello, estos compromisos deben tender a: a) eliminar enteramente los problemas de competencia; b) ser completos y efectivos desde todos los puntos de vista; y c) poder ser ejecutados de manera efectiva en un breve plazo.¹⁵

Algunos de los compromisos más importantes que los operadores económicos concentrados pueden asumir son compromisos estructurales, cuyo ejemplo más claro son las cesiones –también denominadas desinversiones– de activos. La comunicación señala que estos compromisos estructurales solo cumplirán las medidas arriba señaladas en cuanto “la Comisión pueda concluir con el grado suficiente de certeza que será posible ejecutarlos y que será probable que las nuevas estructuras que resulten de ellos sean lo suficientemente realizables y sostenibles para garantizar que el importante obstáculo a la competencia efectiva no se materialice”.¹⁶ La comunicación aclara que el grado de certeza puede verse afectado por los riesgos relativos a la transferencia de la actividad empresarial a cederse, como en el caso de condiciones específicas en la cesión, derechos de terceros, o facilidad para encontrar un comprador.

Por su parte, en cuanto a la probabilidad de que los compromisos se realicen, la Comisión debe considerar todos los factores de la solución propuesta, incluyendo la estructura y características particulares del mercado. Así, en caso de que se presenten soluciones extensas y complejas sobre las cuales no se pueda determinar un verdadero grado de certeza, la Comisión puede rechazar esas decisiones y no autorizar la concentración.

Por último, la comunicación menciona que, dado que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo ha sido clara en cuanto a que el objetivo básico de los compromisos es garantizar una estructura de mercado competitiva,¹⁷ los compromisos de naturaleza estructural son, por regla general, preferibles a otra clase de compromisos. Estos previenen, de manera sostenible, los problemas de competencia que serían provocados por la concentración, y por otra parte, no requieren medidas de supervisión

14. Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) No. 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) No. 802/2004 de la Comisión”, *Diario de la Unión Europea*, 22 de octubre de 2008, sección II, numeral 4.

15. *Ibid.*, sección II.

16. *Ibid.*, sección II, numeral 10.

17. Al respecto, la comunicación cita los siguientes casos como fundamento para su afirmación: sentencia del Tribunal Penal Internacional en el asunto T-102/96, Gencor/Comisión, Rec. 1999 II-753, apartado 316; sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el asunto C-12/03-P, Comisión/Tetra Laval, Rec. 2005 I-987, apartado 86; y la sentencia del Tribunal Penal Internacional en el asunto T-158/00, ARD/Comisión, Rec. 2003 II-3825, apartado 192 y subsiguientes.

a mediano o largo plazo. Estos pueden consistir, además de cesiones, en acceso a infraestructura clave (sobre la base de la teoría de las facilidades esenciales), acceso a insumos con carácter no discriminatorio, y en general, a soluciones equivalentes a cesiones en sus efectos.

En cambio, desde el punto de vista de la Comisión, los compromisos relativos al comportamiento futuro de la entidad resultante de la concentración (por ejemplo, compromisos para no reducir precios, no reducir gamas de productos, o suprimir marcas) no eliminan los problemas de competencia. Por ello, solo son aceptables en circunstancias excepcionales y muy específicas.

El segundo principio aplicable a las soluciones, según la Comunicación de la Comisión, radica en que si bien la Comisión es responsable de demostrar que una concentración es capaz de obstaculizar la competencia, esta no puede imponer unilateralmente condiciones a una decisión de autorización, sino solo sobre la base de los compromisos de las partes. Así, la comunicación sigue la misma línea de pensamiento determinada por el Tribunal Europeo de Justicia en dos de sus casos, *General Electric contra Comisión*¹⁸ y *EDP contra Comisión*,¹⁹ reconociendo de esta forma la imposibilidad de imponer condiciones unilaterales.

Las disposiciones de la Comunicación de 2008 son una actualización de la comunicación emitida en 2001 respecto de la misma materia, la cual estuvo fuertemente influenciada por los hallazgos encontrados en el *DG COMP Merger Remedies Study* de 2005, en el cual la Comisión revisó el diseño, implementación y efectividad de noventa y seis remedios que había aceptado en 40 casos bajo su Regulación de Concentraciones, desde 1996 hasta 2000.²⁰ Su principal descubrimiento radicó en que el mayor problema que afecta la efectividad de las soluciones estructurales es la inadecuada delimitación del negocio desinvertido.

Si el negocio a desinvertir es muy grande o muy pequeño, el compromiso puede resultar inútil al no conseguir un posible comprador independiente del negocio que sea adecuado y que, al mismo tiempo, no afecte la estructura del mercado. El estudio hace un especial énfasis en los casos en los que la cesión de una de las marcas puede provocar una pérdida importante en la cuota de mercado, pues esto necesita ser espe-

18. Tribunal de Justicia Europeo. Caso T-210/01 (2005) ECR II-5575, (2006) 4 CMLR 686, apartado 52.

19. Tribunal de Justicia Europeo. Caso T-87/05 (2005) ECR II-3745, (2005) 5 CMRL 1436, apartado 105.

20. Alex Kopke y otros, "Merger Remedies Study", *DG COMP y Comisión Europea*, versión pública, octubre de 2005, 140-3.

cíficamente considerado cuando se determine el alcance requerido del negocio a ser desinvertido.²¹

Igualmente, el estudio demostró que si no existe un adecuado seguimiento y formas específicas de monitoreo en un relativo corto plazo de los compromisos propuestos por los operadores concentrados, las soluciones se tornan ineficaces.²² Por esta razón, si bien las soluciones estructurales continúan siendo la herramienta más importante para eliminar los efectos anticompetitivos de las concentraciones, estas deben regirse por principios que permitan su eficacia y eviten que, por el contrario, se transformen en posibles afectaciones en contra del mercado.

Una nación latinoamericana que ha plasmado los conceptos arriba mencionados es Argentina. En su legislación, las soluciones se denominan “condiciones”, y siguen una lógica similar, pues una condición “podrá y deberá ser impuesta si es necesaria para que una concentración no resulte restrictiva de la competencia”.²³ Estas condiciones pueden consistir en la ejecución de prestaciones de dar, hacer o no hacer, y su contenido es del más variado. Al igual que en el régimen europeo, pueden consistir en órdenes de desinversión u otras de orden estructural, así como en condiciones suspensivas o resolutorias.

Asimismo, la visión de autores del país latinoamericano respecto de la preeminencia de la desinversión como el método más idóneo, sobre todo en cuanto a compromisos de desinversión de una cantidad significativa de activos, es cautelosa. Guillermo Cabanellas, por ejemplo, afirma que en el caso de condiciones que consistan en la desinversión de activos, “un problema recurrente [...] es la dificultad para encontrar adquirentes que estén dispuestos a pagar un precio razonable por tales participaciones y activos”.²⁴

Guillermo Cervio y Esteban Rópolo son más tajantes al considerar que, en mercados pequeños como el argentino, las órdenes de desinversión pueden ser ineficaces e ineficientes, principalmente por la imposibilidad de los operadores económicos de cumplirlas:

Debe analizarse a fondo el tema de los condicionamientos, y en especial de las órdenes de desinversión, en el proceso de aprobación de concentraciones económicas. En general, el argentino es un mercado pequeño, con pocos competidores presentes y con no muchos potenciales interesados de ingresar al mismo. En estas condiciones, sujetar la operación al

21. *Ibid.*, 145.

22. *Ibid.*, 169-71.

23. Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, 150.

24. *Ibid.*, 151.

cumplimiento de un compromiso de venta a favor de un tercero, incluso si el mismo está presente en el mercado, puede resultar una condición de cumplimiento dificultoso, sino imposible.²⁵

Sobre la base de todo lo expuesto, es posible concebir las condiciones o soluciones como prestaciones de dar, hacer o no hacer a las que se subordina una concentración económica con el objetivo de disminuir las preocupaciones en materia de competencia que esta podría generar. Estas condiciones pueden ser de diversos tipos, identificándose principalmente a las soluciones estructurales y de compromiso futuro, las cuales, independientemente de su eficacia, deben cumplir ciertos principios generales. Estos son, esencialmente, la efectividad de la medida para evitar efectos anticompetitivos en el mercado, la probabilidad de que la medida pueda ser implementada y cumplida por el operador económico concentrado, y el corto plazo en la implementación de la medida a ser tomada por los operadores.

A continuación, se verificará si las condiciones establecidas en el procedimiento de concentración económica de AB InBev y SABMiller en Ecuador cumplieron estos principios.

LOS REMEDIOS ADOPTADOS POR LA AUTORIDAD ECUATORIANA

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –en adelante, LORCPM– dispone que las operaciones de concentración económica que estén obligadas a realizar una notificación previa pueden ser examinadas, reguladas y controladas por la SCPM.²⁶ Por su volumen de negocios,²⁷ AB InBev mantuvo esta obligación,²⁸ y, en virtud de ello, el 19 de noviembre de 2015 presentó un escrito de notificación que fue analizado por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones. La Intendencia emitió el informe respectivo, y el 29 de abril de 2016 la Comisión de Resolución de Primera Instancia avocó conocimiento de la causa.

25. Cervio y Rópolo, *Ley 25.156, defensa de la competencia*, 438.

26. Art. 15 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, *Registro Oficial, Suplemento*, No. 555, 13 de octubre de 2011.

27. El volumen de negocios de AB InBev correspondía a un monto de USD 107.987.419.532,92, el cual fue informado por la misma AB InBev en su notificación de concentración.

28. La notificación se hizo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la LORCPM y la Resolución No. 009 de la Junta de Regulación de Control del Poder de Mercado.

El 6 de mayo de 2016, casi 6 meses después de que la notificación fue presentada, la Comisión tomó una resolución sobre la concentración, en ejercicio de sus facultades legalmente atribuidas,²⁹ y decidió subordinar su aprobación al cumplimiento de once condiciones. Las primeras cuatro consistieron en la desinversión total de varios activos en el mercado ecuatoriano de AB InBev y SABMiller, los cuales estaban bajo la titularidad de sus subsidiarias, Compañía Cervecería Ambev Ecuador S. A. y Cervecería Nacional CN S. A., a favor de terceros independientes. Estos activos incluyeron la planta de producción, el canal de distribución y las marcas Zenda, Biela y Maltín de Compañía Cervecería Ambev S. A., así como la marca Dorada de Cervecería Nacional CN S. A.

Adicionalmente, AB InBev y/o su filial debían licenciar todos los derechos de propiedad intelectual en conexión con la producción y distribución de la marca “Brahma” en Ecuador al comprador independiente de esta marca, debiendo ser posible que el control que ejerza el nuevo operador sea lo suficientemente fuerte para que este pueda desplegar una competencia efectiva ante Compañía Cervecería Ambev S. A., Cervecería Nacional CN S. A., o la nueva empresa que surgiere a partir de su concentración.

Por último, AB InBev o la nueva empresa que surgiese, que a su vez ejerza control sobre DINADEC S. A., empresa distribuidora de su grupo económico para el Ecuador, debía garantizar al tercero independiente adquiriente, como parte del paquete de inversión formado por los productos anteriormente mencionados, el acceso a su red de comercialización y distribución por un período de al menos 3 años, bajo los mismos precios, uso de servicio y alcance territorial que el que tendría Cervecería Nacional CN S. A.

La quinta condición buscó fortalecer las 4 primeras condiciones, imponiendo un límite de publicidad en las marcas Pilsener, Club, Budweiser, Bud66 y Pony Malta por un período de 3 años contados a partir de la entrada efectiva del nuevo operador económico adquiriente. Siguiendo una línea similar, en la séptima condición, con el fin de “evitar la consolidación y operación de un monopolio en el mercado cervecero ecuatoriano”, la Comisión requirió que AB InBev suscriba un convenio de competencia *hold separate*, a través del cual la empresa garantice que:

Mientras se implementan las condiciones 1, 2, 3 y 4, que en su conjunto implican el ingreso de un nuevo operador económico en el mercado, las dos empresas bajo su control Compañía Cervecería Ambev Ecuador S. A. (Ambev) y Cervecería Nacional CN S. A. operarán

29. El artículo 21 de la LORCPM dispone que, en todos los casos sometidos al procedimiento de notificación previa, la SCPM puede autorizar la operación, denegarla o subordinarla al cumplimiento de las condiciones que la misma Superintendencia establezca.

de manera competitiva entre ellas, evitando cualquier tipo de comportamiento colusorio, manteniendo estructuras competitivas separadas y diferenciadas, estrategias publicitarias y comerciales independientes y autónomas.

Adicionalmente, la Comisión de Resolución de Primera Instancia impuso una décima primera condición a AB InBev, la cual consistió en una prohibición genérica de establecer condiciones de exclusividad en sus contratos, que afecten o pudieren afectar a otros competidores, considerando incluso como competidores a los cerveceros artesanales.

Al analizar detenidamente cada una de estas condiciones, es posible determinar que las tres primeras son estructurales (específicamente, de desinversión), mientras que las otras son compromisos relativos al comportamiento futuro. Las condiciones de desinversión estuvieron enfocadas principalmente en que el operador concentrado se desprenda del negocio que AB InBev tenía, antes de la concentración, en Ecuador (a través de las marcas Brahma, Zenda, Biela y Maltín).

Esto se asimiló al compromiso que AB InBev asumió ante la Comisión Europea en el procedimiento de notificación obligatoria de su concentración, donde se comprometió a desinvertir la totalidad del negocio de SABMiller en una importante cantidad de países europeos.³⁰ Estos compromisos, en su conjunto, fueron capaces de mitigar las preocupaciones de la Comisión, ya que los compromisos de AB InBev significaron esencialmente la desinversión de los negocios que en un principio planeaba adquirir en Europa.

No obstante, a diferencia de la autoridad europea, para quien bastaron las soluciones estructurales, la SCPM incluyó las condiciones cuarta, quinta, séptima y décima primera en su resolución para dar –a su criterio– mayor fuerza a la desinversión. En ellas, buscó comprometer al operador concentrado a realizar prestaciones de hacer y no hacer, imponiendo una obligatoriedad de uso de sus canales de distribución para el nuevo operador que adquiriera los activos desinvertidos, límites de publicidad a las marcas del operador concentrado e incluso la suscripción de un convenio donde las subsidiarias de AB InBev se comprometían a no cometer actos colusorios.

Si bien estas últimas condiciones reflejan una importante intención por parte de la SCPM de prevenir conductas anticompetitivas en el mercado, la evidencia empírica

30. Los países en los que AB InBev se comprometió a desinvertir las actividades de SABMiller fueron Francia, Italia, los Países Bajos, el Reino Unido, la República Checa, Hungría, Polonia, Rumania y Eslovaquia. Comisión Europea, “Mergers: Commission approves AB InBev’s acquisition of SABMiller, subject to conditions”. *Press Release Database*, 24 de mayo de 2016. Disponible en <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1900_en.htm>.

de la Comisión Europea ha demostrado que los compromisos enfocados en la realización de conductas futuras se tornan, por regla general, en ineficaces; más aún, si no existe un adecuado seguimiento por parte de las autoridades. Además, estos compromisos son fácilmente confundibles con controles que la autoridad de competencia pudiera efectuar *ex post*, por lo que su efectividad queda inmediatamente en tela de duda.

En otro orden de ideas, al analizar las condiciones sexta, octava, novena y décima impuestas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, es posible concluir que estas no guardan relación con soluciones estructurales o de comportamiento futuro. Su fin, a diferencia de lo que ocurrió con las condiciones anteriores, indudablemente va más allá de mantener las presiones competitivas y las estructuras en el mercado: este consiste en el apoyo de los operadores concentrados a la economía popular y solidaria y a la apertura de su capital social a favor de los trabajadores. Por un lado, la sexta condición, según la cual Cervecería Nacional CN S. A. debía permitir a los comerciantes del canal tradicional de comercialización colocar productos del sector de cervezas artesanales y/o bebidas alcohólicas y/o no alcohólicas de productores pertenecientes al sector de la economía popular y solidaria, se basó en las siguientes consideraciones:

i) el cumplimiento de una Política Institucional, derivada de una Política de Estado, basada en principios constitucionales, de apoyo a la producción nacional y a la economía popular y solidaria; y ii) el hecho de que los representantes de Anheuser-Busch InBev SA/NV (ABInBev) manifestaron durante las entrevistas realizadas –y a través de sus propuestas– que estaban dispuestos a ejecutar acciones concretas para apoyar al sector de las cervezas artesanales y a otras iniciativas de desarrollo económico tales como fomento de empleo y producción local entre otras.

Un fundamento similar se efectuó a favor de los actores de la economía popular y solidaria para las condiciones 8 y 10, dirigidas a los productores y comercializadores de cervezas artesanales, las cuales involucraron un proceso de implementación, por parte de AB InBev, de una plataforma denominada de “*e-commerce*” para la comercialización de cervezas artesanales, así como acceso al proceso de embotellado de los operadores económicos concentrados a precios de costo, a los diseños de botellas, al sistema de distribución, capacitación y promoción a favor de los productores artesanales.

Por su parte, la novena condición, justificándose a través del cumplimiento del artículo 22 de la LORCPM,³¹ dispuso textualmente que:

31. Este artículo dispone que, para emitir la decisión de subordinar la concentración al cumplimiento de

Los trabajadores de las empresas que componen el modelo de negocio cervecero intervinientes en la presente concentración tendrán una participación al menos del 5% del capital social concentrado, independiente de la participación de los trabajadores que, eventualmente, existiere en la actualidad en dicho capital social.

Esta condición se aparejó con la obligatoriedad de que el operador económico concentrado mantenga el mismo número de plazas de trabajo existentes, incluyendo cargos gerenciales y de confianza, así como que garantice los derechos adquiridos de los trabajadores.

Ejemplos de condiciones como estas no se pueden evidenciar en las guías, directrices y comunicaciones de la Comisión Europea, pues su concepción no se subsume a principios comunes en la materia ni tampoco permite alcanzar el objetivo por el cual las condiciones nacieron en primer lugar: evitar un posible efecto anticompetitivo en el mercado. Por el contrario, son el resultado de una política pública que se fundamenta en concretar conceptos como los de desarrollo económico e impulso de la economía popular y solidaria, basados en una noción abstracta de justicia, solidaridad, y desarrollo económico equitativo, reconocidos a nivel constitucional.³²

Estas condiciones ya no buscan prevenir que la concentración afecte una estructura competitiva –lo cual fundamentó en un principio su existencia y aplicación–, sino que pretenden que los operadores concentrados, por ese poder de mercado que han adquirido, retribuyan a la sociedad. Por ello, subordinan la concentración a la apertura del capital social de los trabajadores –quienes no son los más aptos para concretar al corto plazo y de forma eficiente una verdadera desinversión en el capital de la empresa– o ayudar al crecimiento y desarrollo de cerveceras artesanales, que al final del día no son competidores directos de los operadores concentrados.³³

Sobre esta base, resulta difícil conciliar la clasificación de estos compromisos de carácter social como condiciones o soluciones, cuando en ningún momento cumplen

condiciones, uno de los criterios a ser tomados en cuenta debe ser la contribución que la concentración puede aportar a la diversificación del capital social y la participación de los trabajadores.

32. Art. 283, 284, 319 y 320 de la Constitución de la República del Ecuador, *Registro Oficial* 449, 20 de octubre de 2008.

33. Se parte de la premisa de que AB InBev y una productora de cerveza artesanal no son competidores en virtud de que, a criterio del autor, se encuentran en mercados relevantes diferentes. No se trata de verdaderos sustitutos dentro del mercado, sobre todo si se toma en cuenta la preferencia particular de ciertos consumidores por las cerveza artesanal, la cual va mucho más allá del precio. En todo caso, al realizar esta comparación solo se busca ilustrar la diferencia de condiciones con un enfoque social, mas no determinar la correcta definición de un mercado relevante en este tipo de concentraciones. Al respecto, podría caber un estudio dedicado exclusivamente a ello; para efectos de este trabajo, sin embargo, vale tan solo dejarlo anunciado.

su finalidad primigenia. Es más, su naturaleza podría permitirles ser añadidos a cualquier concentración que deba ser aprobada por las autoridades de competencia, independientemente de la incidencia de la concentración en la competitividad del mercado, pudiendo clasificarse así como otra categoría a la que las autoridades podrían darle cabida al momento de analizar concentraciones.

En todo caso, por más que estos compromisos, que podríamos denominar “sociales”, parecen ajenos a la naturaleza de las concentraciones y de alguna forma son incompatibles con su finalidad, es importante señalar que su existencia no se restringe solo a Ecuador. Uno de los ejemplos más claros de esto es Sudáfrica, país en el cual se subordinó a AB InBev a “condiciones sociales” muy similares a las ecuatorianas, relacionadas con empleo, adquisiciones a productores nacionales y capacitación y fomento a pequeños productores de cerveza, con el propósito de apoyar y promover a estos grupos.³⁴ En el caso sudafricano, la existencia de estas condiciones sociales como parte de su política pública fue justificable por el hecho de que SABMiller se constituyó en Johannesburgo hace más de 121 años, y para el año 2016 empleaba alrededor de nueve mil trabajadores.³⁵

Estas condiciones fueron aceptadas por AB InBev, y el 22 de julio de 2016 la Comisión de Resolución de Primera Instancia decidió autorizar la concentración económica entre los operadores económicos Compañía Cervecería Ambev Ecuador S. A., subsidiaria de AB InBev, y Cervecería Nacional CN S. A., DINADEC S. A. y CERN-YT S. A., subsidiarias de SABMiller.

Sin embargo, después de esta aprobación, una serie de operadores económicos presentaron recursos administrativos que el Superintendente de Control del Poder de Mercado, en última instancia administrativa, resolvió negar.³⁶ Sin embargo, de forma absolutamente sorpresiva, el Superintendente resolvió, en la misma providencia, incluir de oficio, además de las once condiciones a las que ya se había subordinado la operación, la orden de desinversión a AB InBev de la marca “Club”, y ordenó a la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas realizar el seguimiento del cumplimiento de las condiciones establecidas por la autoridad de competencia.

34. Tribunal de Competencia de Sudáfrica, Caso No. LM211JAN16 (023283), entre Anheuser-Busch InBev SA/NV y SABMiller plc.

35. Ben Martin, “SAB-Miller-AB InBev beer merger secures key South African approval”, *The Telegraph*, 30 de junio de 2016. Disponible en <<http://www.telegraph.co.uk/business/2016/06/30/sabmiller-ab-inbev-beer-merger-secures-key-south-african-approval/>>.

36. La resolución del Superintendente se emitió el 21 de julio de 2016.

La inclusión sorpresiva de esta condición trajo varias preocupaciones importantes para el operador económico concentrado. Su imposición extemporánea y unilateral permitió observar claramente un ejemplo de lo que la teoría en materia de condiciones hacia concentraciones tanto teme: un requerimiento de desinversión cuya falta de análisis adecuado sea capaz de producir una afectación en el mercado mayor que la que la misma concentración podría generar.

Al ordenarse la desinversión de la marca Club, no se buscó mantener la estructura del mercado –el cual es el objetivo de estas soluciones estructurales–, sino que se propendió dejar al operador que se concentró con un poder de mercado menor que con el que contaba antes de la concentración.³⁷ Con las condiciones aceptadas en julio de 2016, AB InBev mantendría la cuota que SABMiller tenía en el país al desprenderse de los activos de su subsidiaria Ambev del Ecuador S. A. Sin embargo, con la obligación de desinvertir en Club, AB InBev no solo no ganaría, sino que perdería una cuota aproximada del 9%.

Esto claramente atentó contra los principios y la fundamentación misma de las condiciones de aprobación. En el caso de Europa, las preocupaciones de la Comisión fueron subsanadas por AB InBev cuando decidió desinvertir los activos de SABMiller en varios países de Europa, provocando que el mercado no sea alterado. En Ecuador, la autoridad de competencia fue más allá, no simplemente previniendo efectos anti-competitivos futuros derivados de la concentración de las compañías cerveceras, sino utilizando la situación para disminuir el poder de mercado previo de una de las subsidiarias que AB InBev había adquirido.

CONCLUSIONES

A través de la teoría del Derecho de la competencia, fue posible identificar la naturaleza y fines de las condiciones a las cuales se puede subordinar la aprobación de una concentración económica. Estas condiciones pueden ser de diversos tipos y deben

37. De acuerdo a datos obtenidos por encuestadoras de mercado internacionales, como la consultora de mercado *Euromonitor*, y reproducidos por la prensa nacional ecuatoriana, la participación en el mercado de la marca Club ascendía a alrededor del 9% en 2014, siendo la segunda marca más vendida a escala nacional (con Pilsener con un 82,3% del mercado). Ambas marcas pertenecían a SABMiller y su subsidiaria Cervecería Nacional CN S. A. antes de efectuarse la concentración, otorgándole con ellas una cuota de más del 91% en el mercado relevante. Datos obtenidos de: Diego Bravo y Mónica Orozco, “Fusión global de dos cervezas mueve el mercado local”. *El Comercio*, noviembre de 2016. Disponible en <<http://www.elcomercio.com/actualidad/fusion-cerveceras-mercado-ecuador-club.html>>.

cumplir varios principios generales para justificar su procedencia. Los principios más importantes son la efectividad de la medida para evitar efectos anticompetitivos en el mercado, la probabilidad de que la medida pueda ser implementada y cumplida por el operador económico concentrado y el corto plazo en la implementación de la medida a ser tomada por los operadores.

Sobre la base de esta identificación, se analizaron las condiciones impuestas por la SCPM en la concentración de AB InBev y SABMiller. Se observó que las condiciones impuestas fueron estructurales, de futuro comportamiento y de orden social. Las condiciones estructurales inicialmente planteadas siguieron una línea similar a las aceptadas por la Comisión Europea, desprendiéndose AB InBev del negocio que tenía en Ecuador para mantener el de SABMiller y así no afectar el mercado.

En cambio, la condición posterior de desinvertir la marca Club rompió la lógica de estos compromisos, pues no cumplió los principios y fundamentos que la doctrina plantea en torno a las soluciones. Esta no buscó limitar el incremento del poder de mercado del AB InBev después de la concentración, sino disminuir el poder del que gozaba antes de que esta se materialice.

Las condiciones de futuro comportamiento impuestas por la SCPM nacieron con el fin de fortalecer las condiciones estructurales iniciales; sin embargo, la evidencia empírica y la aproximación de normativa como la de la Unión Europea permite que se generen dudas sobre la eficacia de su aplicación.

Finalmente, las condiciones sociales impuestas en este caso deben observarse desde una óptica distinta, pues siguen objetivos diferentes al resto de condiciones. Buscan generar un desarrollo de la economía popular y solidaria y apoyo a afectados por la concentración como, por ejemplo, los trabajadores. En este sentido, es posible dudar incluso si se trata de verdaderas condiciones como la teoría del derecho de la competencia las entiende, o como retribuciones que el operador concentrado debe efectuar por haberse permitido su concentración en primer lugar.

BIBLIOGRAFÍA

- Anheuser-Busch InBev SA/NV. “Anheuser-Busch InBev Announces Completion of Combination with SABMiller”. Comunicado de prensa, 10 de octubre de 2016. Disponible en <<http://hugin.info/133959/R/2048106/765703.pdf>>.
- Blekinsop, Philip, y Martinne Geller. “AB InBev launches SAB bid, to sell MillerCoors stake”. *Reuters* (Bruselas-Londres), 11 de noviembre de 2015. Disponible en <<http://www.reuters.com/article/us-sabmiller-m-a-abinbev idUSKCN0T00RN20151111>>.

- Bravo, Diego, y Mónica Orozco, “Fusión global de dos cervezas mueve el mercado local”. *El Comercio*, noviembre de 2016. Disponible en <<http://www.elcomercio.com/actualidad/fusion-cerveceras-mercado-ecuador-club.html>>.
- Cabanellas, Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, t. 2, 2a. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005.
- Cervio, Guillermo J., y Esteban P. Rópolo. *Ley 25.156, defensa de la competencia: comentada y anotada*. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- Daneshkhu, Scheherazade. “Hard work on AB InBev mega deal begins now”, *The Financial Times*, 9 de octubre de 2016. Disponible en <<https://www.ft.com/content/7fa29f5a-8ae4-11e6-8cb7-e7ada1d123b1>>.
- Kopke, Alex, y otros. “Merger Remedies Study”, *DG COMP y Comisión Europea*, versión pública, octubre de 2005.
- Martin, Ben. “SAB-Miller-AB InBev beer merger secures key South African approval”, *The Telegraph*, 30 de junio de 2016. <<http://www.telegraph.co.uk/business/2016/06/30/sabmiller-ab-inbev-beer-merger-secures-key-south-african-approval/>>.
- Ortiz Blanco, Luis. *Manual de derecho de la competencia* (Madrid: Tecnos, 2008).
- Whish, Richard, y David Bailey. *Competition Law*, 7a. ed. Oxford-New York: Oxford University Press, 2012.

OTROS

- Comisión Europea, “Mergers: Commission approves AB InBev’s acquisition of SABMiller, subject to conditions”. Press Release Database, 24 de mayo de 2016. Disponible en <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1900_en.htm>.
- Comisión Europea. “Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) No. 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) No. 802/2004 de la Comisión”. *Diario de la Unión Europea* de 22 de octubre de 2008.
- Constitución de la República del Ecuador*. Decreto Legislativo 0. *Registro Oficial* 449 (20 de octubre de 2008).
- Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. *Registro Oficial, Suplemento*, No. 555 (13 de octubre de 2011).
- Sudáfrica. Tribunal de Competencia de Sudáfrica, [Caso No. LM211JAN16 (023283), entre Anheuser-Busch InBev SA/NV y SABMiller plc], Anexo de condiciones, 30 de junio de 2016. Disponible en <<http://www.comptrib.co.za/assets/Uploads/INBEV/Final-Conditions-PUBLIC-VERSION-signature-document-2.pdf>>.
- Tribunal de Justicia Europeo. Caso T-210/01 (2005) ECR II-5575, (2006) 4 CMLR 686.
- Tribunal de Justicia Europeo. Caso T-87/05 (2005) ECR II-3745, (2005) 5 CMRL 1436.

Fecha de recepción: 4 de junio de 2017
Fecha de aprobación: 26 de junio de 2017

Colaboradores

Viviana Cárdenas Garzón: ecuatoriana, abogada, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; especialista superior en Derecho de la Empresa, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Funcionaria del Consejo de la Judicatura. *<vivianacardenas89@gmail.com>*.

Eddy De la Guerra Zúñiga: ecuatoriana, abogada y doctora en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; magíster en Docencia Universitaria, Escuela Politécnica del Ejército (ESPE); magíster en Derecho, mención Derecho Tributario, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Docente e investigadora, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *<eddy.delaguerra@uasb.edu.ec>*.

María Elena Jara Vásquez: ecuatoriana, abogada y doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; especialista superior en Tributación, y magíster en Derecho, mención en Derecho Económico, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; máster en Derecho, mención en Medios Alternativos de Solución de Conflictos, University of Missouri; doctora en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Docente e investigadora, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *<mariaelena.jara@uasb.edu.ec>*.

Ricardo Montalvo Lara: ecuatoriano, abogado, Universidad San Francisco de Quito; especialista superior en Derecho de la Empresa, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Asociado del Estudio Jurídico ML Abogados. Autor de publicaciones en materias de Derecho económico, Derecho tributario y Derecho de las inversiones. *<remontalvo@mlabogados.com.ec>*.

Francisco Eugenio Olavarria: argentino, abogado, Universidad de Buenos Aires, máster en Derecho Penal, Universidad Austral de Argentina; LLM Advance Legal Science, Universitat Pompeu Fabra. Miembro del Estudio Jurídico Fontan Balestra y Asociados. *<folavarria@fbya.com>*.

Patricio Pozo Vintimilla: ecuatoriano, abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; especialista superior en Derecho de la Empresa, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; LLM Advance Legal Science, Universitat Pompeu Fabra. Abogado asociado en EXPERTISE Abogados & Consultores. *<pato-91pozo@hotmail.com>*.

David Sperber Vilhelm: ecuatoriano, abogado y doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; máster en Derecho, Har-

vard Law School; doctor en Derecho Mercantil, Universidad de Barcelona. Socio en AntiTrust Consultores & Abogados. Autor de libros y artículos en materia de competencia. *<dsperber@antitrust.ec>*.

Carlos Alfredo Trujillo Viteri: ecuatoriano, abogado, Universidad San Francisco de Quito; especialista superior en Derecho de la Empresa, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *<carlostrujilloviteri@gmail.com>*.

Normas para colaboradores

1. La revista *FORO* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, publicará únicamente trabajos inéditos, o una versión actualizada de artículos previamente publicados, que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *FORO* declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. El autor que presente el mismo artículo a otra revista, que ya hubiese sido publicado o se fundamente en una versión ya publicada, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. *FORO* edita resultados de artículos de investigación, estudios, experiencias, reseñas y análisis de sentencias.
4. El artículo debe ser remitido a la siguiente dirección electrónica:
<mariajose.ibarra@uasb.edu.ec>.
5. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:
 - Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office, Word 7,0 (o inferiores), con tipo de letra Times New Roman, tamaño núm. 12, en una sola cara, interlineado simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.
 - Extensión máxima:
 - ◆ Artículos: 15 páginas INEN A4 (incluida bibliografía), equivalentes a 8.000 palabras aproximadamente.
 - ◆ Análisis de sentencia: 10 páginas INEN A4 (incluida bibliografía), equivalentes a 6.000 palabras aproximadamente.
 - ◆ Recensiones: 4 páginas INEN A4 (incluida bibliografía), equivalente a 3.000 palabras.
 - El título del trabajo deberá ser conciso pero informativo, en castellano en primera línea y en inglés. Se aceptan como máximo dos líneas (40 caracteres con espacios).
 - Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha, debajo del título.

- Cada trabajo debe estar acompañado de un resumen de hasta 150 palabras en idioma castellano, donde se describirá de forma concisa el objetivo de la investigación, su contenido y las principales conclusiones.
 - Cada trabajo deberá contener un abstract en idioma inglés de 100 a 150 palabras. Para su elaboración no se admite el empleo de traductores automáticos.
 - Adicionalmente, se indicarán al menos cinco palabras clave (descriptores) que establezcan los temas centrales del artículo, igualmente en ambos idiomas.
 - El autor enviará una reseña de hasta 50 palabras en las que destacará su vinculación académica, publicaciones más importantes y cargo actual. Indicará además su correo electrónico personal.
6. Se debe consignar la dirección y demás datos de ubicación del autor, con el propósito de notificar la recepción de los artículos, así como cualquier decisión del Comité Editorial.
7. Estilo, citas y referencias: se usará el manual de estilo Chicago, a manera de ejemplo:
- Nombre y apellido del autor, *Título de la obra* (Ciudad: Casa editorial, año), número de página o páginas de donde se tomó la referencia. Por ejemplo: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía* (Valencia: Tiran lo Blanch, 1995), 206.
 - En caso de citas posteriores de la misma obra, se señalará únicamente el apellido del autor, título de la obra y número de página, así: Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, 206.
 - Se deberá ser consistente con esta forma de citar a lo largo del texto.
 - Para las citas de revistas o publicaciones periódicas se solicita realizarlas de la siguiente manera: Nombre del autor, título (entre comillas “ ”), nombre de la Revista (*en cursiva*), tomo o volumen, número del ejemplar (año de publicación): página o páginas citadas. Así: Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual”, *Foro: Revista de Derecho*, No. 1 (2003): 85-121.
 - Las referencias bibliográficas deben presentarse al final del artículo bajo el nombre de “Bibliografía” y contendrá los siguientes datos: apellido y nombre del autor. *Título de la obra*, tomo o volumen, número de edición. Ciudad: Casa editorial, año de publicación. No irán numerados y se relacionarán por orden alfabético; por ejemplo: Viciano, Javier. *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
 - Las citas textuales de hasta cuatro renglones deben escribirse entre comillas y seguido al texto; cuando excedan este número de líneas deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra inferior al resto del texto, con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después; si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes.

- Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc. deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados.
- Cualquier otro aspecto sobre el formato debe resolverse por el autor observando uniformidad y consistencia.

Proceso editorial

FORO acusa recepción de los trabajos enviados por los autores/as y da cuenta periódica del proceso de aceptación/rechazo, así como, en caso de aceptación, del proceso de edición.

1. Los autores podrán remitir manuscritos para su evaluación sin fecha predeterminada, se dará preferencia a los trabajos que se ajusten al eje temático de la convocatoria.
2. En el período máximo de 15 días, a partir de la fecha de recepción, los autores recibirán notificación de recepción, indicando si se acepta preliminarmente el trabajo para su evaluación. Los manuscritos serán evaluados a través del sistema de doble ciego (*peer review*).
3. A la vista de los informes de los evaluadores, se decidirá la aceptación, aceptación con modificaciones, o rechazo de los artículos para su publicación. En caso de aceptación con modificaciones, el autor tendrá un plazo máximo de 15 días para entregar la versión final de su manuscrito.
4. En el caso de juicios dispares, el trabajo será remitido a un tercer evaluador.
5. No existe comunicación directa entre los evaluadores ciegos entre sí, ni entre estos y el autor del trabajo. La comunicación entre los actores está mediada por la coordinadora editorial.
6. Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crean necesarias.
7. El plazo de evaluación de trabajos es de 30 días como máximo.
8. Los autores recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que puedan realizar las correcciones o réplicas que correspondan.
9. Una vez editado el número, los autores de artículos recibirán tres ejemplares de la publicación, autores de recensión un ejemplar, y autores de análisis de sentencia un ejemplar.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador *25 años*

RECTOR

Jaime Breilh Paz y Miño

DIRECTOR DEL ÁREA DE DERECHO

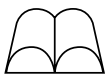
Ramiro Ávila Santamaría

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <ramiro.avila@uasb.edu.ec>, <mariajose.ibarra@uasb.edu.ec>

<www.uasb.edu.ec>



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4658, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <cen@cenlibrosecuador.org>

<www.cenlibrosecuador.org>

SUSCRIPCIÓN ANUAL
(dos números)

Dirigirse a:

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558 • Fax: ext. 12

<ventas@cenlibrosecuador.org> • <www.cenlibrosecuador.org>

Precio revistas: US \$ 33,60

	Flete	Precio suscripción
Ecuador	US \$ 6,04	US \$ 39,64
América	US \$ 59,40	US \$ 93,00
Europa	US \$ 61,60	US \$ 95,20
Resto del mundo	US \$ 64,00	US \$ 97,60

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

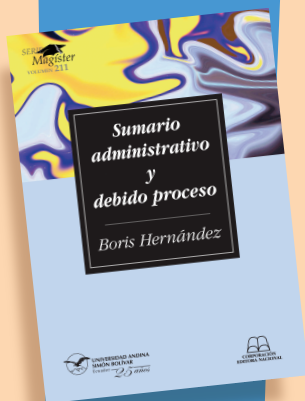
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR

Centro de Información

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

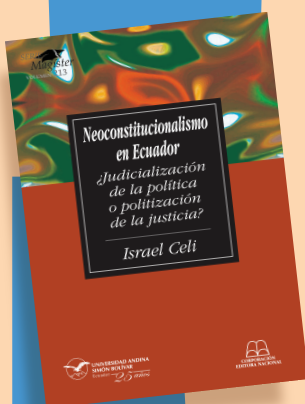
Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <biblioteca@uasb.edu.ec>



Boris Hernández, *Sumario administrativo y debido proceso*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2017.

En esta obra se realiza un examen del procedimiento sumario administrativo contemplado en la normativa ecuatoriana, para establecer si cumple con los principios del debido proceso desde una concepción neoconstitucionalista. En la primera parte se analiza la naturaleza jurídica del sumario administrativo; en la segunda, se efectúa un análisis del debido proceso recurriendo brevemente a su origen y desarrollo; finalmente, se estudia concretamente el sumario administrativo a la luz del debido proceso detectando sus compatibilidades y tensiones.



Israel Celi, *Neoconstitucionalismo en Ecuador. ¿Judicialización de la política o politización de la justicia?* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2017.

Esta obra desarrolla un análisis histórico y conceptual del neoconstitucionalismo en Ecuador en aras de identificar las ideas políticas y jurídicas que influyeron en el programa de cambio constitucional impulsado en Montecristi (2007-2008). El autor argumenta que las condiciones políticas de la Asamblea Constituyente, la pluralidad de fines constitucionales y la trayectoria institucional del Ecuador parecen orientarse –contra la utopía neoconstitucional– hacia la politización de la justicia. Así, se abren interrogantes sobre los tipos ideales que han influido en el pensamiento constitucional del Ecuador, y sobre los límites de una tradición intelectual que ha renunciado al estudio de los vínculos inescindibles entre el constitucionalismo y la política.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

25 años



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

