



Guía para la investigación de **acuerdos y prácticas restrictivas**

**Intendencia Nacional de Abuso del Poder de
Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas**

2021

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas

Dirección Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

Derechos Reservados. Noviembre 2021

Versión 1.0.

Tabla de contenido

AGRADECIMIENTOS	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: LOS ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS A NIVEL MUNDIAL	7
1.1. Regulación de los acuerdos y prácticas restrictivas a nivel internacional	7
CAPÍTULO II: LOS ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS EN EL DERECHO DE COMPETENCIA ECUATORIANO	9
2.1. El régimen de competencia ecuatoriano	9
2.2. ¿Qué son los acuerdos y prácticas restrictivas?	9
2.3. Acuerdos horizontales	11
2.4. Acuerdos verticales	12
2.5. El régimen de competencia ecuatoriano y la influencia del régimen de competencia de la UE	15
2.6. Aplicación de la regla de <i>minimis</i>	17
CAPÍTULO III: ELEMENTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE UN ACUERDO COLUSORIO	19
3.1. Los acuerdos y prácticas restrictivas en la LORCPM	19
3.2. Presupuestos del tipo sancionatorio en la legislación ecuatoriana	21
3.3. Elementos subjetivos de la conducta	21
3.3.1. Concurrencia de dos o más operadores económicos	21
3.4. Elementos objetivos	24
3.4.1. Tipos de acuerdos colusorios	24
3.4.2. Objeto o efecto que impida, restrinja o falsee la competencia	30
3.4.3. Aplicación de la regla de la razón y la regla per se en el sistema <i>Antitrust</i>	32
3.4.4. Exenciones de la prohibición	34
3.5. Elemento competencial. Afectación apreciable en el mercado	34
CAPITULO IV: LAS POTESTADES DE LA SCPM	38
4.1. Reversión de la carga probatoria	38
BIBLIOGRAFÍA	39

AGRADECIMIENTOS

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado agradece los comentarios y sugerencias de Gustavo Benítez Fernández – Comisión Nacional de la Competencia (Paraguay); Edward Cristancho Mendieta – Universidad Externado de Colombia; y María Elena Jara – Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador) en la elaboración de la presente Guía técnica.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente guía es constituir un material de apoyo para la consolidación de una cultura de libre competencia y combate a los acuerdos restrictivos por parte de las instituciones públicas, operadores económicos y otros grupos de interés. La guía desarrolla los conceptos básicos de los acuerdos y prácticas restrictivas en el régimen de competencia ecuatoriano, de manera que el lector pueda comprender con facilidad el objeto y ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) y normas conexas, entendiendo las particularidades del ordenamiento jurídico ecuatoriano. El adecuado entendimiento y la correcta aplicación de la LORCPM coadyuvan a la labor conjunta por la defensa de la competencia, con el propósito de alcanzar mercados más eficientes y un mayor bienestar del consumidor.

Habiéndose delimitado el objetivo del presente documento técnico, es preciso indicar su estructura para facilitar su lectura y comprensión. El primer capítulo aborda desde una mirada general los avances en las investigaciones de acuerdos y prácticas restrictivas a nivel global. Permitiendo comprender cómo las agencias de competencia a nivel mundial coinciden en la importancia de aunar esfuerzos en la lucha contra los cárteles que resultan sumamente perjudiciales para la competencia y los consumidores.

En el segundo capítulo, la guía aborda los mecanismos y regulaciones previstos en diferentes legislaciones, para el tratamiento de los acuerdos y prácticas restrictivas. Desde el origen del derecho “*Antitrust*” en Estados Unidos, a través de la *Sherman Antitrust Act*, hasta la consolidación del régimen de competencia en la Comunidad Europea, con el actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Ambas legislaciones, tanto la *Sherman Act* (proveniente del derecho anglosajón), como el TFUE (derecho continental) han inspirado a múltiples legislaciones alrededor del mundo. Así por ejemplo, la LORCPM guarda profunda inspiración en las normas de competencia previstas en el TFUE, adoptando una tipificación en su estructura y principios bastante similar en materia de acuerdos y prácticas restrictivas. Dentro de este capítulo se desarrolla una breve explicación sobre la regla de *minimis* y el alcance de su aplicabilidad.

El tercer capítulo ofrece un análisis general sobre la importancia de la regulación y control de los acuerdos y prácticas restrictivas. Además, contiene un análisis sobre los presupuestos del tipo sancionatorio de los acuerdos y prácticas restrictivas, previsto en el artículo 11 de la LORCPM. En esta sección, la guía establece los principales criterios para la determinación de la calidad de ‘operador económico’, conforme el ámbito de aplicación de la LORCPM y tomando como referencia los estándares jurisprudenciales provenientes del derecho comparado especialmente de la Unión Europea (UE). En lo que concierne a los elementos objetivos de los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia, la guía aborda la definición y caracterización de las distintas modalidades de esta conducta anticompetitiva: acuerdos, decisiones o recomendaciones, prácticas concertadas, o conscientemente paralelas.

Complementando lo analizado, el Derecho de Competencia a nivel global ha sido abordado a través de diferentes sistemas jurídicos. Es así, que el *common law* mantiene sus propios estándares de evaluación de conductas anticompetitivas: la regla *per se* y la regla de la razón. En la guía se aborda el alcance e implicaciones del estándar de evaluación utilizado en el derecho anglosajón para el análisis de conductas, y la importancia de

distinguirlo del estándar aplicado por los tribunales europeos, pues responden a objetivos diferentes de cada sistema jurídico.

Cabe destacar que no todo acuerdo es necesariamente anticompetitivo, dado que la legislación ecuatoriana ha previsto circunstancias en las cuales los acuerdos y prácticas restrictivas se eximen de su ilicitud por revestir características procompetitivas al generar eficiencias en el mercado. Es así, que en este capítulo también abordan las exenciones previstas en el artículo 12 de la LORCPM, con sus respectivas particularidades.

El último capítulo trata sobre la carga probatoria en materia de acuerdos y prácticas restrictivas. Si bien corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la carga de la prueba, existen casos en que debido a la falta de cooperación o infracciones de los operadores económicos, la carga probatoria se revierte a los operadores económicos investigados, de conformidad con el artículo 48 de la LORCPM.

CAPÍTULO I: LOS ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS A NIVEL MUNDIAL

Existe un consenso global sobre la importancia del Derecho de la Competencia para enfrentar la lucha contra los cárteles económicos. A medida que la globalización avanza, una amplia mayoría de países han incorporado dentro de sus marcos normativos, leyes para la prevención y sanción de los acuerdos y prácticas restrictivas¹. A la par, las agencias de competencia han trabajado en el fortalecimiento de técnicas e instituciones disuasivas y de investigación de este tipo de conductas. El creciente número de acuerdos restrictivos detectados por las autoridades de competencia alrededor del mundo dan cuenta del nivel de compromiso para garantizar la eficiencia y la competencia en los mercados.

Muestra de lo manifestado, es el caso del sistema *Antitrust* estadounidense, en donde el Departamento de Justicia logró la imposición de multas por un monto total de USD 3.6 mil millones, tan solo en el año 2015. Adicionalmente, desde el año 2010 hasta 2016, el Departamento de Justicia emprendió investigaciones en posibles cárteles que operaban en el sector de repuestos de automotores. Los resultados de la investigación fue la imputación de 65 individuos, formulación de cargos a 47 compañías, e imposición de multas por aproximadamente USD 2.7 mil millones².

En esta misma línea, existen otros ejemplos exitosos en la lucha contra los cárteles en los países asiáticos. Por ejemplo, en agosto de 2016, la Comisión de Competencia de la India impuso una multa aproximada de USD 1.148 millones, a diez empresas manufactureras que operaban cartelizadas en la industria del cemento. En 2014, la Comisión de Comercio Justo de Corea del Sur impuso multas por USD 110 millones aproximados, a 21 empresas constructoras por conductas colusorias en licitaciones para la construcción de estaciones de metro³.

En el ámbito de la UE, la situación es igual de alentadora. En la zona euro cada país miembro tiene una autoridad de competencia, además de la Comisión Europea (Comisión) que actuará en casos que involucren a dos o más países de la UE. Desde 2007, las autoridades locales de competencia de la UE han resuelto alrededor de 570 asuntos⁴.

1.1.Regulación de los acuerdos y prácticas restrictivas a nivel internacional

El Derecho de la Competencia estadounidense denominado "*Antitrust Law*" tiene su origen en la expedición de la *Sherman Antitrust Act* de 1890. A través de esta ley se estableció las reglas para el ejercicio de la libertad de competencia en los distintos estados que integran la Unión Americana. En lo principal, la sección primera de la

1 En el año 1970, a nivel mundial solo 12 jurisdicciones contaban con una ley de competencia, y solo siete de ellas tenían una autoridad de competencia en funcionamiento. Hasta el año 2020, se registran que más de 125 jurisdicciones tienen un régimen de derecho de la competencia y la gran mayoría tiene una autoridad activa para hacer cumplir el marco regulatorio. OECD (2020), *OECD Competition Trends 2020*. Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm>.

2 Department of Justice. *Individual Accountability*. Disponible en: <https://www.justice.gov/archives/dag/individual-accountability>. En la fuente original del "Department of Justice" los montos ascienden a billones (billions) de dólares de los Estados Unidos de América, en razón de que la convención de las cifras que designan en español es distinta.

3 ICC. Press Release, 31 de agosto de 2016. <https://bit.ly/3yg0BD3>. KFTC, Press Release, 2 de enero de 2014. Disponible en: <https://bit.ly/3hCccGD>.

4 Unión Europea. *Comprender las políticas de competencia de la Unión Europea*. Bruselas, 2014. Disponible en: <https://bit.ly/3tkteLu>.

*Sherman Antitrust Act*⁵ prohíbe las conductas unilaterales de empresas con el propósito de coludirse o conspirar para afectar al mercado estadounidense.

En Estados Unidos las sanciones por violar la Ley Sherman pueden ser severas, si bien la mayoría de acciones son de carácter civil, se contemplan también sanciones de carácter penal, con multas de hasta USD 100 millones para una compañía y si son personas naturales las sanciones puede ser de hasta USD 1 millón, junto con 10 años de prisión. Conforme esta ley federal, la multa máxima puede aumentarse al doble de la cantidad que los conspiradores ganaron por los actos ilegales o al doble del dinero perdido por las víctimas del crimen, si cualquiera de esas cantidades supera los USD 100 millones⁶.

En lo que concierne a América Latina, en las últimas décadas se han emitido varios cuerpos normativas para la regulación y control de la dinámica competitiva en los mercados. A manera de ejemplo, está el Decreto Legislativo No. 1034, o Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁷ en Perú. En Colombia, la Ley No. 1340⁸ por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. En Chile, el Decreto Ley No. 211⁹ que establece las normas para la defensa de la libre competencia, que en su artículo 1 señala que el objeto de la ley es “*promover y defender la libre competencia en los mercados*”. El Ecuador, por su parte, incorporó en su ordenamiento jurídico una ley de competencia en el año 2011¹⁰. Finalmente, podemos señalar el caso de Paraguay, en donde a partir del año 2013 se encuentra vigente la Ley 4956 de Defensa de la Competencia, la cual fue reglamentada por el Decreto 1490, en el año 2014.

En el ámbito de la UE, la regulación sobre acuerdos y prácticas restrictivas data desde 1957 con el Tratado de Roma, que actualmente es el TFUE¹¹. Si bien las autoridades de competencia de cada país miembro están facultadas para aplicar directamente las disposiciones del TFUE, debido a la extensión territorial de algunas conductas como los cárteles, la Comisión de la UE tiene competencia de investigar y sancionar estas conductas cuando involucren a dos o más estados miembros y afecten la consolidación del mercado común europeo.

5 Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 1-7. La sección primera prohíbe cualquier tipo de contrato con el propósito de acordar una restricción al mercado. “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court”.

6 Federal Trade Commission. *The Antitrust Laws*. Disponible en: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>.

7 Decreto Legislativo No. 1034. Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Publicada en el Peruano el 24 de junio de 2008.

8 Ley No. 1340, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Publicada en el Diario Oficial No. 47.420 de 24 de julio de 2009.

9 Decreto Ley No. 211, que fija normas para la defensa de la libre competencia. Publicada en el Diario Oficial, boletín No. 9950-03 el 22 de diciembre de 1973.

10 OCDE. Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Ecuador. Disponible en: <https://bit.ly/3di1L8D>.

11 Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. OJ C 326, 26.10.2012.

CAPÍTULO II: LOS ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS EN EL DERECHO DE COMPETENCIA ECUATORIANO

2.1. El régimen de competencia ecuatoriano

En el año de 2011, la LORCPM¹² entró en vigencia. Norma mediante la cual se estableció el régimen de defensa de la competencia en el Ecuador. De manera general, y conforme lo previsto en el artículo 1 de la LORCPM, el objeto de la ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar las conductas anticompetitivas de los operadores económicos¹³ que realicen actividades en el territorio nacional, y aquellas que se realicen fuera del país, cuando dichas conductas produzcan de manera actual o potencial efectos perjudiciales en el Ecuador.

El legislador ecuatoriano ha previsto dos mecanismos de regulación y control para la defensa de la competencia en el mercado nacional. El primer mecanismo consiste en la defensa de la competencia *ex ante*, mediante los procedimientos de autorización y control de las operaciones de concentración económica¹⁴ entre empresas o la promoción de una cultura de sana y libre competencia. El segundo mecanismo de carácter *ex post*, es de tipo prohibitivo y sancionatorio de las conductas comprendidas en las categorías de abuso del poder de mercado, acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia y prácticas desleales que se configuren en el mercado nacional, conforme el procedimiento de investigación previsto en la LORCPM.

Los dos mecanismos tienen como finalidad garantizar la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general de los consumidores y usuarios para, en última instancia garantizar un sistema económico social, solidario y sostenible. A través de la aplicación de la LORCPM, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), ente de control en materia de protección de la competencia a nivel nacional, da cumplimiento al mandato constitucional, que en su artículo 336 impone al Estado el deber de garantizar la transparencia y eficiencia en los mercados, a través del “*fomento a la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades*”¹⁵.

2.2. ¿Qué son los acuerdos y prácticas restrictivas?

En el Derecho de Defensa de la Competencia se entiende por acuerdos y prácticas restrictivas a los pactos entre operadores económicos, sean estos explícitos como contratos, convenios, decisiones de agrupaciones, o acuerdos tácitos como prácticas concertadas o conscientemente paralelas, que por su propia naturaleza o por sus efectos, puedan impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia en todo o en una parte del mercado nacional.

¹² Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.

¹³ El concepto de operador económico conforme la LORCPM es profundizado en la sección 3.3.1 de la presente Guía.

¹⁴ Cuando se incumple las condiciones de concentración fijadas por la SCPM, nos encontramos en un procedimiento sancionatorio de carácter *ex post*.

¹⁵ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 449 de 20 de octubre de 2008.

Para entender de mejor forma el alcance de los acuerdos colusorios en nuestro sistema jurídico, debemos primeramente recurrir a su definición formal:

“Las actuaciones más perjudiciales para la libre competencia son aquellas conductas o prácticas mediante las cuales varias empresas se ponen de acuerdo o actúan coordinadamente para no competir o para restringir en algún modo la competencia entre ellas. A este conjunto de conductas se las conoce como <colusorias>”¹⁶.

En lo que concierne al alcance del término “acuerdo”, la doctrina es coincidente en que este término debe entenderse de la manera más amplia posible. Para el Derecho de la Competencia, la palabra “acuerdo” engloba “(...) todo un género de actos en los que una de las partes se obliga a limitar su libertad de acción respecto a la otra, con la finalidad última de restringir la competencia (...)”¹⁷. Por lo que un acuerdo no puede ser entendido exclusivamente como un contrato, como fuente de obligaciones exigibles por vía judicial. El alcance y diferencia en la forma de manifestación del acuerdo se abordará en el capítulo tercero en los diversos tipos de acuerdos que la doctrina ha reconocido.

La amplitud otorgada al término “acuerdo” es concordante con el principio de primacía de la realidad previsto en el artículo 3 de la LORCPM. A través de este principio, la autoridad de investigación atenderá las conductas investigadas por su misma naturaleza, realidad y efecto económico, con independencia de las formas jurídicas que estas adopten. Esto resulta importante debido a las múltiples manifestaciones que pueden tener los acuerdos anticompetitivos. Si bien no es usual, podría darse el caso de acuerdos muy formales, explícitos entre las partes, como una convención escrita, v.gr. un contrato, sin embargo, lo común es que estos acuerdos sean no escritos (implícitos) y consistan en meros compromisos que las partes acuerdan de manera tácita¹⁸.

Además de la clandestinidad de estos acuerdos, cabe resaltar que los acuerdos colusorios son considerados como las conductas anticompetitivas que mayores perjuicios pueden causar a los consumidores y la eficiencia del mercado¹⁹, dado que el acuerdo busca falsear la competencia y que sus miembros consigan mayores ganancias al obtener una extracción injustificada del excedente de los consumidores²⁰.

En los acuerdos colusorios existe una reasignación directa o indirecta del dinero que los consumidores están dispuestos a pagar por un bien o servicio, hacia los miembros del acuerdo anticompetitivo, que viene determinada por el incremento del precio del bien o servicio que buscan adquirir. Esta reasignación despoja a los consumidores de los beneficios que hubieran obtenido en un escenario competitivo haciendo que exista un gasto adicional de los consumidores²¹.

¹⁶ Cfr. Juan Signes de Mesa, Isabel Fernández y Mónica Fuentes. *Derecho de la Competencia*. (Madrid: Aranzandi S.A., 2013), 105, 106.

¹⁷ Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución No. 0224-2003/TDC-INDECOPI, de 16 de junio de 2003.

¹⁸ Organización de Cooperación y Desarrollo Económico. *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia*. (Madrid: Mundi Prensa Libros S.A., 1994), 12.

¹⁹ Op. Cit. Juan Signes, Isabel Fernández y Mónica Fuentes, 105 - 107.

²⁰ El excedente del consumidor simplemente es el beneficio que un consumidor obtiene de un bien o servicio, al adquirirlo a un precio inferior al que estaba dispuesto a pagar. Debido a los acuerdos restrictivos, dicho excedente es injustificadamente extraído del consumidor y obtenido por los operadores económicos que forman parte del acuerdo.

²¹ Joseph Harrington. *The theory of collusion and competition policy*. (MIT: Massachusetts Institute of Technology Press, 2017), 76-77.

En este punto, debemos señalar que los acuerdos restrictivos se dividen en dos categorías: horizontales o verticales, dependiendo del nivel de la cadena de producción que se desenvuelvan, es decir, el eslabón o etapa en los cuales diversos insumos (materias primas) sufren alguna transformación o proceso, desde su fabricación hasta su venta al consumidor final.

Los acuerdos horizontales son celebrados entre operadores en un mismo nivel de la cadena de producción o distribución. Se caracterizan porque los operadores compiten directamente entre ellos, por ejemplo, el acuerdo entre un grupo de fabricantes de aumentar los precios de un determinado bien o servicio, repartirse los clientes o zonas geográficas o disminuir la producción.

Por el otro lado, los acuerdos verticales son los pactos entre operadores en diferentes niveles de la cadena de producción, un ejemplo de este tipo de conducta se evidencia en los acuerdos celebrados entre fabricantes y distribuidores mayoristas, como impedir o reducir la distribución de un producto a los distribuidores minoristas para generar escasez y aumentar los precios.

Tanto los acuerdos verticales y horizontales son sancionados conforme el artículo 78 de la LORCPM, como conductas graves y muy graves para la competencia, respectivamente, y por tanto, susceptibles de imponer una sanción pecuniaria de hasta el 10% o 12% del volumen de negocios del ejercicio económico anterior del operador infractor, conforme lo prescrito en el artículo 79 de la ley de la materia.

A continuación, abordaremos brevemente las principales características de las dos categorías de acuerdos restrictivos.

2.3. Acuerdos horizontales

Los acuerdos horizontales, también denominados “cárteles”, representan las prácticas anticompetitivas más perjudiciales para la competencia y los consumidores. Los cárteles son prohibidos y sancionados por una simple razón: los operadores económicos deben competir entre ellos con el objetivo de obtener mayores ganancias en virtud de sus propios méritos empresariales, y no deben coludir entre ellos con el propósito de distorsionar el proceso competitivo²².

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha llegado a considerar a los cárteles como “*el mal supremo del derecho antitrust*”²³, y existe un consenso general de que este tipo de prácticas tiene como único fin el perjudicar a los consumidores y privarlos de los beneficios tangibles de la competencia²⁴.

Los efectos de un cártel han sido descritos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el caso *Aalborg Portland v Comisión*, en los siguientes términos:

La participación de una empresa en prácticas y en acuerdos contrarios a la competencia constituye una infracción económica que tiene por objeto maximizar sus beneficios, generalmente, por medio de una limitación voluntaria de la oferta, de un reparto artificial del mercado y de un incremento artificial de los precios.

²² Cfr. Jones Alison & Sufrin Brenda. *EU Competition Law*. (Oxford: Oxford University Press, 2014), 660 - 673. Whish Richard & Bailey David. *Competition Law*. (Oxford: Oxford University Press, 2018), 520, 521.

²³ *Verizon v. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004).

²⁴ Werden, Hammond & Barnett. 2011. “Deterrence and Detection of Cartels: Using all the Tools and Sanctions”, 56 *Antitrust Bulletin*. 207, 208.

Los acuerdos o prácticas de esta índole producen el efecto de restringir la libre competencia y de impedir la realización del mercado común, en particular, obstaculizando el comercio intracomunitario. Los efectos perjudiciales afectan directamente a los consumidores en términos de incremento de precios y de menor diversidad de la oferta (...)”²⁵. (Negrilla es propia)

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha establecido que ciertos tipos de acuerdo horizontales, denominados “*hardcore restrictions*” o cárteles duros, constituyen las infracciones más graves a la competencia, debido a que impiden el desarrollo de mercados competitivos, generan resultados negativos para los consumidores y, por lo general, no producen ningún efecto beneficioso²⁶.

Los ejemplos más destacados de cárteles duros incluyen a los acuerdos entre competidores para la fijación de precios, reparto de mercados o restringir las cantidades de bienes o servicios que se producirán, comprarán o suministrarán²⁷. Estos acuerdos son considerados como violaciones a las normas de competencia *per se*, en la terminología utilizada por las cortes de Estados Unidos; o por objeto en la UE, lo que implica que no es necesario probar sus efectos (negativos) en el mercado²⁸.

Es necesario señalar que los acuerdos horizontales de cooperación, por ejemplo, los convenios referentes a investigación y desarrollo pueden generar mejoras en la producción, distribución o el fomento de nuevas tecnologías, por lo que sus beneficios superan el carácter restrictivo de la conducta colusoria. Por tanto, se requiere efectuar un análisis pormenorizado por parte de la autoridad de competencia, dado que estos acuerdos de cooperación tienen el potencial de generar eficiencias, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 12 de la LORCPM que analizaremos en la presente guía.

2.4. Acuerdos verticales

Los acuerdos verticales presentan como principal característica que son celebrados entre operadores que no compiten directamente entre sí, sino que operan en diferentes niveles de la cadena productiva.

El Reglamento 330/2010²⁹ de la UE los define de la siguiente forma:

“(...) los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”.

Si bien los acuerdos verticales no son restrictivos para la competencia *per se*, es necesario considerar que pueden incorporar determinadas cláusulas en los contratos (v.gr. exclusividad de venta a favor de un distribuidor determinado que puede verse agravada por limitaciones geográficas), que producen un efecto

²⁵ STJUE. *Aalborg Portland y otros v Comisión (Cement)*. Casos conjuntos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P. ECLI:EU:C:2004:6. parágrafo 53.

²⁶ OECD. *Cartels and anticompetitive agreements*. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/>. Concurrences. *Hard Core Restrictions*. Disponible en: <https://www.concurrences.com/en/dictionary/Hard-core-restrictions>.

²⁷ Id.

²⁸ José María Beneyto y Jerónimo Maillo (Directores), *Tratado de Derecho de la Competencia*, 2da edición, Tomo I, (Barcelona: Wolters Kluwer, 2017), 39.

²⁹ Reglamento (UE) No. 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

exclusorio o explotativo para la competencia, al imponer o fortalecer tanto barreras de entrada³⁰ como de permanencia o expansión en las actividades que desarrollen los operadores económicos.

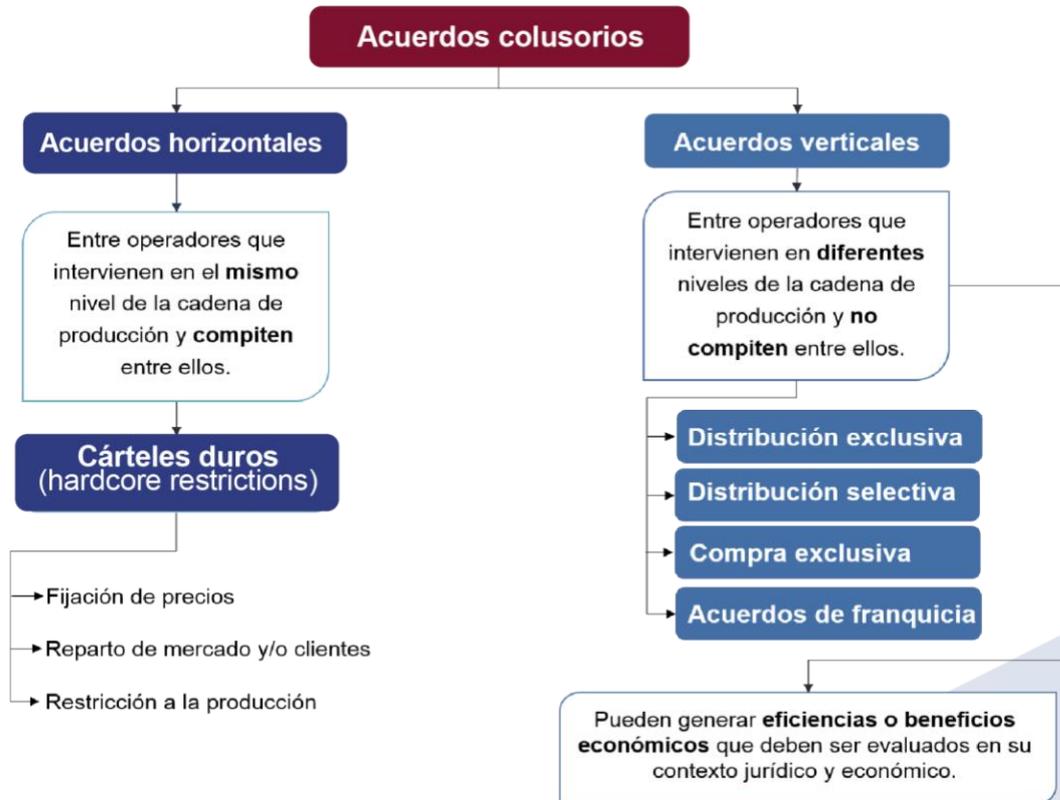
Existen cuatro tipos de acuerdos verticales: i) distribución exclusiva, ii) distribución selectiva, iii) compra exclusiva; y, iv) acuerdos de franquicia³¹, sin que esto pueda ser considerado un listado taxativo. En los acuerdos verticales resulta importante evaluar si los efectos pro competitivos son superiores a las restricciones derivadas del acuerdo.

Los acuerdos verticales pueden generar eficiencias económicas y otros beneficios derivados del intercambio de fortalezas de investigación, desarrollo y transferencia de tecnología entre operadores económicos. En estos casos, los acuerdos quedan eximidos de la prohibición de la conducta, siempre que estos cumplan con las condiciones acumulativas requeridas en el artículo 12 de la LORCPM, que se resume en mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios, o promover el progreso técnico o económico.

³⁰ Las barreras a la entrada se refieren a impedimentos y dificultades que tienen los entrantes (competidores) potenciales para ingresar a una industria. Estas barreras representan un aspecto fundamental en la determinación de la estructura del mercado, ya que afectan sustancialmente el número de empresas, la concentración, la amenaza de entrada y el nivel de competencia de una industria. Jorge M. Tarziján & Ricardo Paredes. *Barreras a la entrada y a la salida y estrategia competitiva. Organización Industrial para La Estrategia Empresarial*. 3ra Ed., (Santiago de Chile: Pearson, 2012). 98 - 113.

³¹ Juan Signes de Mesa, Isabel Fernández y Mónica Fuentes. *Derecho de la Competencia*. 187 – 190.

Gráfico 1. Categorías de acuerdos colusorios según el eslabón de la cadena productiva en el que se encuentren los operadores económicos



Elaboración: DNICAPR

Debido a la reciente introducción del Derecho de la Competencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, su desarrollo en doctrina o jurisprudencia nacional es escaso. Por lo que, para comprender la naturaleza jurídica y alcance de ciertas instituciones previstas en el régimen de competencia ecuatoriano, la guía acude al derecho comparado como fuente de interpretación normativa. La remisión al derecho comparado ha sido reconocida por la propia Corte Nacional de Justicia³² (CNJ) como un mecanismo adecuado para la motivación de decisiones judiciales, y comprender la evolución y diferencias de ciertas instituciones jurídicas, por lo cual, la presente guía recoge algunos criterios de interpretación provenientes de la jurisprudencia del TJUE, por guardar concordancia con la LORCPM, lo cual es favorable para el desarrollo y consolidación del régimen de competencia ecuatoriano.

³² Carlos Ramírez Romero. *Instituciones Jurídicas en perspectivas comparadas*. (Corte Nacional de Justicia del Ecuador: Quito, 2017), 15.

2.5. El régimen de competencia ecuatoriano y la influencia del régimen de competencia de la UE

Actualmente, el Derecho de Competencia de la UE ha alcanzado un importante grado de madurez, debido a su aplicación y desarrollo en cuanto a la realidad económica de la región y por su interpretación dinámica que debe responder a los rápidos cambios de los mercados a ser regulados. Consecuencia de lo anterior es que las normas sobre competencia del TFUE inspiraron a la LORCPM, por lo cual, considerando la consolidación de la doctrina y jurisprudencia europea, es necesario realizar un ejercicio de derecho comparado, previo a profundizar en el análisis del tratamiento de los acuerdos y prácticas restrictivas en el Ecuador.

La prohibición de las conductas colusorias en el Derecho de Defensa de la Competencia de la UE se encuentra previsto en el artículo 101 del TFUE, que en su parte pertinente prescribe lo siguiente:

“1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior [...]

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho”. (Negrilla incorporada con fines de evidenciar las similitudes entre las normas citadas)

Es notable la similitud existente entre las normas que regulan los acuerdos restrictivos de la competencia en el TFUE y la LORCPM, esto se debe a que la LORCPM guarda “inspiración” en el artículo 101 del TFUE. Para evidenciar esto, a continuación se hace una referencia expresa al artículo 11 de la LORCPM, destacando los elementos que coinciden con la legislación europea.

“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. [...]

Son nulos de pleno derecho los acuerdos, prácticas, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en este artículo, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley”. (Negrilla incorporada con fines de evidenciar las similitudes entre las normas citadas)

En lo posterior, tanto el artículo 101 del TFUE como el artículo 11 de la LORCPM establecen un listado no taxativo de conductas, entre las cuales se destacan la fijación de precios o condiciones de comercialización, limitación y repartición de mercados o fuentes de abastecimiento, entre otras. En el numeral segundo del artículo 101, el TFUE establece la nulidad de pleno derecho de todos los acuerdos y decisiones prohibidos en el numeral 1, lo cual también es coincidente con el último inciso del artículo 11 de la LORCPM.

En la estructura normativa de la legislación de la UE se debe destacar el numeral 3, del artículo 101 del TFUE que permite establecer excepciones a la sanción de los acuerdos colusorios en ciertas circunstancias. Las excepciones se enmarcan en que los acuerdos contribuyan con la generación de eficiencias económicas al mercado, como la mejora en la producción o distribución de productos, que resulta en última instancia en

beneficio a los consumidores. Por ejemplo, en casos excepcionales, un acuerdo de especialización sobre capacidades y volumen de producción, o un acuerdo de investigación y desarrollo podrían encajar en la excepción prevista en el numeral 3, del artículo 101 del TFUE, cuando de este se desprendan eficiencias que deberán ser acreditadas por las mismas empresas³³. Los acuerdos de investigación, desarrollo y transferencia de tecnologías son compatibles con las normas de competencia.

En caso de que dos o más empresas demuestren tener ciertas limitaciones en relación al acceso a ciertos bienes de propiedad industrial, como patentes, diseños de utilidad o la aplicación de técnicas industriales³⁴, bien podría la Comisión aplicar la exención prevista en el numeral 3, del artículo 101 del TFUE.

En la práctica, la Comisión ha utilizado la exención del numeral 3 en casos de acuerdos verticales, es decir, que operen en un nivel diferente de la cadena de producción o distribución. Además, no lo hace de manera individual o en casos aislados sino en todos aquellos que se encuentren previstos en los reglamentos de exenciones por categorías o en bloque que rigen para acuerdos colusorios en determinados sectores³⁵. Estos reglamentos son expedidos por el Consejo y tienen como objetivo reducir la carga administrativa de la Comisión. Al contrario, la Comisión sostiene que no caben excepciones en acuerdos de fijación de precios³⁶, sea cual fuere su objeto, inclusive si este acuerdo es sobre investigación y desarrollo, o proviene de las exenciones en bloque que tienen determinados sectores, atendiendo a sus regulaciones específicas.

En el ámbito ecuatoriano, la LORCPM también contempla ciertas excepciones a la prohibición de acuerdos y prácticas restrictivas. En su artículo 12 la LORCPM establece que los “(...) acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico (...)”, estarán exentos de la prohibición contenida en el artículo 11 de la LORCPM. La norma referida, es casi un símil de lo previsto en el numeral 3 del artículo 101 del TFUE.

Además de las exenciones previstas en el TFUE en casos de investigación y desarrollo, en la UE también se excluyen aquellos acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de manera sensible, siempre que estos no tengan por objeto la fijación de precios, la limitación de la producción o ventas, o el reparto de mercados o clientes. Si bien, esta particularidad no está contemplada en el TFUE, la Comisión emitió una comunicación, considerando la práctica del máximo órgano de justicia de la UE³⁷. A través de la comunicación 2014/C 291/01, la Comisión fijó umbrales de cuotas de mercado y circunstancias bajo los cuales se considera que los acuerdos no constituyen una restricción sensible de la competencia.

La exclusión de los acuerdos con escasa relevancia en los mercados se denominada “*regla de minimis*”, esta regla ha sido incorporada de manera expresa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en el artículo 13 de la LORCPM³⁸, el cual prescribe que las conductas del artículo 11 de la LORCPM, no serán sancionadas cuando sean

³³ Richard Whish & David Bailey. *Competition Law*. 544 - 547.

³⁴ Normas de la UE sobre prácticas concertadas y acuerdos entre empresas. Disponible en <https://bit.ly/33gI009>.

³⁵ Comisión Europea. *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del TFUE (antiguo apartado 3 del artículo 81 del TCE)*. Actualización: 29 de mayo de 2020. Disponible en <https://bit.ly/3jEkyOx>.

³⁶ Parlamento Europeo. *Fichas temáticas sobre la Unión Europea. La Política de Competencia*, 2019. Disponible en <https://bit.ly/3eWdvNx>.

³⁷ Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión de 30 de agosto de 2014, Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de manera sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. 2014/C 291/01

³⁸ La regla de *minimis* también consta en la Resolución 3 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”. Registro Oficial 291 de 17 de julio de 2014.

realizadas por operadores económicos que “*por su pequeña escala de operación y/o por su escasa significación, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia*”. Este punto se abordará con mayor profundidad en la siguiente sección de este capítulo.

La práctica de la UE resulta relevante, en tanto las conductas provenientes de acuerdos anticompetitivos y prácticas concertadas pueden ser exoneradas de la prohibición general. En caso de que no cumplan con los elementos necesarios para la exención, estas son evaluadas por su objeto y efecto. Esto implica que en el sistema europeo, el Derecho de la Competencia se ha orientado a un modelo de prohibición *a priori*, con la posibilidad de una eventual excepción³⁹. Como ya fue señalado, similar tratamiento reciben los acuerdos y prácticas restrictivas en el Ecuador.

2.6. Aplicación de la regla de *minimis*

La regla de *minimis* es aquella regla de análisis bajo la cual las conductas colusorias efectuadas por operadores económicos, que por su escasa significación en el mercado relevante en cuestión, no son capaces de distorsionar sensiblemente la competencia, y por este motivo, las entidades de control, tomando en cuenta que tienen recursos escasos, solo deben centrar y/o enfocar sus investigaciones en aquellas conductas anticompetitivas que sean capaces de generar un perjuicio a la dinámica del mercado o el bienestar de los consumidores.

En concordancia con lo anterior, el TJUE, en el paradigmático caso *Völk* estipuló que un acuerdo restrictivo no será sujeto a la prohibición del artículo 101.1 del TFUE, si el mismo no afecta al mercado en cuestión de una forma significativa, citando a continuación la parte pertinente:

“La prohibición del apartado 1 del artículo 85 sólo puede aplicarse si el acuerdo de que se trata tiene además por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común; que dichos requisitos deben interpretarse tomando como referencia el contexto real en que se sitúa el acuerdo; que, por lo tanto, un acuerdo no incurre en la prohibición del artículo 85 cuando afecta al mercado tan sólo de una manera insignificante, habida cuenta de la débil posición que ocupan los interesados en el mercado del producto de que se trate”⁴⁰. (Negrilla es propia)

La importancia del caso *Völk* para el Derecho de la Competencia europeo es que la autoridad de competencia no se preocupará de los casos, incluso aquellos que tengan severas restricciones a la competencia, celebrados entre operadores económicos que ostente una posición “mínima” en el mercado y que produzca un efecto insignificante en el mercado común o en la competencia⁴¹.

En este contexto, la importancia de la regla de *minimis* para un régimen de competencia se resume:

“(…) Y es que, no todas las conductas restrictivas de la competencia caen dentro de la prohibición y deben sancionarse sino únicamente aquellas que afecta real o potencialmente de manera significativa la libre competencia”⁴².

³⁹ José Beneyto y Jerónimo Maillo. *Tratado de Derecho de Competencia Unión Europea y España*. 237, 241.

⁴⁰ STJUE. *Franz Völk vs S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*. Caso 5-69. ECLI:EU:C:1969:35, parf. 302.

⁴¹ Cfr. Jones Alison & Sufrin Brenda. *EU Competition Law*. 180.

⁴² Juan Signes de Mesa, Isabel Fernández y Mónica Fuentes. *Derecho de la Competencia*. 95.

En complemento a lo señalado, la aplicación de la regla de *minimis*, se la concibe como:

*“(...) sólo las conductas que afectan la competencia de forma significativa o sensible se encuentran comprendidas dentro del ámbito de la prohibición y, por lo tanto, deben ser sancionadas. Contrario sensu, aquellas que no restringen la competencia de manera significativa, no caen dentro del ámbito de la norma y, en consecuencia, respecto de ellas, las autoridades competentes no están obligadas a seguir un procedimiento (administrativo o judicial), ni a imponer sanciones de ninguna naturaleza”.*⁴³

La aplicabilidad de esta regla jurídica, como se expuso, tiene su fundamento en que la autoridad de competencia deberá priorizar sus investigaciones dado que debe vigilar varios mercados a nivel nacional, criterio que ha sido recogido por el TJUE en el caso *Automec vs Comission*:

*“A este respecto, debe señalarse que constituye un elemento inherente al ejercicio de la actividad administrativa la competencia, del titular de una misión de servicio público, de adoptar todas las medidas de organización necesarias para el cumplimiento de la misión que le haya sido confiada, incluida la definición de prioridades, en el marco establecido por la ley, cuando tales prioridades no han sido definidas por el legislador. Así debe ser, especialmente, cuando a una autoridad le ha sido confiada una misión de vigilancia y de control tan amplio y general como la atribuida a la Comisión en el ámbito de la competencia. Por tanto, el hecho de que la Comisión conceda diferentes grados de prioridad a los expedientes que le son sometidos en el ámbito de las normas sobre la competencia es conforme a las obligaciones que le impone el Derecho comunitario”*⁴⁴.

Finalmente, la aplicabilidad de la regla de *minimis* no puede ser usada indiscriminadamente, si bien el artículo 13 de la LORCPM manda que las prohibiciones, establecidas en el artículo 11 de la LORCPM pueden ser sujetos de dicha regla, a los operadores que por su escasa significancia no puedan afectar al mercado, sin embargo, el artículo 9 del RALORCPM aclara el panorama y estipula que aquellas conductas catalogadas por su objeto no pueden ser susceptibles de beneficiarse de la regla de *minimis*, en tanto y en cuanto, dichas conductas son las más nocivas para el mercado, independientemente de la participación en el mercado de los operadores económicos investigados, y por tanto siempre deben ser sancionables.

El contenido del artículo 9 del RALORCPM se adecua de mejor manera a las directrices y guías internacionales sobre al ámbito de aplicación de la regla de *minimis*, situación que deberá ser subsanada a futuro por el legislador ecuatoriano.

⁴³ Ingrid Ortíz Baquero. *La regla de minimis en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia*. Mercatoria. 2009. 3.

⁴⁴ STJUE. *Automec vs Comission*. Case T-24/90. ECLI:EU:T:1992:97, parf. 77.

CAPÍTULO III: ELEMENTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE UN ACUERDO COLUSORIO

3.1. Los acuerdos y prácticas restrictivas en la LORCPM

El artículo 11 de la LORCPM regula a los acuerdos y prácticas restrictivas, a través de una “cláusula general prohibitiva” seguido por un extenso listado “ejemplificativo” de conductas colusorias. A fin de facilitar al lector su alcance y contexto, se transcribe íntegramente dicho artículo:

“Art. 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.

En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas:

- 1. Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.*
- 2. Repartir, restringir, limitar, paralizar, establecer obligaciones o controlar concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios.*
- 3. El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas.*
- 4. Repartir o restringir las fuentes de abastecimiento.*
- 5. Restringir el desarrollo tecnológico o las inversiones.*
- 6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.*
- 7. Discriminar injustificadamente precios, condiciones o modalidades de negociación de bienes o servicios.*
- 8. La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- 9. Concertar con el propósito de disuadir a un operador económico de una determinada conducta, aplicarle represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado.*
- 10. La concertación de la calidad de los productos cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales.*
- 11. Concertar la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos.*
- 12. La venta condicionada y la venta atada, injustificadas.*
- 13. Denegarse de modo concertado e injustificado a satisfacer las demandas de compra o adquisición o las ofertas de venta y prestación de productos o servicios, o a negociar con actuales o potenciales proveedores, distribuidores, intermediarios, adquirentes o usuarios.*
- 14. Denegar de modo injustificado la admisión de operadores económicos a una asociación, gremio o ente similar.*
- 15. El boicot dirigido a limitar el acceso al mercado o el ejercicio de la competencia por otras empresas.*
- 16. Suspender concertadamente y de manera vertical la provisión de un servicio monopólico en el mercado a un proveedor de bienes o servicios público o privado.*
- 17. La fijación concertada e injustificada de precios de reventa.*
- 18. Levantar barreras de entrada y/o salida en un mercado relevante.*
- 19. Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.*
- 20. Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.*
- 21. Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan dar en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores*

económicos [...]”.

El primer inciso del artículo 11 de la LORCPM constituye un enunciado general prohibitivo, esto resulta necesario en razón de la infinidad de manifestaciones que puede llegar a tener los acuerdos colusorios, por lo que el legislador con esta “cláusula general” pretendió abarcar todos los escenarios posibles que están prohibidos y serán sancionados por ser considerados como anticompetitivos. Esta técnica legislativa es usual en las leyes de competencia de distintos países que provienen del sistema jurídico continental.

Luego de la descripción genérica de las conductas prohibidas, el artículo 11 contiene un listado no taxativo, más sí ejemplificativo, de los diferentes tipos de acuerdos colusorios. En este contexto, destacan los numerales 15, 18 y 20, que presentan una estructura y contenido normativo amplio y general, que podrían abarcar varios tipos de conductas, por lo que resulta difícil su delimitación.

La principal característica de los acuerdos colusorios es la participación de dos o más operadores económicos independientes a nivel económico y jurídico entre sí. De esta participación conjunta resulta la coordinación de los comportamientos entre operadores económicos en el mercado, en detrimento de la libre competencia.

El artículo 11 prescribe los siguientes requisitos para la configuración de una práctica restrictiva:

- i) Concurso de voluntades o comportamiento coordinado entre dos o más operadores económicos;
- ii) La colusión tenga una restricción apreciable en la competencia, mediante un acuerdo que por su objeto o efecto es anticompetitivo;
- iii) Afectación actual o potencial en el mercado nacional.

La estructura del artículo 11 de la LORCPM, por tanto, obliga a establecer una evaluación sobre el cumplimiento de los tres requisitos: i) la concurrencia de voluntades entre dos o más operadores económicos (elemento subjetivo), ii) acuerdo que por su objeto o efecto impida, restrinja, falsee la competencia (elemento objetivo)⁴⁵; y, iii) que la eventual restricción tenga lugar en parte o en todo el mercado nacional (elemento competencial o territorial). Los tres requisitos deberán cumplirse de forma acumulativa para que se pueda establecer una violación a la ley de competencia.

Previo a profundizar en los requisitos establecidos en el régimen de competencia ecuatoriano para la configuración de un acuerdo restrictivo es necesario analizar el derecho comparado, para entender el desarrollo en la regulación de esta conducta anticompetitiva, y sus implicaciones para el régimen de competencia ecuatoriano.

⁴⁵ El artículo 11 de la LORCPM es amplio en los diversos bienes jurídicos o propósitos que abarca la ley, dado que señala que se prohíben los acuerdos colusorios que de cualquier forma manifestados puedan “impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general”. Los objetivos de eficiencia económica y bienestar general tanto desde el punto de vista económico como legal son ambiguos y amplios, por lo que el segundo requisito de configuración de la conducta es resumido por fines prácticos.

Gráfico 2. Requisitos para la configuración de una conducta colusoria

Concurrencia de voluntades entre **dos o más** operadores económicos conforme los parámetros del artículo 2 de la LORCPM.

Que la restricción a la competencia real o potencial **produzca efectos** en el mercado nacional.



Que el acuerdo tenga como **objeto o efecto** el impedir, restringir, falsear o afectar a otros bienes jurídicos protegidos por la LORCPM.

***La inexistencia de uno de los elementos, deviene en que no se configure una conducta anticompetitiva a la luz del artículo 11 de la LORCPM.**

Elaboración: DNICAPR

3.2. Presupuestos del tipo sancionatorio en la legislación ecuatoriana

Para la configuración de un acuerdo o práctica restrictiva es necesario que las actuaciones de los operadores económicos se subsuman a los elementos del tipo sancionatorio previstos en el artículo 11 de la LORCPM. Con el objetivo de facilitar la comprensión de los tres requisitos para la configuración de la conducta, en las siguientes secciones se estudiará el contenido y alcance de cada uno de ellos.

Cabe señalar que estos requisitos no son subsidiarios entre sí, conforme lo referido por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restringidas (INICAPMAPR), en un caso de colusión horizontal: *“por lo que la inexistencia de uno de ellos, devendría en la imposibilidad de configuración de la conducta anticompetitiva, a la luz del artículo 11 de la LORCPM”*⁴⁶.

3.3. Elementos subjetivos de la conducta

3.3.1. Concurrencia de dos o más operadores económicos

El artículo 11 de la LORCPM establece de manera expresa, que para la configuración de la conducta de acuerdos y prácticas restrictivas es necesario que las conductas anticompetitivas sean realizadas por dos o más operadores económicos. La LORCPM determina el ámbito de aplicación de la ley, incluyendo los sujetos a

⁴⁶ SCPM. Caso SCPM-IGT-INICAPMAPR-006-2020, Resolución de 07 de septiembre de 2020, 16.

quienes está dirigida. Es así, que en el artículo 2 de la Ley *ibídem* define a los operadores económicos en los siguientes términos:

“Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.” (Énfasis agregado).

El artículo citado establece que son sujetos de control las personas naturales, jurídicas, públicas o privadas que actual o potencialmente realicen actividades económicas. Es decir, para ser catalogado como operador económico debe cumplir el requisito de realizar actividades económicas, es por ello que, previamente, debemos entender qué se entiende por empresa y actividad económica.

En el sistema jurídico ecuatoriano, el concepto de empresa se encuentra previsto en el artículo 14 del Código de Comercio⁴⁷, conforme sigue: *“(...) la unidad económica a través de la cual se organizan elementos personales, materiales e inmateriales para desarrollar una actividad mercantil determinada”*, se le denomina empresa. En cuanto a la actividad mercantil, el artículo 7 de la norma *ibídem* refiere que todo acto u operación que implique *“(...) el desarrollo continuado o habitual de una actividad de producción, intercambio de bienes o prestación de servicios en un determinado mercado (...)”*, debiendo considerar que la normativa de competencia contempla las actividades que de forma actual o potencial realicen los operadores económicos en el territorio nacional, sean estas catalogadas como mercantiles o no.

Al recurrir al derecho comparado, se observa que la práctica de la UE señala que se estará frente a un operador económico^{48, 49} cuando se cumplan los siguientes presupuestos: (i) cualquier entidad que ejerza una actividad económica⁵⁰ con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación y, por otro lado, que, (ii) la actividad *in quaestio* sea llevada a cabo de forma autónoma⁵¹.

En este contexto, el caso *J.C.J. Wouters y otros contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, el TJUE ha dejado sentado como precedente que *“(...) el concepto de empresa comprende, en el contexto del Derecho de la Competencia, cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”*⁵².

⁴⁷ Código de Comercio. Registro Oficial No. 497 de 29 de mayo de 2019.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE). *Klaus Hofner y Fritz Elser c. Macroton GmbH*, Caso 41/90. ECLI:EU:C:1991:161 par. 21.

⁴⁹ Para efectos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la definición de empresa o *undertaking*, es aplicable tanto para el artículo 101 como al artículo 102, por tal motivo, es admisible citar casos de abuso de posición dominante donde se establece con claridad este concepto. Véase: Whish Richard & Bailey David. *Competition Law*. 83.

⁵⁰ Para una definición y características de actividad económica, véase: Okeoghene Odudu. *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*. (Oxford: Oxford University Press, 2006), 45 – 47. A saber: La noción de empresa o *undertaking* ha ido delimitándose, es decir, tiene un concepto autónomo en el derecho de la competencia de la UE. La jurisprudencia de la Unión Europea no se enfoca en si la empresa tiene o no ánimo lucrativo, ni distingue en función de su carácter público o privado, o al hecho de que tenga personalidad jurídica, estableciendo una definición funcional (*functional approach*) para catalogarlo como empresa.

⁵¹ Luis Ortiz Blanco, et al., *Manual de Derecho de la Competencia*. (Madrid: Tecnos, 2008), 64 - 70.

⁵² STJUE, *J.C.J. Wouters y otros contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*. Caso 309/99., ECLI:EU:C:2002:98, par. 46.

Respecto del concepto de actividad económica, el TJUE ha definido sus rasgos característicos, siendo estos, los siguientes:

“(i) La oferta de bienes y servicios en el mercado⁵³ y, (ii) que dicha actividad puede ser llevada a cabo en principio, por una empresa privada con el objetivo de obtener ganancias⁵⁴; entendiéndose inclusive que si la empresa privada ha incurrido en pérdidas, resulta irrelevante para la configuración de la actividad económica”⁵⁵.

Tanto de la norma prevista en el Código de Comercio y tomando como referencia el análisis jurisprudencial del TJUE, el análisis de operador económico se lo realiza caso por caso de acuerdo a la naturaleza jurídica de los investigados y al contexto jurídico y económico del mercado analizado, con el propósito de evaluar si se trata de un operador económico o no, en aplicación del artículo 2 de la LORCPM.

En virtud de lo expuesto, se concluye que una empresa es una unidad económica, sea esta pública o privada, conformada por elementos personales, materiales e inmateriales para el desarrollo de una actividad de producción, intercambio de bienes o prestación de servicios en el mercado.

En este punto resulta oportuno evaluar, el rol de las empresas públicas en el mercado, al respecto el artículo 315 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe que el Estado puede constituir empresas públicas para *“(...) la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas”* (Negrilla es propia). De igual manera, la Ley Orgánica de Empresas Públicas en su artículo 4 establece que las empresas públicas gozan de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Así también, el artículo 39 de la norma *ibídem* refiere que las empresas públicas en ejercicio de sus actividades económicas pueden generar ganancias y excedentes. En tal virtud, una empresa pública sería considerada operador económico a la luz de la LORCPM.

Por otro lado, cabe enfatizar que no toda entidad de derecho público encaja en la categoría de operador económico, debido a que estas actúan sobre la base de las competencias y atribuciones que la Constitución y la Ley les confieren, sobre este punto la INICAPMAPR se ha pronunciado⁵⁶ en los siguientes términos:

“La administración pública posee inherentemente una potestad⁵⁷ que es un poder de actuación habilitado y ejercitado conforme las normas jurídicas para ejercitar competencias y facultades que se le han confiado. Bajo esa perspectiva, puede entenderse que la actividad realizada por el GAD DMQ fue inherente al ejercicio de una potestad pública, originado por las atribuciones y competencias permitidas en la Constitución de la República del Ecuador artículo 264, numerales 1 y 2, y en el COOTAD, en sus artículos 54 literales f) y m), y 55 literal b), lo anterior debido a que los Municipios les compete el deber de llevar a cabo procesos de contratación pública.

(...) En otras palabras, y respondiendo las dos interrogantes planteadas anteriormente, el contrato de concesión celebrado entre el GAD DMQ y Publicidad Sarmiento, no puede entenderse como un acuerdo entre operadores económicos, en la medida que los acuerdos restrictivos a la competencia son circunscritos en el ejercicio de una

⁵³ STJUE, *Firma Ambulaz Glockner vs Landkreis Sudwestpfalz*. Caso-475/99, ECLI:EU:C:2001:284 parf. 19; STJUE, *Commission vs Italy*. Caso 35/96, ECLI:EU:C:1998:303, parf. 36 y, STJUE, *FENIN vs Commission*. Caso C-205/03, ECLI:EU:C:2006:453, parf. 25.

⁵⁴ STJUE, *Albany International BV vs Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*. Caso 67/96, ECLI:EU:C:1999:430 parf. 311; STJUE, *Pavlov vs Stichting Bedrijfspensioenfonds Medische Specialisten*. Caso C-180-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, parf. 201.

⁵⁵ Cfr. Jones Alison y Sufrin Brenda. *EU Competition Law*. 127 - 133.

⁵⁶ SCPM. Caso SCPM-IGT-INICAPMAPR-006-2020, Resolución de 07 de septiembre de 2020, 19, 21.

⁵⁷ Fernando Garrido Falla. *Tratado de Derecho Administrativo*. (Madrid: Tecnos, 1989). Cita original de la resolución.

actividad económica, y el GAD DMQ actuó de conformidad con sus atribuciones constitucional y legalmente establecidas, en atención al interés público”.

En este contexto, cabe señalar que ciertas instituciones públicas no fueron creadas para ejercer actividades económicas sino para dar cumplimiento a ciertos servicios de interés público. En consecuencia, para determinar la calidad de operador económico de una entidad de derecho público es necesario observar la naturaleza jurídica del ejercicio de las actividades que estas realizan y ver si la entidad pública se ha apartado o no de sus atribuciones determinadas en la Constitución y la Ley.

Por otro lado, es pertinente señalar que la INICAPMAPR también ha resuelto que cuando se encuentra ante un ente u organismo cuyo fin sea social, basados en el principio de solidaridad y en cumplimiento de potestades legales, tampoco se encuentra ante un operador económico susceptible de ser investigado por la SCPM.

“(…) En consecuencia, el IESS al ser una institución encargada por mandato constitucional de la seguridad social en el Ecuador, según la normativa de seguridad social ecuatoriana, y considerando de forma referencia la jurisprudencia y doctrina citada ut supra, desempeña una función de carácter social, lo que impide que sea considerada como un operador económico al ejercer sus atribuciones conferidas en la ley, incluyendo sus actuaciones en los procesos de contratación pública, con el propósito de cumplir un beneficio o interés público⁵⁸”.

En tal virtud, se realiza un análisis integral de las circunstancias jurídicas y económicas en las que se ha desarrollado la conducta y los sujetos procesales involucrados en la conducta, a fin de determinar en cada caso si se puede catalogar como operadores económicos conforme el artículo 2 de la LORCPM.

A manera de consideración final, sobre el primer elemento que configura un acuerdo o práctica restrictiva, es necesario señalar que la existencia de dos o más empresas es primordial. Caso contrario se estaría frente a otro tipo de conductas anticompetitivas que regula la LORCPM, como son el abuso de poder de mercado o las prácticas desleales.

3.4. Elementos objetivos

3.4.1. Tipos de acuerdos colusorios

La regulación de los acuerdos y prácticas restrictivas en el régimen de competencia ecuatoriano enumera una serie de conductas anticompetitivas, sin que puedan ser consideradas como taxativas. En el caso de la LORCPM, la tipología de los acuerdos y prácticas restrictivas es amplia, al considerar un total de 21 conductas colusorias.

Las prácticas restrictivas de la competencia se manifiestan de múltiples formas, conforme la misma LORCPM, que en el artículo 11 manda: *“(…) en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestado (…)*”. Sin embargo, existen clasificaciones doctrinarias que distinguen a las prácticas restrictivas en horizontales o verticales, según el lugar que ocupen los operadores económicos en la cadena productiva; u otra clasificación considera si el acuerdo es expreso o tácito⁵⁹. A continuación, la Guía abordará los principales tipos o modalidades de los acuerdos colusorios.

⁵⁸ SCPM. Caso SCPM-IGT-INICAPMAPR-007-2020, Resolución de 07 de septiembre de 2020, 31.

⁵⁹ Cristina Cucu. 2013. “Agreements, Decisions and Concerted Practices: Key Concepts in the Analysis of Anticompetitive Agreements”, 20 *Lex ET Scientia Int’l J.*, 24 - 26.

a) Acuerdos

El concepto de acuerdo es “(...) *todo concierto de voluntades, cualquier que sea su forma de celebración, jurídicamente vinculante o no, concluido entre dos o más empresas u operadores económicos actuantes en el mercado, sea en el mismo o en distinto estadio del proceso de producción o distribución*”⁶⁰. Lo relevante es la concurrencia de dos voluntades reales y diferenciadas, con suficiente autonomía entre sí.

Bajo el vocablo ‘acuerdo’ se engloban todo tipo de concurso de voluntades, entre operadores económicos, con independencia de la forma en que estas voluntades se manifiesten, ya sea de manera tácita o expresa.

Para la configuración de un acuerdo anticompetitivo no es necesario que este se manifieste en un contrato, tan solo basta que los operadores económicos hayan manifestado su voluntad conjunta de operar de determinada manera en el mercado. En esta categoría de prácticas restrictivas se encuentra cualquier tipo de acuerdo, entendido de manera amplia, sea escrito, oral, o inclusive, un “*acuerdo entre caballeros*”⁶¹.

Considerando el último ejemplo, los pactos entre caballeros son acuerdos informales como compromisos, simples declaraciones de actuaciones entre operadores. No es trascendente su forma de materialización sino el objeto y efecto que estos puedan tener en las conductas de las empresas en determinado mercado.

Por su parte, el TJUE ha sostenido que para la existencia de un acuerdo conforme lo establecido por el artículo 101.1, del TFUE “(...) *basta con que las empresas de que se trate hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado*”. En estos casos, existe una fiel expresión de restringir la competencia a través de una voluntad común, que no necesariamente se materializa de manera escrita.

También existen comportamientos unilaterales, que dada la relación entre dos o más operadores pueden resultar en un acuerdo bilateral o multilateral. Esto implica que la decisión unilateral de un operador será adoptada por uno o más competidores, los cuales ajustarán su comportamiento a la actuación del primero. Esta conducta se manifiesta a través de manifestaciones de voluntad unilateral, con efectos colectivos como cartas, circulares, invitaciones, entre otras.

Los acuerdos propiamente dichos, pueden ser horizontales o verticales, dependiendo el eslabón de la cadena productiva donde se configuren, como fue explicado en el capítulo 2 de la presente guía.

b) Decisiones o recomendaciones de asociaciones

En esta categoría se encuentran las decisiones o recomendaciones de asociaciones, federaciones, uniones, agrupaciones o cualquier tipo de órgano colegiado de empresas. Las asociaciones entre empresas no están prohibidas *per se*, sino los comportamientos cuyo objeto o efecto restringen el proceso competitivo. Es común que las decisiones de estos órganos colegiados modifiquen o guíen las conductas económicas emprendidas por sus miembros en el desarrollo de su giro de negocio, por tanto, tienen la obligación de no generar “espacios” que faciliten la colusión entre operadores económicos.

Estas decisiones o recomendaciones suelen ser adoptadas por los órganos de gobierno o directivos de las asociaciones de empresas, sin que sea relevante si estas fueron adoptadas por el órgano competente u

⁶⁰ José Beneyto y Jerónimo Maillo, *Tratado de Derecho de la Competencia*, 247.

⁶¹ Véase: Ariel Ezrachi. *EU Competition law. An analytical guide to the leading cases*. Sixth edition. (Oxford: Hart Publishing, 2018), 61 - 65.

observaron el procedimiento estatutario. Lo relevante para la autoridad de competencia es que este tipo de recomendaciones o decisiones colectivas tienen como finalidad el coordinar el comportamiento de sus miembros para coludir.

En el ámbito europeo, la Comisión ha considerado al contenido de las recomendaciones como “(...) *expresión de la voluntad de la asociación de coordinar el comportamiento de sus miembros en el mercado (...)*”⁶². En este tipo de conducta es común la fijación de precios, honorarios, tarifas, entre otras condiciones de comercialización de los miembros de la asociación.

Es irrelevante el estatuto jurídico de las asociaciones, pudiendo ser estas de carácter público, privado, sociedad mercantil o civil, con o sin fines de lucro, con reconocimiento legal o sin él, entre otras consideraciones. Tampoco es esencial que las decisiones o recomendaciones tengan un carácter vinculante, debido a que suelen manifestarse como protocolos, directivas, regulaciones, circulares internas, dirigidas a los miembros de la asociación. Con independencia de su forma de manifestación, estas decisiones o recomendaciones restringen la libertad empresarial de los miembros de la asociación,⁶³ al alinear la actuación o comportamiento de todos o varios de sus miembros, situación que es prohibida por el artículo 11 de la LORCPM.

c) Prácticas concertadas

Existen ciertas prácticas restrictivas que si bien, no se manifiestan como un acuerdo propiamente dicho, existe una coordinación de las conductas entre dos o más operadores económicos. Este tipo de conductas colusorias se denominan prácticas concertadas, y la jurisprudencia las ha definido en los siguientes términos: “(...) *una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a que se celebre un convenio propiamente dicho, sustituye los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas (...)*”⁶⁴. Para la configuración de esta conducta colusoria, se destaca la concurrencia de los siguientes tres elementos: (i) concertación entre las empresas; (ii) comportamiento en el mercado que siga la concertación; (iii) una relación causa y efecto entre ambos elementos⁶⁵.

Al respecto la doctrina se ha referido que en las prácticas concertadas, “*debe haber un consenso mental mediante el cual, la cooperación práctica sustituye a sabiendas la competencia; sin embargo, los consensos no necesitan lograrse verbalmente y pueden producirse por contacto directo o indirecto entre las partes*”⁶⁶. Resulta en este punto, importante considerar que, las prácticas concertadas tienen como fin generar una cooperación práctica para reducir los riesgos del proceso competitivo.

En definitiva para la existencia de una práctica concertada es necesaria la cooperación entre los involucrados. En el paradigmático caso *Suiker Unie* conocido como el cartel de la azúcar, el TJUE describió a las prácticas concertadas, como:

“Considerando que el concepto de «práctica concertada» se refiere a una forma de coordinación entre empresas que, sin haber llegado a la celebración de un contrato propiamente dicho, sustituye a sabiendas los riesgos de la

⁶² STJUE. *Heintz van Landewyck SARL and others v Commission of the European Communities*. Casos acumulados 209 to 215 and 218/78, ECLI:EU:C:1980:248, Párr. 86

⁶³ Cristina Cucu. “Agreements, Decisions and Concerted Practices: Key Concepts in the Analysis of Anticompetitive Agreements”, 31.

⁶⁴ STJUE. *Imperial Chemical Industries Ltd. contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Caso 48-69, ECLI:EU:C:1972:70, párr. 64.

⁶⁵ STJUE. *Hülfg Ag vs Comission*. Caso C-199/92 P. ECLI:EU:C:1999:358, párr. 161.

⁶⁶ Whish Richard & Bailey David. *Competition Law*. 116, 117. Traducción libre.

competencia por una cooperación práctica entre ellas, cooperación que conduce a unas condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado, habida cuenta de la naturaleza de los productos, la importancia y el número de las empresas así como el volumen y el carácter de dicho mercado (...)⁶⁷. (Énfasis añadido)

En añadidura, es necesaria la existencia de un contacto entre competidores, donde se pueda diferenciar y/o entrever las intenciones o la forma de actuar a futuro en el mercado, siendo relevante para este punto, el caso *Cimentières*, citando a continuación su parte pertinente:

“Sobre esta cuestión, debe señalarse que el concepto de práctica concertada exige efectivamente la existencia de contactos caracterizados por la reciprocidad (conclusiones del Abogado General Sr. Darmon para la sentencia Pasta de madera II, citadas en el apdo. 697 supra, puntos 170 a 175). Este requisito se cumple cuando un competidor informa a otro, a petición de éste o, al menos, con su beneplácito, de sus intenciones o de su conducta futura en el mercado”.⁶⁸ (Énfasis añadido)

Es decir, para la existencia de una práctica concertada deben existir los tres requisitos de forma acumulativa, donde se pueda evidenciar o al menos presumir con cierto grado de certeza, la cooperación entre competidores para actuar de determinada forma en el mercado.

Frente a la dificultad de establecer una coordinación entre operadores, la autoridad de competencia podrá basarse en otros factores económicos –*plus factors*–⁶⁹, como son las barreras estructurales y estratégicas que se presentan en un mercado, para sustentar el comportamiento entre operadores.

Resulta en este punto, importante considerar que las prácticas concertadas tienen como fin generar una cooperación práctica para reducir los riesgos del proceso competitivo. La cooperación suele ser concertada a través del intercambio de información relevante entre las empresas participantes.

d) Conscientemente paralelas

El legislador ecuatoriano ha seguido la estructura normativa que existe en la sección primera del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia⁷⁰ española, al considerar a las conductas conscientemente paralelas como una cuarta categoría de los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia. Sin embargo, ni la LORCPM ni la jurisprudencia internacional ofrece una definición unívoca de este tipo de acuerdo restrictivo⁷¹.

Por su parte, el tratadista Alberto Arribas define a las conductas conscientemente paralelas como: “*aquellas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en que cada operador económico, sin que medie acuerdo*

⁶⁷ STJUE. *Suiker Unie vs Comission*. ECLI:EU:C:1975:174, apartado 26.

⁶⁸ STJUE. *Cimentières CBR y otros/Comisión*. Caso T-25/95. ECLI:EU:T:2000:77, apartados 141 - 155.

⁶⁹ Los “plus factors” representan evidencia económica circunstancial para probar una colusión tácita. Cfr. William E. Kovacic E., Robert C. Marshall, Leslie Marx; Halbert L. White L. 2011. “Plus Factors and Agreement in Antitrust Law”, 110 MICH. L. REV. 393. <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol110/iss3/1>.

⁷⁰ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. BOE No. 159 de 04 de julio de 2007.

⁷¹ La terminología económica y jurídica de competencia, no es uniforme en definir a los acuerdos “conscientemente paralelos”. En lo que concierne al régimen de competencia ecuatoriano, *a priori*, se podría señalar que este término agrupa a la colusión tácita, colusión implícita o coordinación tácita, problemática que deberá ser estudiada y solventada por los diversos grupos de interés que forman parte del régimen. Véase: María del Carmen Navarro Suay. *Las conductas conscientemente paralelas*. (Madrid: Civitas, 2005).

ni concertación alguna, actuando unilateral pero armónicamente, ajusta deliberadamente su comportamiento al de otro competidor o competidores”⁷².

En este tipo de conducta colusoria, la interdependencia entre operadores económicos, entendida como la situación en la que los operadores (agentes) deciden qué estrategia aplicarán, lo que en teoría de juegos se conoce como estrategia dominante, tomando en consideración la estrategia del resto de operadores en el mercado⁷³, juega un rol esencial.

La Comisión de la UE ha considerado que si del análisis económico, a la luz de las condiciones específicas de determinado mercado, la autoridad de competencia no identifica condiciones objetivas que justifiquen el paralelismo en la conducta de varias empresas, estas serán consideradas como producto de una concertación⁷⁴.

Finalmente, cabe señalar que se requiere un mayor desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre este tipo de conducta colusoria, a fin de establecer la naturaleza jurídica y las particularidades de este tipo de acuerdos colusorios.

e) Colusión en contrataciones públicas

La colusión en contratación pública no es un tipo de acuerdo propiamente dicho, sino que puede configurarse en las distintas modalidades de acuerdos colusorios, detalladas anteriormente, pero en el ámbito de la contratación pública.

Las prácticas colusorias en los procesos de contratación pública buscan el acuerdo o coordinación de los oferentes o su direccionamiento por parte de la entidad contratante para no competir o restringir la competencia, limitando los riesgos inherentes (incertidumbre) en el mercado⁷⁵. Esto, debido a que a través de estos acuerdos, los operadores económicos:

“(…) sustituyen la actuación autónoma en el mercado tratando de obtener el éxito económico en base a la bondad de sus prestaciones, por una actuación coordinada en la que los incentivos para la captación de clientes se ven reducidos, en perjuicio de éstos y de la eficiencia del sistema en general”⁷⁶.

La colusión puede suceder en los procedimientos de contratación pública, en donde el fin es acordar de manera anticipada cuál de los operadores (oferentes) participantes será el ganador respecto de un contrato cuya adjudicación está sujeta a un proceso de contratación pública por parte de una entidad u órgano público. La OCDE sostiene que en estos casos *“El objetivo común de un acuerdo colusorio entre los oferentes, es elevar el*

⁷² Alberto Arribas. Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia. Civitas, 2008, pág 51.

⁷³ Cf. Whish & Bailey. *Competition Law*. 571 – 578. Louis Kaplow. *Competition Policy and Price Fixing*. (New Jersey: Princeton University Press, 2013). 38. Comisión. *Interbrew and Alken-Maes*, Caso IV/37.614/F3 PO, (2003) OJL 200/1, para. 221.

⁷⁴ Comisión. *Decisión de 19 de Diciembre de 1984 relativa a procedimiento bajo el artículo 85 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. (IV/29.725 – Pulpa de madera), parrf. 82

⁷⁵ OCDE, *Competition in Bidding Markets*, 2006, 11 - 20.

⁷⁶ José María Beneyto Pérez. *Tratado de Derecho de la Competencia*, 174.

monto de la oferta ganadora, incrementando consecuentemente el provecho ilegítimo que será luego distribuido entre los oferentes coludidos”⁷⁷.

La OCDE ha establecido ciertos indicios que coadyuvarían a la existencia de un acuerdo colusorio entre oferentes, elementos que han sido acogidos por la INICAPMAPR en varios casos⁷⁸, que se resumen a continuación:

“Licitaciones repetidas: Las compras repetidas incrementan las posibilidades de colusión. Las licitaciones frecuentes ayudan a los miembros del pacto colusorio, a asignarse contratos entre ellos. Adicionalmente, los miembros del pacto ilícito pueden castigar a un incumplidor que se desvía del mismo privándolo de los contratos originalmente asignados a él. Por lo tanto, aquellos contratos por bienes o servicios que son regulares y periódicos pueden requerir herramientas especiales y supervisión para desincentivar la colusión entre oferentes.

Productos o servicios idénticos o simples: Cuando los productos o servicios que las empresas venden son idénticos o muy similares, es más fácil para las empresas alcanzar un acuerdo sobre una estructura común de precios”.

“Posturas encubiertas: Las posturas encubiertas (cover bidding) (también conocidas como posturas de cortesía, simbólicas, simuladas o complementarias), constituyen la forma más frecuente en que los acuerdos colusorios entre oferentes son llevados a cabo. Se está frente a una postura encubierta cuando individuos o empresas han acordado presentar ofertas que contienen, a lo menos, alguna de las siguientes características: (1) un competidor acuerda presentar una oferta que es más elevada que la oferta del ganador previamente determinado por el acuerdo, (2) un competidor presenta una oferta que es conocida y manifiestamente demasiado elevada para ser aceptada, o (3) un competidor presenta una oferta que contiene entre sus condiciones generales términos conocida y claramente inaceptables para el comprador. Los integrantes del acuerdo colusorio siguen este esquema para dar la apariencia de una competencia genuina.

Rotación del ganador. En los esquemas de rotación del ganador, las empresas del pacto presentan ofertas pero han previamente acordado ir rotando en la posición de adjudicatario o ganador (es decir, la mejor propuesta). Son varias las maneras en que los acuerdos de rotación del ganador son implementados. Por ejemplo, los miembros del acuerdo pueden decidir asignar contratos por montos aproximadamente iguales a cada firma o bien asignar volúmenes de negocio que correspondan al tamaño de cada empresa”⁷⁹.

El legislador ecuatoriano ha prohibido la configuración de los acuerdos colusorios en contratación pública de tipo horizontal, en el numeral 6, del artículo 11 de la LORCPM:

“6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.” (Negrilla es propia)

Por otro lado, la prohibición de los acuerdos colusorios en contratación pública de tipo vertical se encuentra contemplada en el numeral 21, del artículo 11 de la LORCPM:

⁷⁷ OCDE. *Guía de Buenas Prácticas para la Detección Prevención y Sanción de Colusión en las Contrataciones Públicas En Nicaragua*. DAF/COMP/LACF(2016)33, p. 5

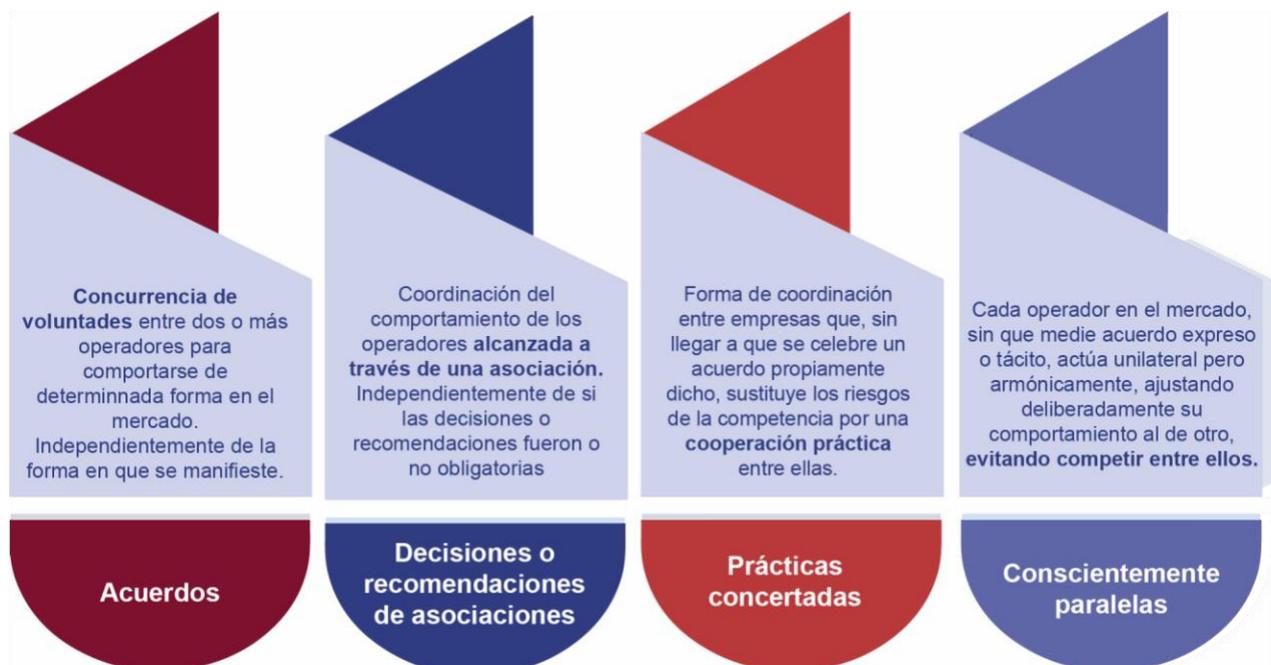
⁷⁸ SCPM. Caso SCPM-IGT-INICAPMAPR-016-2019. Resolución 06 de agosto de 2020, 27.

⁷⁹ Comité de Competencia de la OCDE. *Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*. París, 2009, p. 3.

“21. Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan dar en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos”. (Negrilla es propia)

En estos casos, las conductas colusorias en materia de contratación pública se las considera como prohibidas por su propia capacidad de alterar el proceso competitivo. Conforme lo previsto en el artículo 8 del Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RALORCPM)⁸⁰, las conductas colusorias en materia de contratación pública serán consideradas como acuerdos y prácticas restrictivas de objeto.

Gráfico 3. Modalidades de los acuerdos colusorios



Elaboración: DNICAPR

3.4.2. Objeto o efecto que impida, restrinja o falsee la competencia

Conforme fue señalado en el capítulo 2, el tratamiento de los acuerdos y prácticas restrictivas en el régimen de competencia ecuatoriano mantiene su inspiración en las normas e instituciones del derecho de competencia contenidas en el TFUE.

⁸⁰ Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, reformado el 17 de noviembre de 2020, mediante Decreto Ejecutivo No. 1193.

Prueba de lo antes señalado, es la fórmula disyuntiva contenida en el artículo 11 de la LORCPM para la evaluación de los acuerdos colusorios: “(...) 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”, la LORCPM al recoger la evaluación de objeto o efecto, establece claramente que aplicará el sistema de evaluación previsto en el artículo 101.1 del TFUE.

Las consideraciones sobre las conductas por su objeto o efecto, implica consideraciones alternativas y no acumulativas⁸¹ por parte de la autoridad de competencia. En este sentido, el análisis de todo acuerdo o práctica restrictiva de la competencia deberá considerar si se trata de un acuerdo por objeto o por efecto. A continuación, se estudiará las principales características de cada tipo de conducta.

Un acuerdo por objeto, implica que el acuerdo por su propia naturaleza o propósito impide, restringe o falsea la dinámica competitiva, y por su alto grado de nocividad no es necesario demostrar sus efectos en el mercado relevante en el que ocurre, sin que esto llegue a significar que no se analizará el contexto económico y jurídico en el que se desarrolla la conducta.

De manera concordante, el RALORCPM en su artículo 8 establece el alcance de los acuerdos y prácticas restrictivas que se considerarán por su objeto, al señalar lo siguiente: “(...) Se entiende por restricciones de la competencia por objeto aquellas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia”. Además, el artículo 8 del RALORCPM establece un listado ejemplificativo de ciertas conductas que pueden considerarse restrictivas por su objeto.

Entre las conductas por objeto que se refieren a conductas de tipo horizontal se encuentran: fijación de precios; limitación de la producción, distribución y/o comercialización; reparto de mercados geográficos, de productos o de consumidores; y de manera general, aquellas conductas colusorias suscitadas en procesos de contratación pública y subastas públicas. Sin perjuicio de las conductas referidas, el inciso final del artículo 8 de RALORCPM deja abierta la posibilidad de que la SCPM podrá determinar otras conductas restrictivas por su objeto, “(...) en virtud del contenido del acuerdo, sus objetivos y/o contexto legal y económico (...)”, conforme el contexto jurídico y económico en el que se configure la conducta anticompetitiva investigada.

Cabe señalar, que en el caso de los cárteles, estos son considerados conductas anticompetitivas por su objeto, sin que exista necesidad de probar la existencia de sus efectos en el mercado. Concordante con este criterio son las buenas prácticas internacionales, por su parte la OCDE aconseja “(...) que este tipo de infracciones deben ser punibles sin necesidad de demostrar el daño”⁸².

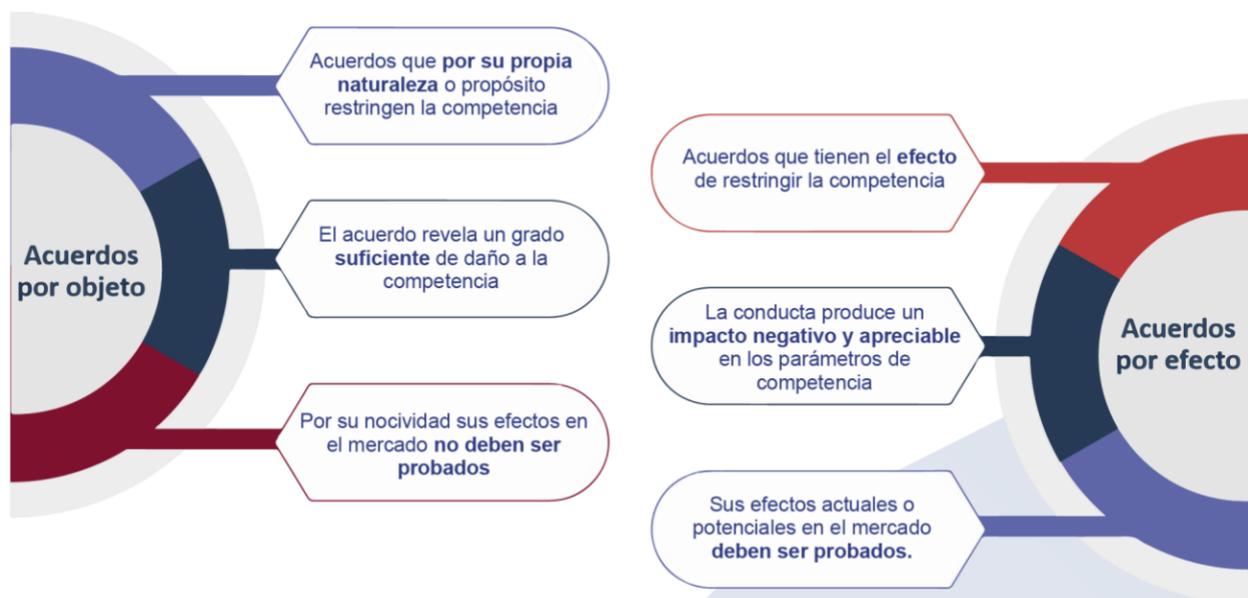
Los acuerdos por efecto, se refiere a los acuerdos que tienen como efecto la restricción de la competencia, siendo en este escenario necesario para la autoridad de competencia el demostrar los efectos adversos producidos en el mercado.

⁸¹ STJUE, *Société Techniqué Minière vs. Maschinenbau Ulm*. Caso 56/65. ECLI:EU:C:1966:38.

⁸² Op. Cit; Comité de Competencia de la OCDE. *Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*.

El análisis económico comprende la delimitación del mercado relevante del producto, mercado geográfico y en general la estructura del mercado en el cual la conducta anticompetitiva se estaría desarrollando. Las conclusiones de este análisis deberán evidenciar afectaciones a la competencia real o potencial en una medida tal que pueda preverse que tendrá efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los productos y servicios en el mercado de referencia con un grado razonable de probabilidad. Los efectos negativos deben ser sensibles y por tanto probados por la autoridad.

Gráfico 4. Acuerdos por su objeto vs acuerdos por su efecto



Elaboración: DNICAPR

3.4.3. Aplicación de la regla de la razón y la regla *per se* en el sistema Antitrust

Para el análisis de conductas de acuerdos y prácticas restrictivas, la doctrina y jurisprudencia internacional han delimitado ciertas conductas donde resulta aplicable la regla de la razón o la regla *per se*, para ello es necesario hacer una síntesis de este sistema de evaluación y establecer ciertas diferencias con el sistema de análisis de conductas colusorias en el Ecuador, y el sistema aplicado por la SCPM.

3.4.3.1. Regla *per se*

La regla *per se* o "*per se rule*" es una doctrina legal utilizada en los sistemas jurídicos anglosajones, mediante la cual se presume que ciertas categorías de acuerdos violan las leyes *antitrust*, de manera absoluta y automática, sin importar si los mismos son idóneos o no, o si llegaron o no a producir efectos perjudiciales al mercado. Esta doctrina legal es entendida en los siguientes términos: "(...) en ciertos casos existe una presunción de

responsabilidad en cabeza del investigado, pues basta solamente incurrir en la conducta considerada restrictiva para ser sancionado, sin que fuese necesario por parte del juez la consideración de la intención o efectos de la conducta bajo los criterios de razonabilidad”⁸³.

Los acuerdos en los cuales se aplicaría la prohibición *per se* suelen ser la fijación de precios, limitación de producción, reparto de los mercados y licitaciones en contratación pública, puesto que son considerados como cárteles duros, ya que se efectúan entre competidores independientes, y basta con corroborar la existencia de una convención colusoria y los elementos configurativos de la conducta anticompetitiva, para concluir que la misma es suficiente para causar un perjuicio a la libre competencia, ya que no existe justificativo alguno para que estos acuerdos traigan consigo beneficios para el mercado o los consumidores.

En definitiva, las agencias de competencia de los sistemas anglosajones están facultadas bajo esta regla a prescindir de efectuar una evaluación sobre la idoneidad o no del acuerdo y sus efectos en el mercado, por cuanto, las mismas son consideradas desde un inicio perjudicial para el desarrollo normal de la competencia.

3.4.3.2. Regla de la razón

La regla de la razón o *rule of reason* es una doctrina legal utilizada por los tribunales estadounidenses para interpretar casos *antitrust*, mediante la cual se establece que los tribunales deberán equilibrar los efectos favorables y anticompetitivos (perjudiciales) de un acuerdo según la sección 1 de la *Sherman Antitrust Act*, y cuando los efectos nocivos superen a los beneficios que podría producir la conducta en el mercado, el acuerdo se considerará una restricción ilegal del comercio interestatal⁸⁴.

En línea de lo anterior, la autoridad de competencia o tribunales deben analizar cada conducta, desde la razonabilidad de la práctica⁸⁵, es decir, desde su contexto jurídico y económico, así como determinar si sus efectos (positivos) fueron apreciables en el mercado.

Si bien esta doctrina legal es ampliamente aceptada en la rama del *antitrust law*, a partir del caso *Standard Oil Company of New Jersey v. United States*⁸⁶, el tratadista Herbert Hovenkamp explica la complejidad de aplicarla:

“Si bien los casos antimonopolio basados en la regla de la razón siempre serán complejos, podemos limitar la arbitrariedad centrándose en los efectos del precio y la producción en lugar de efectos de bienestar general. El triunfo del principio de bienestar del consumidor en antimonopolio ha servido para limitar la consulta al daño al consumidor en lugar de intentar medir las compensaciones mucho más difíciles involucradas en evaluar el bienestar en general”⁸⁷.

Por su parte, la INICAPMAPR en varios pronunciamientos ha señalado que el TFUE en su artículo 101 presenta la misma estructura que el artículo 11 de la LORCPM, pues el legislador se inspiró en el sistema continental para crear nuestra norma de competencia, como fue analizado en secciones precedentes. Por tanto, para determinar

⁸³ Alfonso Miranda Londoño. 2006. “Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia”. *Rev. Derecho Competencia*, 269 – 400.

⁸⁴ Cfr. Concurrences. *Rule of Reason*. Disponible en: <https://bit.ly/3jMCSVG>.

⁸⁵ Los tribunales de EE. UU. aplican la “regla de la razón” para decidir si el comportamiento colusorio constituye una restricción irrazonable a la competencia. Véase: *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918).

⁸⁶ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911). Véase de igual forma *Continental Television v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977) para restricciones verticales.

⁸⁷ Herbert Hovenkamp. “The Rule of Reason”. 70 Fla. L. Rev. 81. 2018. 166. Traducción de los autores.

el alcance de los acuerdos y prácticas restrictivas, se toma como referencia la práctica europea. El mismo TJUE ha señalado de manera reiterada, que el apartado primero del artículo 101 del TFUE contiene una fórmula disyuntiva entre el objeto y efecto⁸⁸, estándar de análisis que ha sido confirmado por la INICAPMAPR en reiterados casos⁸⁹.

3.4.3.3. Errónea aplicación de la regla de la razón y regla *per se* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Conforme fue revisado en la sección tercera de esta Guía, el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en materia de competencia, se inspira en la normativa de competencia de la UE. El artículo 11 de la LORCPM se refiere de forma expresa al sistema de evaluación de conductas por “objeto o efecto”. Por otro lado, la distinción de regla de la razón y regla *per se* es utilizada en sistemas de corte anglosajón. En este sentido, en aplicación de la LORCPM, resulta erróneo pretender subsumir las conductas anticompetitivas a la distinción de la regla de la razón y regla *per se*.

Este señalamiento fue reiterado por la OCDE en el “Exámenes inter-pares sobre el derecho y política de competencia de Ecuador”, al referirse a la controversia entre la SCPM y el operador económico RECAPT, sustanciada por la CNJ⁹⁰, caso en el cual el máximo tribunal de justicia ordinaria del país determinó que la regla de la razón era el estándar aplicable al caso de RECAPT, utilizando consideraciones propias del derecho penal, al considerar que un cártel es una “infracción de peligro concreto”. Al respecto, la OCDE sostuvo que la CNJ emitió un pronunciamiento erróneo porque “(...) utilizó la dicotomía *per se*/regla de la razón, mientras que la LORCPM utiliza una distinción por objeto/efecto”⁹¹, debiendo señalar que establecer que un cártel es una “infracción de peligro concreto” no tiene sustento ni paragón en la doctrina o jurisprudencia internacional de Defensa de la Competencia e inobserva de forma directa el texto del artículo 11 de la LORCPM.

3.4.4. Exenciones de la prohibición

Conforme fue señalado en la sección 2 de esta Guía, los acuerdos restrictivos de la competencia son nulos de pleno derecho y se sujetarán a las sanciones impuestas por la SCPM. Sin embargo, no todos los acuerdos son ilícitos, pues bien podrán existir acuerdos, decisiones, recomendaciones y general otras prácticas que contribuyan a “(...) mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico (...)”⁹².

En relación a ello, el artículo 12 de la LORCPM refiere que están exentos de la prohibición:

⁸⁸ STJUE. *Société Techniqué Minière vs. Maschinenbau Ulm*. Caso 56-65. ECLI:EU:C:1966:38.

⁸⁹ SCPM. Caso SCPM-IGT-INICAPMAPR-010-2020, Resolución de 21 de enero 2021 a las 17h10. SCPM. Caso SCPM-IGT-INICAPMAPR-006-2020, Resolución 07 de septiembre de 2020 a las 17h15. SCPM. Caso SCPM-IGT-INICAPMAPR-007-2020, Resolución 07 de septiembre de 2020 a las 16h15; y, SCPM. Caso SCPM-IGT-INICAPMAPR-013-2020, Resolución 04 de diciembre de 2020.

⁹⁰ Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo. Juicio Especial N° 17811-2016-01271.

⁹¹ OCDE. *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Ecuador*. Disponible en <https://bit.ly/3di1L8D>.

⁹² Wolters Kluwer. *Guías jurídicas, Prácticas colusorias*, 24 de enero de 2021.

“(…) los acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria autorización previa, siempre y cuando se cumplan todas las siguientes condiciones:

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

De manera general y tal como se ha mencionado por parte del TJUE, para que un acuerdo se lo pueda considerar exento de una sanción debe contribuir irremediamente a mejorar la producción o la distribución de los productos o fomentar el progreso técnico o económico, conforme lo ha señalado el tribunal europeo: *“Esta contribución no puede identificarse con todas las ventajas que las empresas interesadas obtienen del acuerdo en relación con su actividad, sino con ventajas objetivas apreciables que puedan compensar los inconvenientes que el acuerdo genera en el ámbito de la competencia”*⁹³.

Es decir, a la autoridad de competencia le corresponde valorar tanto las justificaciones como pruebas presentadas por los involucrados para llegar a determinar fehacientemente que, el acuerdo investigado permite obtener mayores ventajas apreciables en el mercado relevante investigado.

Por ende, pueden existir acuerdos o prácticas restrictivas que alcanzan a producir efectos favorables a la competencia, es decir, el acuerdo supera a los efectos restrictivos, al ser beneficioso para la competencia y compatible con los objetivos del régimen de competencia. Los efectos netos de tales acuerdos consisten en fomentar la propia esencia del proceso competitivo, por ejemplo, obtener clientes mediante la oferta de mejores productos o precios más ventajosos que los que ofrecen los competidores.

Ahora bien, en la reforma al RALORCPM se estableció en su artículo 10 aquellas exenciones para la aplicación y sanción de las conductas del artículo 11 de la LORCPM. El reglamento establece cuatro condiciones para que se pueda aplicar las exenciones establecidas, que a continuación se exponen:

- “1. La práctica contribuye a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o progreso técnico o económico;*
- 2. La práctica no impone restricciones que no sean indispensables;*
- 3. La práctica permite a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas; y,*
- 4. La práctica no otorga a los operadores económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado expedirá la norma técnica general para la aplicación de las condiciones establecidas en el artículo 12 de la Ley”.*

Estos cuatro requisitos constantes en el RALORCPM son acumulativos entre sí, y en el escenario de que alguno de ellos no se cumpla, no es aplicable la exención al acuerdo o práctica restrictiva investigada, es decir, se debe investigar y posteriormente sancionar, de ser el caso.

⁹³ STJUE, *GlaxoSmithKline Services Unlimited vs Comission*. Caso T-168/01, ECLI:EU:C:2009:610, parf. 3247.

Adicionalmente, la carga de la prueba tendiente acreditar ser merecedor de la exención no se encuentra en manos de la SCPM, sino en los operadores solicitantes, quienes deben demostrar fehacientemente que el acuerdo efectivamente presenta más beneficios que perjuicios para la competencia.

Es necesario aclarar que existen restricciones especialmente graves como la fijación de precios, limitación de la producción, reparto de territorios y clientes, colusión en compras públicas que, resultaría sumamente difícil el aplicar la exención, por ser nocivas para la competencia, sin embargo, los operadores tienen la posibilidad de demostrar las ventajas económicas y los beneficios producidos a los consumidores para su evaluación por parte de la SCPM.

Finalmente, se debe señalar que es común que los acuerdos verticales contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes, o la promoción del progreso técnico o económico. Un ejemplo de este tipo de acuerdos es palpable en alianzas para el intercambio de sinergias en temas de investigación, desarrollo y transferencia de nuevas tecnologías.

3.5. Elemento competencial. Afectación apreciable en el mercado

La aplicación del artículo 11 de la LORCPM se encuentra condicionada a que el acuerdo colusorio produzca, de forma actual o potencial, efectos en el mercado nacional de forma apreciable. En su parte pertinente, la LORCPM prescribe: “(...) sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general”, exigiendo que la conducta tenga una “afectación” en el mercado nacional.

La conducta colusoria debe ser apta para generar sobre el comercio nacional, sea a nivel local, provincial o nacional, un “efecto apreciable” en el mercado que debe ser evaluado con base en una serie de factores objetivos que de forma general podríamos señalar: la naturaleza del acto anticompetitivo, las características de los bienes que se traten, la sustituibilidad de la oferta y demanda⁹⁴, y la posición que ocupan los operadores económicos en el mercado⁹⁵.

La existencia de un efecto apreciable en el mercado se deberá determinar en cada uno de los casos de colusión, teniendo en cuenta los factores de hecho y derecho que han sido esbozados previamente.

Para que una conducta colusoria pueda afectar la competencia no es necesario que el daño efectivamente se produzca, basta que el acuerdo tenga la potencialidad de producir efectos, y para ello es únicamente necesario que exista un grado de probabilidad con la sumatoria de factores objetivos antes explicados.

La noción de que un acuerdo “podría” afectar el mercado requiere que el acto anticompetitivo debe tener el suficiente grado de probabilidad, con base a elementos objetivos de hecho y derecho de producirse y afectar de forma directa o indirecta el comercio en el mercado⁹⁶.

⁹⁴ Para un mayor análisis de la sustituibilidad de la oferta y demanda, véase: Guía para la investigación de conductas de abuso de poder de mercado, Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2021, 13 - 16

⁹⁵ Op. Cit. Juan Signes, Isabel Fernández y Mónica Fuentes, 115 - 116.

⁹⁶ Richard Whish & David Bailey. *Competition Law*. 152, 153.

Sobre la capacidad de que una conducta colusoria tenga la “potencialidad” de configurarse, la Comisión de la Unión Europea ha señalado: *“la noción de pueda afectar implica que debe ser posible prever con un grado suficiente de probabilidad, con arreglo a un grupo de factores objetivos de derecho o de hecho, que el acuerdo o práctica puede tener una influencia, directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes comerciales entre Estados miembros”*⁹⁷.

El alegar una restricción potencial a la competencia, no puede basarse en unos efectos remotos o hipotéticos de la conducta, dado que el operador que alegue que el mercado es afectado por estos “efectos potenciales” debe ser capaz de explicar de forma clara y concreta el “cómo” y “por qué” esta restricción se configuraría en el tiempo.

Finalmente, se ratifica que las conducta colusorias por objeto no exigen a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado probar los efectos de la conducta en el mercado, por lo que en este tipo de conductas este tercer elemento no es exigible para comprobar su configuración y proceder con la imposición de las sanciones del artículo 79 de la LORCPM.

⁹⁷ Comisión Europea. *Comunicación de la Unión Europea. Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado.* (2004/C 101/07), apartado 23.

CAPITULO IV: LAS POTESTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

4.1. Reversión de la carga probatoria

La SCPM realiza actuaciones procesales tendientes a acreditar la existencia de una práctica anticompetitiva, entre las cuales se encuentran los acuerdos colusorios y las prácticas restrictivas tipificadas en el artículo 11 de la LORCPM, actuaciones que son efectuadas en virtud de que, la carga de la prueba durante el desarrollo de una investigación recae sobre la autoridad.

Si bien, la carga de la prueba corresponde a la SCPM, conforme lo referido en párrafos precedentes, en el inciso quinto, del artículo 48 de la LORCPM, manda:

“[...] [E]n el caso de los acuerdos y prácticas prohibidas de conformidad con el artículo 11 de la presente Ley, si un operador económico o persona negare, dificultare o impidiere el acceso a información; dañare ocultare u omitiere información o entregase información falsa, fraudulenta, engañosa, falaz, fingida, artificiosa, irreal o dolosa requerida o relacionada al operador económico o persona en una investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se invertirá la carga de la prueba a dicho operador económico o persona, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la ley”.

La LORCPM faculta a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder del Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, órgano investigativo de la SCPM a que, durante el desarrollo de una investigación de acuerdos y prácticas prohibidas, en el caso de que uno o más operadores económicos investigados nieguen, destruyan, dificulten o impidan el acceso a la información; omitan información o entreguen información falsa, fraudulenta, engañosa, falaz, fingida, artificiosa, irreal o dolosa conforme el inciso quinto del artículo 48 de la LORCPM, la carga de la prueba para los mismos será revertida al operador económico.

Ahora bien, la reversión de la carga probatoria para Ignacio Miranda significa que: *“la carga de la prueba altera su ubicación normal, y en consecuencia, grava a la parte del litigio a la que normalmente no gravaría si se aplicaran sólo las normas legales comunes a todo procedimiento”*⁹⁸, en el caso que nos ocupa, al operador investigado ahora le corresponderá desacreditar fehacientemente la inexistencia de un acuerdo o práctica prohibida, carga que le correspondía a la SCPM como titular de la investigación.

Por tanto, la reversión de la carga probatoria se configurará una vez que la autoridad realice las debidas insistencias a los operadores investigados, a los que se requiera información, concediéndoles el tiempo necesario para la entrega de la misma y poniendo en conocimiento que, su desacato a dichos requerimientos podría acarrear una sanción económica, llevando a conocimiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia el caso para la imposición de una sanción proporcional a la infracción.

⁹⁸ Ignacio Javier Miranda Saldívar. 2009. “Las cargas probatorias dinámicas”. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile, 58.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Alberto Arribas. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Civitas, 2008.

Ariel Ezrachi. *EU Competition law. An analytical guide to the leading cases*. Sixth edition. (Oxford: Hart Publishing, 2018).

Carlos Ramírez Romero. *Instituciones Jurídicas en perspectivas comparadas*. Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Quito, 2017.

Jorge M. Tarziján y Ricardo Paredes. *Barreras a la entrada y a la salida y estrategia competitiva. Organización Industrial para La Estrategia Empresarial*. 3ra Ed., (Santiago de Chile: Pearson, 2012).

José María Beneyto y Jerónimo Maillo (Directores), *Tratado de Derecho de la Competencia*, 2da edición, Tomo I, (Barcelona: Wolters Kluwer, 2017).

Jones Alison & Sufrin Brenda. *EU Competition Law*. (Oxford: Oxford University Press, 2014).

Juan Signes, Isabel Fernández y Mónica Fuentes. *Derecho de la Competencia*. (Madrid: Arazandi S.A., 2013).

Luis Ortiz Blanco, et al., *Manual de Derecho de la Competencia*. (Madrid: Tecnos, 2008).

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. *Guía de Buenas Prácticas para la Detección Prevención y Sanción de Colusión en las Contrataciones Públicas En Nicaragua*. DAF/COMP/LACF (2016).

— — —. *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Ecuador*. 2021.

— — —. *Cartels and anticompetitive agreements*. <https://www.oecd.org/competition/cartels/>.

— — —. *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia*. (Madrid: Mundi Prensa Libros S.A., 1994)

Okeoghene Odudu. *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*. (Oxford: University Press, 2006).

Parlamento Europeo. *Fichas temáticas sobre la Unión Europea*. La Política de Competencia, 2019

Unión Europea. *Comprender las políticas de competencia de la Unión Europea*. Bruselas, 2014. <https://bit.ly/3tkteLu>.

Whish Richard & Bailey David. *Competition Law*. (Oxford: Oxford University Press, 2018).

Artículos

Alfonso Miranda Londoño. 2006. “Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia”. *Rev. Derecho Competencia*.

Comisión Europea. Comunicación de la Comisión de 30 de agosto de 2014, Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de manera sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 2014/C 291/01.

Concurrences. *Hard Core Restrictions*. Disponible en: <https://www.concurrences.com/en/dictionary/Hard-core-restrictions>.

Concurrences. *Rule of Reason*. Disponible en: <https://bit.ly/3jMCSVG>.

Cristina Cucu. 2013. “Agreements, Decisions and Concerted Practices: Key Concepts in the Analysis of Anticompetitive Agreements”, 20 *Lex ET Scientia Int'l J*.

Department of Justice. *Individual Accountability*. Disponible en: <https://www.justice.gov/archives/dag/individual-accountability>.

Federal Trade Commission. *The Antitrust Laws*. Disponible en: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>.

Herbert Hovenkamp. 2018 “La regla de la razón”. 70 *Fla. L. Rev.* 81.

Ignacio Javier Miranda Saldívar. 2009. “Las cargas probatorias dinámicas”. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile.

Ingrid Ortiz Baquero. 2009. “La regla de minimis en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencias”. *Mercatoria*. Colombia.

Gregory Werden, Scott Hammond & Belinda Barnett. 2011. “Deterrence and Detection of Cartels: Using All The Tools and Sanctions”. *Antitrust Bulletin*.

William E. Kovacic E., Robert C. Marshall, Leslie Marx; Halbert L. White L. 2011. “Plus Factors and Agreement in Antitrust Law”, 110 *MICH. L. REV.* 393.

Wolters Kluwer. 24 de enero de 2021. *Guías jurídicas, Prácticas colusorias*.

Normativa nacional

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

Código de Comercio. Registro Oficial, Suplemento No. 497 de 29 de mayo de 2019.

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

Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, reformado el 17 de noviembre de 2020, mediante Decreto Ejecutivo No. 1193.

Resolución 3 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial No. 291, de 17 de julio de 2014.

Normativa internacional

Decreto Legislativo No. 1034. Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Publicada en el Peruano, el 24 de junio de 2008.

Decreto Ley No. 211, que fija normas para la defensa de la libre competencia. Publicada en el Diario Oficial, boletín No. 9950-03, el 22 de diciembre de 1973.

Ley No. 1340, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Publicada en el Diario Oficial No. 47.420, de 24 de julio de 2009.

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Última modificación: 27 de mayo de 2017.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO C 83/47 de 9.5.2008.

Reglamento No. 19/65/CEE relativo a la aplicación de los tratados de la UE a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas.

Reglamento (UE) No. 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

Sherman Antitrust Law, Sherman Act, July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C.

Resoluciones y sentencias internacionales

Estados Unidos

Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911).

Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231 (1918).

Continental Television v. GTE Sylvania, 433 U.S. 36 (1977).

Verizon v. Trinko, 540 U.S. 398 (2004).

Perú

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución No. 0224-2003/TDC-INDECOPI, de 16 de junio de 2003.

Unión Europea

Comisión. Decisión de 19 de Diciembre de 1984 relativa a procedimiento bajo el artículo 85 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (IV/29.725 – Pulpa de madera)

Comisión. *Interbrew and Alken-Maes*, Caso IV/37.614/F3 PO, (2003) OJ L200/1.

STJUE, *Société Techniqué Minière vs. Maschinenbau Ulm*. Caso -56/65. ECLI:EU:C:1966:38.

STJUE. *Franz Völk vs S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*. Caso 5-69. ECLI:EU:C:1969:35.

STJUE, *Imperial Chemical Industries Ltd. Vs Comission*, Caso 48-69, ECLI:EU:C:1972:70.

STJUE, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA y otros vs Comission*, Casos acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114-73, ECLI:EU:C:1975:174.

STJUE, *Heintz van Landewyck SARL and others v Commission of the European Communities*, Casos acumulados 209 a 215 y 218/78, ECLI:EU:C:1980:248.

STJUE. *Klaus Hofner y Fritz Elser c. Macroton GmbH*, Caso 41/90. ECLI:EU:C:1991:161.

STJUE. *Automec vs Comission*. Case T-24/90. ECLI:EU:T:1992:97.

STJUE, *Commission vs Italy*. Caso 35/96, ECLI:EU:C:1998:303.

STJUE, *Albany International BV vs Stichting Bedrijfspensionenfonds Textielindustrie*. Caso 67/96, ECLI:EU:C:1999:430.

STJUE, *Pavlov vs Stichting Bedrijfspensionenfonds Medische Specialisten*. Caso C-180-184/98, ECLI:EU:C:2000:428.

STJUE. *Cimentières CBR y otros/Comisión*. Case T-25/95. ECLI:EU:T:2000:77.

STJUE, *Firma Ambulaz Glockner vs Landkreis Sudwestpfalz*. Caso 475/99, ECLI:EU:C:2001:284.

STJUE, *J.C.J. Wouters y otros contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*. Caso 309/99., ECLI:EU:C:2002:98.

STJUE. *Aalborg Portland y otros v Comisión (Cement)*. Casos conjuntos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P. ECLI:EU:C:2004:6.

STJUE, *FENIN vs Commission*. Caso C-205/03, ECLI:EU:C:2006:453.

STJUE, *GlaxoSmithKline Services Unlimited vs Comisión*. Caso T-168/01, ECLI:EU:C:2009:610.

STGUE. *FSL Holdings v. Comisión*. Caso T-655/11. EU:T:2015: 383.

Ecuador

Resoluciones de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (SCPM)

Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-007-2020, Resolución 07 de septiembre de 2020, a las 16h15.

Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-006-2020, Resolución 07 de septiembre de 2020, a las 17h15.

Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-013-2020, Resolución 04 de diciembre de 2020, a las 17h10.

Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-010-2020, Resolución de 21 de enero 2021, a las 17h10.

Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-016-2019, Resolución de 06 de agosto de 2021, a las 14h55.

Corte Nacional de Justicia

Corte Nacional de Justicia. Juicio N° 17811-2016-01271.

Aprobado:

Danilo Sylva Pazmiño - Superintendente de Control del Poder de Mercado

Ricardo Freire Granja - Intendente General Técnico

Revisado:

María Alejandra Egüez Vásquez - Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restringidas

Elaborado:

Nicole Leines Artieda - Analista de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restringidas

Camilo Sánchez Maila - Analista de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restringidas

Patricio Pozo Vintimilla - Director Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restringidas

Aportes:

Paola Quiroga Ortiz - Ex Asistente de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restringidas

Carlos Trujillo Viteri - Director Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado