



Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Escuela de Derecho

**“EL ABUSO DE PODER DE MERCADO
EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”**

**Monografía previa a la obtención del
Título Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador
y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales.**

Autora: Patricia Cecilia Flores Orellana

Director: Dr. Juan Carlos Cordero Barzallo

Cuenca, Ecuador

Diciembre 2014



RESUMEN

En esta monografía se investiga el Abuso de Poder de Mercado en la legislación ecuatoriana, para el efecto se realizará una breve fundamentación teórica sobre términos que ayudarán a un mejor entendimiento del tema. Luego se abordará al Derecho de Competencia, en aspectos tales como: antecedentes, importancia de su regulación, la defensa de la libre competencia y los fines perseguidos por la normativa en esta materia. Posteriormente se hará un análisis del tratamiento que la LORCPM da al Abuso de Poder de Mercado. Finalmente se analizará el caso CONECEL, mismo que ha sido objeto de varios debates debido a su relevancia sobre el tema del Abuso de Poder de Mercado, al ser uno de los primeros casos investigados y sancionados por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Palabras Claves: Poder de Mercado, Mercado Relevante, Abuso de Poder de Mercado, Operador Económico.



ABSTRACT

In this monograph Abuse of Market Power is investigated under Ecuadorian legislation, to the effect a brief theoretical basis on terms that will help to better understand the issue will be made. Then the Competition Law is addressed, in areas such as history, importance of regulation, defense of free market and aims pursued by the legislation in this area. Next an analysis of how LORCPM functions to regulate and control the Abuse of Market Power will be discussed. Finally the CONECEL case, which has been disputed in several debates because of its relevance to the topic of Abuse of Market Power for being one of the first cases investigated and sanctioned by the Superintend in Control over Market Power, will be examined.

Key Words: Market Power, Relevant Market, Abuse of Market Power, Trader.



ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARATULA	i
RESUMEN	¡Error! Marcador no definido.
ABSTRACT	¡Error! Marcador no definido.
ÍNDICE DE CONTENIDOS	viiv
CLÀUSULA DE DERECHOS DE AUTOR.....	vxi
CLÀUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL	iviii
DEDICATORIA	iix.
AGRADECIMIENTOS.....	iiix
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I.....	3
DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	3
1.1. Conceptualización	3
1.1.1. Fundamentación Teórica.....	3
1.1.2. La Competencia.....	6
1.1.3. El Derecho de la Competencia.....	9
1.2. Antecedentes del Derecho de la Competencia.....	13



1.2.1. A nivel Internacional.....	13
1.2.2. A nivel Nacional	18
1.3. Importancia de la Regulación y de la Defensa de la Libre Competencia	19
1.3.1. Regulación de la Competencia.....	19
1.3.2. Defensa de la Libre Competencia.	22
1.4. Análisis de la normativa nacional de la Competencia sobre los fines que persigue.	23
1.4.1. El fin que persigue el Derecho de Competencia en las normas Constitucionales.	23
1.4.2. El fin que persigue la Decisión 608	26
1.4.3. El fin que persigue la Ley Orgánica de Regulación y control de Poder de Mercado (LORCPM), y su Reglamento de Aplicación.	26
CAPITULO II	29
EL ABUSO DE PODER DE MERCADO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	29
2.1. El poder de mercado y la forma en cómo debe ser determinado.	29
2.1.1. El poder de mercado.....	29
2.1.2. El mercado relevante	34
2.1.3. Formas de determinar el poder de mercado.....	35



2.2. ¿Qué es el Abuso de poder de mercado?	39
2.2.1. Conceptualización	39
2.2.2. Conductas de abuso de poder de mercado en la LORCPM.	41
2.3. El control del abuso de poder de mercado en el Ecuador.	53
CAPITULO III	56
CASO CONECEL	56
3.1. Antecedentes.....	56
3.2. Análisis jurídico relevante.....	61
3.2.1. Determinación del Mercado Relevante.....	61
3.2.2. Determinación de la Posición de Dominio.....	66
3.2.3. Supuesto de Abuso de Poder de Mercado	68
3.2.4. Compromisos de cese	71
3.2.5. Sanción	74
CONCLUSIONES.....	¡Error! Marcador no definido.
RECOMENDACIONES.....	80
BIBLIOGRAFIA.....	81



CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, Patricia Cecilia Flores Orellana, autora de la monografía "El Abuso de Poder de Mercado en la Legislación Ecuatoriana", reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Artículo 5, literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicaría afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autora.

Patricia Cecilia Flores Orellana

C.I: 0103834081

PATRICIA FLORES ORELLANA

ii



CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Yo, Patricia Cecilia Flores Orellana, autora de la monografía "El Abuso de Poder de Mercado en la Legislación Ecuatoriana", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, Diciembre 2014.

Patricia Cecilia Flores Orellana

C.I: 0103834081

PATRICIA FLORES ORELLANA

iii



DEDICATORIA

A mi madre, por ser el motor de mi familia, por ser la inspiración que impulsa mis sueños, por haberme brindado la vida que siempre quise tener, porque en cada idea y aventura siempre ha estado ahí. A mi padre, por su inteligencia y motivación por cumplir lo que se propone, su ejemplo profesional y sus ganas de cambiar el mundo, son una guía para seguir creciendo y buscar ser mejor cada día. A mis hermanos Oswaldo y María Soledad, por ser mi más grande motivación, por ser el mejor regalo que alguna vez pedí, sigan siendo líderes y seres humanos excepcionales porque en cada paso que den siempre estaré para ayudarlos a crecer y sonreír.



AGRADECIMIENTOS

A Dios por la oportunidad de vivir cada día, por ser la fuerza que hace posible lo imposible. A mi familia y amigos porque de cierta forma todos han aportado a mi crecimiento como persona y profesional, porque sin su ayuda y compañía no hubiera disfrutado al máximo mi vida. A la Universidad de Cuenca, especialmente a la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales por haberme brindado la formación necesaria para desarrollarme como abogada y líder en la sociedad. Al Abogado Juan Carlos Cordero Barzallo por su guía imprescindible, sus conocimientos y enseñanzas se ven reflejados en este trabajo, y un agradecimiento especial a mis colegas, compañeras y amigas Emilia, Soledad y Diana porque en estos cinco años me han brindado grandes experiencias que jamás olvidare. De todo corazón, gracias.



INTRODUCCIÓN.

En el Ecuador el Derecho de Competencia es relativamente nuevo, a pesar de que éste cumple un rol determinante en el desarrollo económico de los países, principalmente en la protección de la Competencia como bien jurídico tutelado, ante los abusos de los actores en su participación en el Mercado.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), fue una exigencia legislativa en la realidad normativa del Ecuador, principalmente con el afán de controlar los abusos de agentes económicos que se reflejan en el perjuicio a los derechos de los consumidores.

Al ser un asunto jurídico relativamente nuevo, es necesario realizar procesos de investigación que acerquen al ciudadano, al estudiante; y, al profesional de Derecho a toda la regulación de Competencia.

El presente trabajo se divide en tres capítulos, en los cuales pretendemos abordar el conocimiento sobre el Abuso de Poder de Mercado en nuestra legislación. En el primero estableceremos una breve fundamentación teórica sobre términos que ayudarán a un mejor entendimiento del tema. Luego se aborda al Derecho de Competencia, el alcance de este concepto, y analizaremos aspectos tales como sus antecedentes, la importancia de su regulación, la defensa de la libre competencia y los fines perseguidos por la normativa en esta materia. En el segundo capítulo revisaremos el trato que la LORCPM da al Abuso de Poder de Mercado y; por último, en el tercer capítulo,



haremos un análisis del caso CONECEL mismo que ha sido objeto de varios debates debido a su relevancia sobre el tema del Abuso de Poder de Mercado, al ser uno de los primeros casos investigados y sancionados por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

El presente tema es de suma importancia para los consumidores, ya que resultan ser los principales beneficiados de una regulación adecuada en materia de competencia y protección en contra de prácticas monopólicas abusivas.

El objetivo del presente trabajo es aportar a la comprensión del derecho de la competencia, sobre todo en cuanto al Abuso de Poder de Mercado, a efectos de que todos quienes estén involucrados en el desarrollo de esta nueva rama puedan aplicarla de mejor manera.



CAPITULO I

DERECHO DE LA COMPETENCIA

1.1. Conceptualización

1.1.1. Fundamentación Teórica

Para la correcta comprensión del Derecho de Competencia y de la Competencia económica, que es la que nos compete, debemos tener claros ciertos conceptos básicos, para lo cual recurriremos a la teoría microeconómica.

A continuación se hará referencia de los mismos, ya que se utilizarán a lo largo del presente trabajo.

1.1.1.1. Mercado: “Un mercado es toda institución social en la que los bienes y servicios, así como los factores productivos, se intercambian libremente”. (Alonso & Mochón, 1994)

1.1.1.2. Monopolio: El monopolio es “un vendedor único que enfrenta toda la curva de demanda de la industria porque él es la industria. El monopolista vende un producto único y está protegido porque hay barreras para el ingreso de competidores”. (Tucker, 2001, p.180)

1.1.1.3. Oligopolio: “El oligopolio es un tipo de mercado en el cual éste está dominado por un muy reducido número de vendedores”. (ABC Definición, 2014)



1.1.1.4. **Oferta:** “La oferta es la combinación de productos, servicios, información o experiencias que se ofrece en un mercado para satisfacer una necesidad o deseo.” Complementando ésta definición, los autores consideran que las ofertas de marketing no se limitan a productos físicos, sino que incluyen: servicios, actividades o beneficios; es decir, que incluyen otras entidades tales como: personas, lugares, organizaciones, información e ideas”. (Kotler, Armstrong, Cámara & Cruz, pag. 7)

1.1.1.5. **Demanda:** “La demanda es la cantidad de bienes o servicios que el comprador o consumidor está dispuesto a adquirir a un precio dado y en un lugar establecido, con cuyo uso pueda satisfacer parcial o totalmente sus necesidades particulares o pueda tener acceso a su utilidad intrínseca”. (Andrade, pág. 125)

1.1.1.6. **Cuota de Mercado:** “La cuota de mercado es la fracción o porcentaje que se tendrá del total del mercado disponible o del segmento del mercado que está siendo suministrado por la compañía”. (Kotler, 1992)

1.1.1.7. **Mercado Relevante:** “El mercado relevante es el espacio en el que los bienes o servicios son intercambiables o no por otros. Por esto, no se debe considerar únicamente el bien o producto con sus esencialmente idénticos, sino sus productos sustitutos que pueden servir para un mismo uso, siendo comparables sea por su naturaleza, origen, funciones, precio, entre otras variables”. (Ginebra, pág. 94)



- 1.1.1.8. **Precio:** "El precio es la cantidad de dinero que se cobra por un producto o servicio. En términos más amplios, el precio es la suma de los valores que los consumidores dan a cambio de los beneficios de tener o usar el producto o servicio". (Kotler & Armstrong, pág. 353)
- 1.1.1.9. **Agente Económico:** "Un agente económico puede ser una persona, una empresa, o cualquier organización que realice actividades económicas. Los agentes económicos característicos mencionados en la teoría económica son las personas o familias, en su papel de consumidores de bienes y servicios; y, como oferentes de mano de obra, las empresas como demandantes de trabajo y oferentes de bienes o servicios, y el gobierno". (Eco Finanzas, 2014)
- 1.1.1.10. **Consumidores:** "Los consumidores son individuos que van a obtener el resultado final de los bienes y los servicios ofrecidos por los diferentes competidores y gozan de una protección por parte del Estado ya que está en su derecho de exigirle a los productores la buena calidad del bien o servicio que obtuvieron de estos". (Eco Finanzas, 2014)
- 1.1.1.11. **Barreras de entrada:** "Las barreras de entrada son aquellas condiciones que impiden o desalientan la entrada a un mercado, a pesar de que las empresas participantes en él obtengan beneficios económicos positivos". (Tarziján & Paredes, pág. 84)
- 1.1.1.12. **Barreras de salida:** "Las barreras de salida son obstáculos o dificultades que una empresa tiene que superar o costes que ha de



asumir para abandonar el sector productivo en el que opera.”

(Tarziján & Paredes, pág. 84)

1.1.1.13. *Eficiencia:* Al hablar de eficiencia, podemos distinguir entre la eficiencia productiva y la eficiencia en la asignación. La eficiencia productiva se produce cuando la economía no puede producir mayores cantidades de bienes sin sacrificar la producción de otros, es decir, cuando se alcanza la frontera de posibilidades de producción. La eficiencia en la asignación “es un proceso por el cual la sociedad extrae de los recursos existentes la máxima cantidad de satisfacción para los consumidores”. (Samuelson y Nordhaus, 2002, pág. 249)

En otras palabras, “existe eficiencia en la asignación cuando no hay ninguna reorganización posible de la producción que mejore el bienestar de una persona sin empeorar el de alguna otra”.

(Samuelson y Nordhaus, 2002, pág. 134)

1.1.2. La Competencia

El Diccionario de la Real Academia de Lengua Española (2014) define a la Competencia como “la disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa”. Y la “oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa”.

El maestro Joaquín Garrigues (1981) por su parte sostiene que la “Competencia en general, significa coincidencia o concurrencia en el deseo de



conseguir una misma cosa: el uno aspira a alcanzar lo mismo que el otro y al mismo tiempo que éste". (pág. 223)

Franceschelli (2008) nos da una visión de tipo económico sobre la competencia, y sostiene que puede definirse como aquella "situación en la que se encuentran actual o potencialmente dos o más empresarios que, operando en el mismo ámbito del mercado, ofrecen bienes o servicios susceptibles de satisfacer, incluso con medios (bienes o servicios) diferentes, la misma necesidad; y, que se encuentran en una situación de conflicto de interés frente a la clientela". (pág. 164)

Siguiendo la misma línea, Calvo Caravaca y Fernández de la Gándara, en su libro "Política y Derecho de la competencia en la CEE: una aproximación" (1993), nos dicen que la competencia es la rivalidad entre empresas que operan en un determinado sector de actividad económica y que se esfuerzan, dentro de los límites legales permitidos, por captar la mayor cuota de mercado posible, ofreciendo mejores precios, bienes, servicios u otras condiciones económicas, sin incurrir en responsabilidad por su comportamiento, aunque éste cause perjuicio a otras empresas e incluso ocasione su expulsión del mercado. (pág. 3383)

Jorge Witker (2003) hace una distinción muy interesante entre: competencia económica, libre competencia y libre concurrencia, conceptos que son utilizados en nuestra legislación al tratar el tema de la competencia. Así, este autor define a la competencia económica como rivalidad consistente en actos jurídicos entre dos o más sujetos con relación a una misma clientela, que



buscan un beneficio económico producto de una actividad comercial generalmente similar aunque existen casos en que se presenta entre sujetos con actividades comerciales distintas. Mientras que la libre competencia debe entenderse como la situación de un mercado en la que dos o más agentes económicos ofrecen bienes o servicios similares intentando atraerse a los consumidores, y la libre concurrencia, a su vez, consiste en la situación específica en la que se halla un mercado, en el cual los agentes económicos tiene plena libertad de acceso sin barreras ni restricción alguna. (pág. 2)

Gracias a estos conceptos podemos entender que la existencia de competencia dentro de los mercados, genera las empresas se esfuerzen por no debilitarse frente a sus competidores, implementando estrategias tales como reducción de precios, desarrollo de nuevos productos y servicios, realización de mejoras en cuanto a la calidad, entre otras, para así tratar de alcanzar la eficiencia necesaria para que los consumidores los prefieran, ya que son ellos precisamente quienes eligen y determinan con que producto o servicio se va a satisfacer su necesidad.

La competencia debe gozar de libertad, ya que dentro de las ventajas de la misma encontramos que esta atrae a la inversión extranjera, promueve la innovación, investigación, el desarrollo de nuevos productos, fortalece y permite el crecimiento de las economías. Todo esto tiene como resultado el beneficio para el consumidor, ya que al existir competidores o potenciales competidores, las empresas van a maximizar la calidad de los productos o servicios que ofrecen en el mercado.



Por lo mencionado, concordamos con Cortázar Mora (2011) cuando dice que la competencia empodera al consumidor y amplía su bienestar, ya que le brinda la posibilidad de elegir entre una multiplicidad de bienes y servicios los que más le convenga para satisfacer sus necesidades. (pág. 3)

1.1.3. El Derecho de la Competencia

El Derecho de la Competencia es conocido también como Derecho Antimonopolios, esto se debe a que en sus orígenes se encontraba relacionado con diversas ramas del derecho como el derecho comercial o el derecho económico, pero en la actualidad es una rama independiente del derecho que cuenta con su propia identidad y que agrupa disciplinas tales como el derecho antimonopolístico, la competencia a nivel internacional, la competencia desleal, entre otras, que tienen por objeto la regulación, el control y vigilancia de las actividades de producción, mercadeo y distribución de bienes y servicios.

El Derecho de la Competencia, nace para regular los eventuales errores o imperfecciones del mercado, con la finalidad de prohibir y sancionar la acumulación económica. Si bien este no fue inspirado en sus orígenes por ninguna doctrina económica, ha pasado a cumplir una función determinante en el desarrollo económico de los países, ya que en la actualidad se aplica el criterio de la eficiencia.

Javier Cortázar Mora (2011) define al Derecho de la Competencia como el “conjunto de normas correctivas y preventivas cuyo objetivo o fin es proteger y promover la libre competencia en los mercados.” (pág. 4)



El régimen antimonopolios es básicamente de derecho público económico, que se orienta a determinar las condiciones básicas que permitan la competencia entre los diferentes agentes económicos existentes y que estos a su vez lo distorsionen lo menos posible, mediante distintos medios a saber:

- 1) reprimiendo una serie de comportamientos que acuerdo con la experiencia tienden a exterminar injustificadamente la competencia o explotar abusivamente el mercado;
- 2) previniendo que algunas situaciones adversas a la competencia derivadas de las grandes integraciones empresariales se materialicen afectando el mercado;
- 3) tendiendo a crear un medio amigable, para que la cultura de la competencia penetre en el tejido social así como también para que la regulación económica no afecte injustificadamente la libre competencia.

(Diez, 2001, pág. 11-34)

Por lo tanto, el derecho de la competencia al ser de orden público va a regular las actividades de todos participantes en el mercado, así como también garantizará la libre competencia y el desarrollo económico. Sin embargo, a nuestro criterio las normas que conforman esta rama del derecho deberán aplicarse no de forma general, sino más bien de manera flexible y dinámica, con el fin de que en cada caso concreto la autoridad administrativa o el órgano jurisdiccional competente pueda determinar si la ley se ha contravenido, o si el bien jurídico protegido ha sido vulnerado.



Cortázar Mora (2011) divide al derecho de la Competencia, en un Derecho de la Competencia Correctivo y un Derecho de la Competencia Preventivo.

El derecho Correctivo, fue el primero en aparecer; y, es de carácter represivo punitivo, tiene como objeto reprender ciertas prácticas que infieren daño a la libertad de competencia, como por ejemplo, los acuerdos de cártel o la realización de actos de abuso de posición de dominio. Estas prácticas a su vez se dividen en prácticas de grupo y prácticas unilaterales. En las primeras están los acuerdos horizontales y verticales.

Entendemos por acuerdos horizontales aquellos entre dos competidores o potenciales competidores que se encuentran en el mismo nivel del comercio, son de dos tipos, por un lado están los acuerdos de cartel que se refieren a acuerdos secretos entre dos o más empresas, que acuerdan limitar las mismas, pero mantienen la independencia administrativa, financiera, de gobierno, etc., y en segundo lugar están los acuerdos horizontales propiamente dichos, en estos los diferentes actores del mercado acuerdan la fragmentación del mismo o la fijación de precios.

De su parte los acuerdos verticales se presentan entre dos o más empresas que operan a niveles diferentes del comercio, estos igualmente se dividen en dos grandes grupos, en primer lugar los de fijación de precios de reventa, estos se caracterizan porque su principal objetivo es fijar precios de compra y venta, y en segundo lugar todos los demás o acuerdos, relacionados con la distribución.



También existen prácticas unilaterales, en la cual realza por su importancia el abuso de la posición de dominio, tema de la presente monografía, del cual nos ocuparemos en los demás capítulos

El derecho antimonopolios preventivo, establece que la promoción y defensa de la competencia no solo depende de la represión *ex post facto* de los comportamientos anticompetitivos, sino que, además existen asuntos no represivos, sino preventivos, como la notificación y autorización previa de ciertas integraciones empresariales, o el ejercicio de actividades mediante la intervención de autoridades de la competencia en el proceso regulatorio.

Este derecho se ocupa también de la creación y funcionamiento de los órganos estatales encargados de controlar de un lado que no se restrinja la competencia o que ésta no se ausente del mercado y de otro que no se produzca la competencia ilícita.

Finalmente, podemos decir, que el carácter disciplinario de las normas sobre competencia genera un ambiente de certidumbre ya que los empresarios y productores participan en el mercado con sus ofertas de bienes o servicios destinados a los consumidores en forma libre, poniendo en juego su creatividad, pero ajustándose a derecho, en consecuencia estas normas son un incentivo para prevenir la utilización de recursos improductivos, reducir costos y, en consecuencia, aumentar los beneficios para los consumidores.



1.2. Antecedentes del Derecho de la Competencia

El derecho de la competencia que conocemos en la actualidad, no es el mismo de hace 20 o 10 años, lo que ahora conocemos como derecho de la competencia, es el producto de una larga y en muchos lugares lenta evolución. Por ello, a continuación haremos una breve referencia de lo más destacado de la historia de esta rama del derecho, tanto en los Estados Unidos, Europa, Latinoamérica y finalmente en Ecuador. Esto con la finalidad de poder entender de mejor forma el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente en esta materia, ya que este se ha ido nutriendo de los diferentes sistemas.

1.2.1. A nivel Internacional

1.2.1.1. *Derecho de la competencia en los Estados Unidos*

Como cuerpo legal el derecho de la competencia tuvo sus inicios en los Estados Unidos en 1890 con la Ley Sherman, ley antimonopolios (antitrust), que en sus primeros artículos trata sobre los acuerdos anticompetitivos y sobre los actos de monopolización que generalmente se les conoce como los actos de abuso de posición dominante. Esta se da como respuesta del Estado a las restricciones generadas por los acuerdos económicos y los carteles de precios que permitían a los empresarios hacer acuerdos para fijar precios y dividirse entre ellos el mercado.

Luego en 1914 se dio la Ley de Clayton, que estableció el control de las integraciones empresariales y creó la Comisión Federal de Comercio, como autoridad de competencia. Esta redujo la discreción de los jueces porque se



implementaron prohibiciones específicas de ciertas conductas, como por ejemplo la prohibición de ofrecer descuentos o tratos preferenciales a los consumidores o la prohibición de fusiones y las adquisiciones entre empresas competidoras cuando tales fusiones o adquisiciones restrinjan la competencia o formen monopolios.

Posteriormente se fueron dictando varias leyes relativas a esta materia, como la de Robinson-Patman, National Recovery, etc, las mencionadas constituyen la columna vertebral del Derecho de Competencia estadounidense.

El derecho de la competencia estadounidense ha sufrido una evolución muy importante que ha repercutido finalmente en las autoridades de competencia de los demás países del mundo. Dicha evolución ha buscado el perfeccionamiento de esta materia y el desempeño correcto de las Cortes de Justicia a la hora de aplicarlo, buscando siempre el beneficio del consumidor.

1.2.1.2. Derecho de la competencia en Europa

En Europa a pesar del desarrollo de las legislaciones nacionales de cada país, el Derecho de la Competencia se ligó al proceso de integración económica del continente después de la Segunda Guerra Mundial.

Por lo tanto a partir de la creación de la Comunidad Económica Europea y por ende del establecimiento de un mercado común es que adquiere fuerza esta rama del derecho, ya que se crea un régimen de competencia comunitario.

El Derecho Antimonopolio Europeo tiene su esencia en los artículos 101, que trata sobre los acuerdos anticompetitivos y 102 que trata sobre los actos



de abuso de posición dominante del mercado presentes en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que son los mismos artículos 85 y 86 del Tratado de Roma y los artículos 81 y 82 del Tratado de Ámsterdam.

Las normas comunitarias europeas sobre competencia tienen por objeto proteger a los competidores y a la vez, favorecer la concentración económica de las empresas intracomunitarias para que estas sean más competitivas en los mercados mundiales, este mismo criterio lo sostienen Ibáñez, Lamadrid, Ortiz y Maíllo en su Manual de Derecho de la Competencia cuando indican que: “En un mercado común la asignación eficiente de recursos se logra al permitir a cada Estado miembro explotar su ventaja comparativa en un espacio sin fronteras económicas. Las normas de competencia, por su parte, permiten liberar recursos en la economía que de otro modo serían capturados por las empresas embarcadas en las prácticas prohibidas por esas normas. De este modo tienen un impacto positivo sobre el crecimiento de la economía europea, lo que favorece a su vez la adaptación continua al progreso tecnológico y la competitividad de las empresas en los mercados mundiales.”

Cabe destacar que cada país tiene su propia normativa antimonopolio para aplicarla a las conductas que surten efecto dentro de un mismo Estado. Así por ejemplo España, en donde rige desde julio de 2007 la Ley de Defensa de la Competencia, o el caso de Alemania, donde rige la Ley Contra las Restricciones al Comercio, que fue reformada en 1999 debido a que las normas internas siempre deben estar en sintonía con la normativa comunitaria



y que fue inspirada en el principio de defensa de la competencia a escala mundial en lugar de barreras comerciales.

1.2.1.3. Derecho de la competencia en Latinoamérica

El Derecho de la Competencia en América Latina tiene su apogeo a partir de la década de los noventa, es importante destacar que hubieron países que antes a este tiempo ya contaban con normas sobre competencia como Argentina en 1919, México en 1934, Colombia y Chile en 1959 y Brasil en 1962, sin embargo, no tuvieron una aplicación efectiva o trascendente.

En América existen normas supranacionales de libre competencia en virtud de los acuerdos de integración regional, entre los cuales destacamos los siguientes:

- **Mercado Común del Sur (MERCOSUR):** Protocolo para la Defensa de la Competencia, la Decisión 21 de 1996 y el Tratado de Asunción de 1999.
- **Comunidad Andina de Naciones (CAN):** Decisión 608 de 2005, que reemplaza la Decisión 285 de Abril de 1991, “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”. Además, al no contar Ecuador con una normativa interna propia sobre la materia, se aprobó en el mismo año la Decisión 608 sobre la “Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador”.
- **Comunidad del Caribe y Mercado Común** (en inglés, Caribbean Community and Common Market - CARICOM), fue creada por el Tratado



de Chaquaramas en el año 1973. El Capítulo VIII del Tratado contiene las normas sobre las políticas de competencia y protección al consumidor. El artículo 171 crea una autoridad de la competencia regional, denominada Comisión de Competencia Comunitaria. El capítulo VIII define, entre otros aspectos, los objetivos de las políticas de competencia, aspectos procesales, la prohibición de determinadas conductas anticompetitivas y del abuso de la posición dominante. Adicionalmente, mediante el Protocolo VIII del año 2000 denominado Política de competencia, protección al consumidor, dumping y subsidios (en inglés, Protocol VIII: Competition Policy, Consumer Protection, Dumping and Subsidies) se modificó el tratado constitutivo de la CARICOM.

- **Mercado Común Centroamericano (MCCA):** nace del “Tratado General de Integración Económica Centroamericana” que fue suscrito en año de 1960 por El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua y posteriormente por Costa Rica en el año 1963. El Protocolo de Guatemala de 1993 contempla en varias de sus normas, especialmente en el artículo 25, que los estados que lo conforman deben adoptar normas de libre competencia.
- **Tratado de Libre Comercio del Atlántico Norte (TLCAN)** o en inglés North American Free Trade Agreement (NAFTA): suscrito por Estados Unidos, México y Canadá entró en vigencia el primero de enero de 1994. (Miranda & Gutiérrez, pág. 322-323)



En la actualidad los países latinoamericanos en su mayoría cuentan ya con legislaciones internas sobre el derecho de la competencia, estos han seguido tanto corrientes europeas como norteamericanas y su objeto de tutela, depende en gran medida de la orientación ideológica. Además la aplicación de las normas de esta materia son distintas en cada país ya que están determinadas por las condiciones políticas y económicas de cada uno.

1.2.2. A nivel Nacional

El Ecuador ha necesitado durante muchos años de una norma que regule las distorsiones a la competencia para que, al igual que otros países del mundo y la región, buscar un equilibrio en las operaciones de comercio.

En 2005, se aprobó la Decisión 608 sobre las “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”, decisión que constituye el marco general de las normas de competencia de la CAN, resulta importante resaltar que la decisión cuenta con normas claras y tipifica conductas anticompetitivas y señala cláusulas generales prohibitivas.

Como nuestro país no contaba con legislación interna en materia de competencia, se aprobó la Decisión 616 sobre la “entrada en vigencia de la decisión 608 para la República del Ecuador”, pero esta tampoco se pudo aplicar debido a que no existía autoridad de competencia en el Ecuador.

A falta de ley, el Presidente de la República, Rafael Correa, emite el Decreto Ejecutivo 1614 que contenía las “Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN”, redactado en base al Mandato Constitucional



contenido en el artículo 304 numeral 6 de la Constitución de 2008 referido a la sanción de prácticas monopólicas u oligopólicas, abuso de posición dominante y otras prácticas de competencia desleal. En el decreto se nombró como Autoridad Resolutiva en materia de competencia al Ministerio de Industrias y Productividad, y como Autoridad de Investigación, a la Subsecretaría de la Competencia del mismo Ministerio, que fue creada para el efecto. (Marín, 2012, pág. 21-22)

Sin embargo, el Derecho de la Competencia en el Ecuador no contaba con una ley específica propia hasta la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado en Octubre de 2011 y su Reglamento publicado en mayo de 2012. A partir de la ley, la función legislativa crea la Superintendencia del Control de Poder de Mercado como órgano y autoridad de control, investigación y sancionador en materia de competencia.

1.3. Importancia de la Regulación y de la Defensa de la Libre Competencia

1.3.1. Regulación de la Competencia.

Al respecto, resulta necesario citar una metáfora de Thurman Arnold (2012) que es muy ilustrativa: “el gobierno sería como el policía de tránsito que enseña las reglas de conducir a quienes transitan en las calles del comercio.”

“El derecho de la competencia parte de la necesidad de una regulación de mercados dinámicos, en los cuales debe existir un equilibrio que beneficie tanto a ofertantes, demandantes, como a los consumidores.” (Marín, 2012, pág. 18)



Las normas reguladas en la legislación se aplican a todos los agentes económicos que operen en nuestro país o cuyos actos surtan efectos en el Ecuador, en consecuencia, no hay sujeto alguno que esté libre del cumplimiento a las disposiciones de la ley, por lo que la regulación se traduce en certeza para todos los actores del mercado, para que estos desarrollen sus actividades dentro del marco o los límites impuestos por las diferentes normas.

La existencia de una intervención de carácter normativo sobre los mercados, justamente como límite estructural a la libertad de empresa, se ha revelado como un elemento fundamental de la historia económica, destinado precisamente a defender al mercado como institución , lo que supone que la libertad de empresa tiene desde luego una dimensión subjetiva, sin duda alguna, pero la acompaña necesariamente, al menos en el mundo occidental, una dimensión institucional, en la que surge la necesidad de que el Estado se ocupe del mercado, inclusive haciendo uso de todo su aparataje coercitivo. (Soriano, pág. 2)

En el artículo 4 de la LORCPM, encontramos los principales lineamientos que deben ser tomados en cuenta a la hora de regular y formular la política pública de la competencia, mismos que se encuentran relacionados entre sí, y que están enfocados a garantizar el bienestar del mercado para proteger a los consumidores, entre los más destacados tenemos: el reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico, la defensa del interés general de la sociedad por sobre el interés particular, el reconocimiento de la heterogeneidad estructural de la economía ecuatoriana, el



fomento de la desconcentración económica, el derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos, impulso y fortalecimiento de un comercio justo, distribución equitativa de los beneficios de desarrollo, la transparencia y eficiencia de los mercados. (Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, art 4)

Sin duda alguna el legislador determinó estos con el afán de que la normativa de la competencia, guarde concordancia con la Constitución de la República y los principios y derechos que esta garantiza.

Hoy en día, sin embargo, se habla de la tendencia a la desregularización, que no debe ser malinterpretada ya que está no equivale, a una reducción o supresión de normas. Más bien lo que se pretende con esta tendencia es ampliar los ámbitos de la libertad económica, obviamente el legislador debe prevenir los posibles riesgos que puedan ocaionarse, a través de adecuadas medidas que los eviten.

Para Jorge Witker y Angélica Varela, el concepto de desregularización o desreglamentación hace referencia, bien a la simplificación normativa en la economía, bien a la apertura de la libre competencia de sectores regulados, reservados a entidades monopolísticas públicas o privadas. Normalmente, los monopolios que actúan en los sectores regulados desarrollan en mayor o menor medida funciones consideradas de servicio público.

Finalmente, podemos decir que la importancia de una correcta implementación de la normativa que regula las prácticas monopolísticas, está en que tiende a asegurar el desarrollo económico nacional, la asignación



eficiente de los recursos y el bienestar del consumidor, teniendo como resultado una armonía de mercado.

1.3.2. Defensa de la Libre Competencia.

La competencia es en realidad la sangre vital de cualquier sistema económico dinámico. Más aún, la competencia es el fundamento de la calidad de vida y está vinculado a los aspectos más trascendentales de la existencia humana desde el punto de vista educacional, civil, religioso y cultural, además del económico. (Becker, 2000)

En nuestra Constitución, en su artículo 66, reconoce los derechos de libertad, entre los cuales destacamos el de la libertad de empresa y la iniciativa privada, la libertad para escoger profesión u oficio, la libertad de asociación y sobre todo de manera principal, la libertad de competencia económica. A esta libertad de competencia se la puede analizar desde dos puntos diferentes, en primer lugar como derecho subjetivo, o inherente a cada persona, y en segundo lugar, como derecho colectivo.

La libre competencia como derecho subjetivo, debe entenderse como el derecho que tienen los ciudadanos de participar en el mercado libre y equitativamente, en ejercicio de sus derechos de libertad. Mientras que la libre competencia a su vez, es considerada como un derecho colectivo a partir de la tutela del proceso competitivo como garantía del bienestar de los consumidores.



Por tutela y defensa de la libertad de competencia debemos entender la tendencia dirigida a prevenir, reprimir y a sancionar los abusos que constituyen los obstáculos artificiales voluntariamente creados por los empresarios, que son perjudiciales para el ordenado desarrollo de la competencia practicable o imperfecta en el mercado. Tutelar la libertad de competencia así entendida es una exigencia ineludible en todos los países capitalistas a partir de un relativo grado de desarrollo. (Broseta & Martínez, 2008, pág. 164)

1.4. Análisis de la normativa nacional de la Competencia sobre los fines que persigue.

A más de la Decisión 608, existen tres cuerpos normativos que tienen relación directa con el derecho de competencia en el Ecuador, estos son los siguientes: la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento de aplicación.

Como veremos, el fin último del Derecho de la Competencia en nuestro ordenamiento jurídico, es el bienestar del consumidor, sin descuidar también la eficiencia de los mercados como medio para alcanzar el bienestar de la población y el desarrollo económico que debe darse en un entorno de comercio justo.

1.4.1. El fin que persigue el Derecho de Competencia en las normas Constitucionales.

Es necesario analizar las disposiciones constitucionales sobre la regulación del poder de mercado debido a la trascendencia normativa que tiene



nuestra Carta Magna, y la obligación de que todas las demás normas del ordenamiento jurídico deben estar de conformidad con ella, además precisamente el origen de la necesidad de regular el poder de mercado y a la competencia en general debe estar debidamente regulada entre su normativa.

La Constitución de la República del Ecuador promulgada de 2008 asignó al Estado un papel preponderante en materia económica, sumando además, la creación de un Consejo Nacional de Planificación, que es el encargado de dictar los lineamientos económicos a seguir, a través del Plan Nacional de Desarrollo.

Nuestra Constitución sobre el sistema económico que rige en el Ecuador en su artículo 283 nos dice: “El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objeto garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que imposibiliten el buen vivir.”

El régimen de desarrollo establecido por nuestra Constitución ubica como eje fundamental al ser humano, por lo que pretende alcanzar el buen vivir a través de mejorar los niveles de vida de la población, y esto para efectos del derecho de la competencia, se traduce en el bienestar del consumidor.

Ya en temas de competencia propiamente dichos, encontramos las siguientes disposiciones que tratan sobre la protección que debe dar el Estado a los mercados para que estos sean eficientes y que se encuentran orientados a conseguir el bienestar de los consumidores:



- El inciso segundo del artículo 335 de la Constitución reza lo que sigue:

“El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”

La Constitución le faculta al Estado para que a través de sus diversas instituciones creadas para ese fin, apliquen los mecanismos que deben estar regulados en la ley, para evitar estos comportamientos prohibidos que impiden el correcto desarrollo económico del mercado. Sin embargo vemos lo contradictoria que puede ser la postura de la Constitución de la Republica, ya que esta deja a salvo a los monopolios públicos y únicamente condena a los privados. Al respecto hay que aclarar que los monopolios son plenamente justificados siempre y cuando estos presten servicios públicos por entidades de la misma calidad, lo contrario sería que se permita la posibilidad de lucrar por brindar esta clase de servicios.

- En el artículo 336, nuestra Constitución reza que es deber del Estado *“asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades”*.

Sin duda alguna el principal objetivo del comercio justo, como fin de la política económica y de competencia, es el bienestar del consumidor, mismo que se consigue cuando este tiene la información necesaria que le va a permitir escoger los bienes o servicios de más alta calidad, según su presupuesto para



satisfacer sus necesidades; es decir que cuando hay eficiencia en el mercado, el consumidor resulta ser el beneficiario, pues los productores deben pugnar por incrementar la calidad de su producto, a un precio accesible que responda a la demanda que presenta la población.

1.4.2. El fin que persigue la Decisión 608

Artículo 2.- La presente Decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores. (Comunidad Andina de Naciones, Decisión 608. Artículo 2).

La integración regional tiene como finalidad la cooperación entre estados para mejorar los niveles de vida y las condiciones de sus ciudadanos, y así como nuestra Constitución, la decisión 608 centra su preocupación en el consumidor, por lo que las diferentes actividades que realice la Comunidad Andina deben estar orientadas precisamente a que el mercado común alcance una eficiencia económica que favorezca a todos los países miembros.

Cuando en un mercado se alcanza un alto nivel de eficiencia, el resultado no será otro que un alto beneficio para el consumidor.

1.4.3. El fin que persigue la Ley Orgánica de Regulación y control de Poder de Mercado (LORCPM), y su Reglamento de Aplicación.

La Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado entró en vigencia el 13 de octubre de 2011, cuando fue publicada en el Registro Oficial



Suplemento No. 555. Consta de 93 artículos, divididos en siete capítulos. Su reglamento de aplicación fue publicado, en el Registro Oficial 697 de 7 de mayo de 2012.

En el primer artículo de nuestra LORCPM como lo veremos a continuación, queda claro que lo que busca la normativa de competencia es la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general de los consumidores:

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

En este primer artículo se determina cuáles son los objetos mediatos como inmediatos de la LORCPM.

Como objetivos inmediatos de la ley encontramos a la prevención, corrección y sanción de las conductas de abuso de posición de dominio, de las conductas tendientes a la concentración económica, y de las prácticas restrictivas, anticompetitivas y desleales dentro del mercado. Mientras que los objetivos mediatos son la eficiencia de los mercados, el comercio justo, y el



bienestar general de los consumidores y usuarios, con el fin de establecer un sistema económico social, solidario y sostenible.

La LORCPM al determinar a la eficiencia como finalidad inmediata, lo que está haciendo es que a través de esta los consumidores lleguen a alcanzar el mayor bienestar posible, al respecto Marín Sevilla señala: “El proceso competitivo es tutelado como medio idóneo para conseguir la eficiencia económica y el fin último es garantizar el bienestar social de los consumidores. En efecto, en un sistema económico las decisiones de cómo, qué y para quién producir se determinan de manera espontánea en función de las decisiones atomizadas de productores y consumidores”. (Marín, pág. 181)

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado debería ser más específica al tratar su objeto ya que simplemente debería determinar a la eficiencia del mercado como finalidad de la misma, debido a que la prevención, sanción de las diversas conductas que atentan contra el mercado y la competencia son solo un medio para alcanzar ese objetivo y por lo tanto el bienestar de los consumidores.



CAPITULO II

EL ABUSO DE PODER DE MERCADO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

2.1. El poder de mercado y la forma en cómo debe ser determinado.

Para comenzar este capítulo se debe tener totalmente claro lo que es el poder de mercado, para luego poder comprender eficazmente el abuso del mismo, ya que como se verá más adelante, este no es un ilícito por sí mismo, es decir no es ilegal que una empresa lo tenga, al contrario las reglas de la oferta y la demanda impulsan al empresario (persona natural o jurídica) a buscar constantemente la posibilidad de ostentar el poder de dominio dentro de un mercado determinado, siendo por lo general el resultado de su eficiencia que se traduce en la preferencia de los usuarios.

2.1.1. El poder de mercado

Al poder de mercado se le conoce también como poder de dominio o poder de monopolio en la legislación ecuatoriana se adopta el primero, por lo tanto así nos vamos a referir cuando tratemos el mismo en el desarrollo del presente trabajo.

La LORCPM en su artículo 7, es muy clara cuando define al poder de mercado: *“la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado.”*



Para Ginebra Serrabou (2012) el poder de mercado se entiende como la capacidad de un agente económico –o de unos pocos- para influir decisivamente en el precio de ciertos bienes o servicios en un mercado determinado.

Samuelson (2002) mientras tanto dice que el poder de mercado es el “*grado de control que ejerce una empresa o un grupo de empresas sobre las decisiones de una industria relacionadas con los precios y con la concentración*”. (pág. 664)

Lo que tienen en común estas tres definiciones es que la empresa que ostente el poder de mercado debe influir de manera significativa en el mismo, sobre todo en lo referente a precios de los bienes y servicios.

Se entendería que cuando una empresa tiene poder de mercado, esta pudiera hacer todo lo que quisiera con la más amplia de las libertades debido a su influencia en el mercado donde actúa, sin embargo esto no es posible cuando exista un marco normativo que imponga límites, con la finalidad de promover y precautelar la libre competencia y evitar las imperfecciones del mercado.

Cuando en un mercado se presenta una mayor cantidad de competidores, la posibilidad que una o varias empresas concentren el poder del mismo se reduce significativamente, esto debido a la alta competitividad del mismo.



Así para Velandia, el adquirir la posición de dominio es un premio a la eficiencia, pues el eficiente acaba con sus competidores en el supuesto de que estos sean ineficientes. De ahí que la posición de dominio no sea ilegal, pero sí lo sea el abuso. (Velandia, 2011, pag. 169)

El artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, antiguo artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) no prohíbe, en sí misma, la posesión de una posición dominante en el mercado por parte de una o varias empresas – que es legal, aunque no deje margen, más que para una competencia mínima o insignificante- sino que abusen de la misma. No sanciona que sean gigantes económicos que operan en el mercado, sino que se comporten como tales. (Ginebra, pág. 112)

Por lo tanto, cuanto mayor sea el número de partes que operan en un mercado, mayores tenderán a ser, por regla general, las posibilidades de que estas actúen independientemente, y de que carezcan del poder de obstaculizar el ingreso de nuevas firmas al mercado y de imponer determinadas condiciones sobre los competidores. (Cabanellas, 1983, pág. 262)

Se admite que es inevitable la presencia de cierto grado de monopolización, por lo cual no se sanciona que una empresa posea una posición de dominante sino que abuse de la misma, definiendo una serie de mecanismos de prevención y control, a efecto de que no se limiten los procesos de concurrencia y competencia en el mercado. (Witker & Valera, pág. 5)



Nuestra legislación ha adoptado esta terminología para referirse a lo que en el derecho positivo y doctrina internacional se conoce como abuso de la posición dominante que se ha regulado en los artículos del 7 al 10 de nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

En este sentido debemos entender por poder de mercado, aquel cuya principal característica es que su nivel de influencia le permite actuar con independencia de los demás actores y consumidores, pudiendo así, por ejemplo, cargar sobre sus productos los precios a voluntad, sin ninguna consideración de mercado.

Como se mencionó en líneas anteriores, la simple ostentación de poder de mercado no es sancionada por la ley, sino sólo el abuso que de ella se haga, por lo tanto se acepta y entiende a los monopolios y a la concentración de poder económico como posibles hechos que se producen en el mercado, propios de la competencia entre firmas, aunque esto no sea lo más óptimo. (Bullard, 2009, pág. 999)

Las conductas abusivas tipificadas en el artículo 9 de la LORCPM no constituyen en sí una infracción, es decir se encuentran sujetas a una condición, solo surgirá el ilícito en el evento de que quien las cometa sea un agente económico con poder de mercado.

El objetivo de determinar el poder de mercado es conocer si cierto agente económico “está en posición de cometer un abuso” para así darle la sanción correspondiente y conseguir el fin de la legislación de competencia “que es perseguir y prevenir aquellas conductas de las empresas que, al



restringir la competencia en el mercado, reducen el bienestar de los consumidores". (Gutierrez & Padilla, 2006, pág. 18)

Para finalizar, se comprende que el poder de mercado de una empresa, es la capacidad que la misma tiene de influir sobre los precios vigentes en un mercado, sin embargo dicho poder puede presentarse tanto del lado de la oferta como de la demanda, es decir, una empresa puede tener poder de mercado como vendedora o como compradora de un bien o servicio, por el contrario la ausencia de poder de mercado implica que la empresa se comporta como una simple "tomadora de precios". (Coloma, 2003, pág. 32)

Así, quien posea poder de mercado no toma los precios, sino que los impone de forma unilateral Coloma (2003) con mediana claridad explica "La regla general es que, para aumentar su precio, el vendedor con poder de mercado debe estar dispuesto a resignar parte de la cantidad que puede vender."(pag. 33)

Es decir que lo que caracteriza a una empresa con poder de mercado es que esta puede restringir su producción, de tal modo que esta traiga como resultado el alza de precios o efectos inclusive más nocivos como la especulación.

Por lo tanto encontramos como característica determinante en el poder de mercado, la gran influencia que tiene el agente económico sobre los precios y la oferta, dejando como consecuencia un daño en el mercado y a su vez en los consumidores como tal, ya que prácticamente se obliga a estos a la compra



de un mismo producto a mayor precio del normal, debido a la escasez implantada en el mercado.

2.1.2. El mercado relevante

Para analizar una conducta restrictiva a la competencia se requiere previamente de la determinación del contexto competitivo al que se enfrenta la empresa investigada.

El mercado relevante resulta ser el instrumento que establece los límites, el contexto en los cuales se va a desarrollar la rivalidad entre empresas, identificando a los competidores.

Para Jiménez y Cañizares el mercado relevante se estudia partiendo de identificar el conjunto de productos (bienes o servicios) que rivalizan entre sí en la satisfacción de las necesidades de los consumidores, el conjunto de empresas que pueden ofrecer dichos productos en un plazo relativamente reducido de tiempo, y el área geográfica en la que las condiciones de competencia para el suministro de dichos productos son suficientemente homogéneas y diferentes de las de otras áreas geográficas próximas.
(Jiménez, Cañizares, 2005)

Este análisis hace referencia a las dimensiones que conforman el mercado relevante, mismas que son mercado del producto y el mercado geográfico.



Para la Unión Europea, el mercado del producto está comprendido por “... la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos” y a su vez el mercado geográfico es aquel donde las condiciones son homogéneas y distinguibles de otras áreas. (Unión Europea – Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. (Mora, 2011), esta misma Comisión reconoce que “la definición de mercado de referencia tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica tiene una influencia decisiva en la valoración de un caso de competencia. “(COMISIÓN EUROPEA ,1997)

2.1.3. Formas de determinar el poder de mercado

La determinación del mercado relevante es trascendental debido a que solo así se pueden definir las cuotas de mercado y valorar la posición que tienen las empresas dentro del mismo, por lo tanto vendría a ser una primera aproximación sobre el posible dominio de la empresa investigada.

La cuota de poder de mercado es el porcentaje que una empresa posee del volumen total del mercado relevante, y generalmente esta es utilizada para medir el poder de mercado. Para algunos, este resulta ser el método más eficaz y sobre todo fácil para realizar dicha medición, sin embargo se debe tener en cuenta que hay aspectos como la delimitación del mercado relevante y todo lo que ello implica, que no resulta ser una tarea fácil. Además la cuota de mercado que una empresa posea solo debe ser un elemento explicativo del



porqué del poder de mercado, mas no debería considerarse como una forma de medición absoluta.

La libre competencia permite que las empresas se esfuerzen por lograr la mayor parte de cuota de mercado, ofertando mejores precios, bienes o servicios, como secuela de ello, puede ocurrir que los consumidores prefieran a ciertas empresas y posterguen a otras. En este caso, habrá una o varias empresas con posición de dominio en el mercado.

Muchos países han establecido presunciones de dominio con base en cuota de participación. En Estados Unidos, por ejemplo, esta se sitúa en una cuota superior al 70 por ciento. En la Unión Europea una participación superior al 70 por ciento tiene el mismo efecto que En Estados Unidos. En Brasil, una participación de tan solo el 20 por ciento es suficiente para prender las alarmas (Cortázar, 2011, pág. 97). En el Ecuador no se establece un porcentaje mínimo de cuota de participación, simplemente se analizara cada caso en concreto ya que no se puede determinar una presunción general debido a que cada mercado es distinto.

La cuota de participación efectivamente puede considerarse indicativa del dominio, pero teniendo en cuenta tanto la elasticidad de la demanda y la oferta que se utilizan para medir la sensibilidad o capacidad de respuesta de un producto a un cambio de precio. Mientras mayores sean las elasticidades, menor es la posibilidad del dominio y viceversa. (Cortázar, 2011, pág. 98) Los tribunales de muchos países muestran tendencia a refugiarse en la cuota de mercado (market share); es decir, al resultado de dividir las ventas de una



empresa por el total de ventas del mercado o si, se prefiere una expresión más precisa, por la capacidad productiva de todas las empresas que producen los mismos bienes o servicios que los consumidores consideran sustitutos razonables.

Por lo que el método más extendido en las autoridades de competencia para determinar el dominio es la participación de la empresa en el mercado relevante. En conclusión mientras mayor sea la cuota de participación, mayor es el dominio.

En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) creada en 1964 para tratar asuntos relacionados con el comercio, las inversiones y el desarrollo, se mencionan diferentes elementos de juicio que sirven para determinar el grado de dominio del mercado de parte de una empresa dada, por ejemplo, las cuotas de mercado, el volumen de negocios, su situación patrimonial, el tamaño de su nómina, la capacidad de jugar con sus precios por encima del nivel de competencia o debajo de los costos por periodos considerables, etc. (UNCTAD, Ley, núm. 54)

Desde el punto de vista de sus causas la posición de dominio puede deberse a su propio comportamiento unilateral o ser el resultado querido, derivado de una entente con otras empresas (Ginebra, pág. 122), como es en el caso de las concentraciones de empresas: Esto a través de diferentes actos societarios completamente lícitos, ya que podrán fusionarse, absorberse, comprarse unas a otras, adquirir participaciones de otras empresas. En este sentido, existen varios factores que explican el afán de aglutinamiento de las



empresas: la revolución tecnológica (grandes inversiones, mayor accesibilidad del mercado de capitales), la adquisición de mayores cuotas de mercado, la racionalización de los procesos productivos, etc. (Ginebra, X) Desde el punto de vista económico, son varios los factores de la competencia que determinan el surgimiento o el fortalecimiento de una posición dominante y que, por lo tanto, deben ser valorados mediante un análisis global: las barreras de entrada, la estructura de los mercados afectados, la competencia real y potencial.

Desde un punto de vista jurídico, se ha constatado que la existencia de una posición dominante, puede deberse a varios factores tales como: barreras de entrada, que es la inserción de obstáculos para evitar la competencia y concentración de las empresas, pensadas como actos societarios para adquirir más participación en el mercado, que considerados aisladamente no serían necesariamente determinantes, pero entre estos, la existencia de grandes cuotas de mercado es muy significativa. (Ginebra, pág. 121)

El poder de mercado suele distinguirse entre dos criterios, uno de estructura y otro de conducta. De acuerdo con los primeros, debe valorarse la presencia de barreras a la entrada del mercado, cualquiera que sea la naturaleza de esta –legal o reglamentaria, económica, tecnológica- que impidan u obstaculicen la entrada en él, su composición y la evolución experimentada durante un cierto periodo de tiempo. Los segundos, es decir los de conducta, se debe examinar la posibilidad real de que la empresa pueda mantener un comportamiento independiente, y en especial, determinar por si



misma los precios del sector o la ineptitud de las empresas rivales para ampliar su cuota de mercado. (Ginebra, pág. 121)

2.2. ¿Qué es el Abuso de poder de mercado?

2.2.1. Conceptualización

La idea de abuso de la posición dominante en el derecho antimonopolios de por sí implica una connotación negativa, de exceso, de aprovechamiento indebido que incluso tiene su propia definición en el Diccionario de la Real Lengua Española: “actuación comercial prohibida, realizada en perjuicio de otras empresas o de los consumidores, que se prevale de una situación de ventaja”. (Cortázar, 2011)

El conjunto de principios y normas de defensa de la libre competencia de la UNCTAD habla de la prohibición de ejecutar actos de abuso de posición de dominio o la adquisición de esta valiéndose de medios anticompetitivos cuando una empresa o un conjunto de ellas tiene la capacidad de controlar el mercado y pueden obstaculizar o impedir la competencia o perjudicar a la economía. (Cortázar, 2011)

La guía del 2008 sobre la aplicación del artículo 102 de Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (2009) determina: la capacidad de excluir competidores mediante métodos diferentes del mérito comercial con la consecuencia de poder establecer precios superiores o inferiores (precios predatores) a los normales en condiciones de competencia, perjudicando de esta manera el interés de los consumidores. De esta forma, el abuso se



presume cuando un comportamiento determinado obedece a métodos diferentes del mérito, tiene efectos destructivos en las empresas rivales y no ofrece ninguna ventaja económica apreciable. (págs. 62-70)

La idea de abuso de posición de dominio es compleja, puesto que se compone de dos elementos interdependientes: de un lado está el poder de dominio o de monopolio en el Mercado y por otro, el abuso propiamente dicho. (Cortázar, 2011, pág.99)

Es por ello, que el derecho antimonopolios correctivo es de naturaleza sancionatoria, la tipicidad es un elemento esencial de las conductas prohibidas, de manera que si la ley prohíbe a una empresa que tiene poder de mercado por ejemplo establecer precios predatorios o acuerdos vinculados, tal prohibición se circumscribe solo a las empresas o agentes económicos en general que tengan posición dominante y no a quienes no la tengan. En resumidas cuentas el derecho antimonopolios ayudaría a los comerciantes pequeños ya que tendrían una competencia justa acorde a su inversión (Cortázar, 2011, pág.99)

El término abuso de situación dominante o monopolización, se refiere a prácticas comerciales restrictivas de la competencia a las cuales pueden dedicarse una empresa dominante para preservar o mejorar su situación en el mercado. Estas prácticas pueden considerarse, no sin controversia, como un aprovechamiento abusivo o anormal de una situación de control de monopolio de un mercado con objeto de restringir la competencia. (OCDE, 1995, pág. 11) (Witker, 2000.)



En el abuso de posición dominante, luce con claridad meridiana la necesidad de que juristas y economistas vayan de la mano.

Es importante saber cuáles son los agentes que tienen poder en el mercado para que puedan ser evaluados en base a la ley, y que no puedan abusar del poder económico que ostentan en contra de los comerciantes minoristas.

2.2.2. Conductas de abuso de poder de mercado en la LORCPM.

La conducta del legislador, asumiendo sus competencias constitucionales, es la de regular los abusos de poder del mercado que se generan cuando no se toma en cuenta a competidores, compradores, proveedores, distribuidores o consumidores, por ser el único oferente o demandante de determinado producto o servicio, o aún sin ser el único, por no interactuar en un marco de competencia económica. El poder de mercado utilizado indebidamente puede suponer un obstáculo insalvable para las economías de mercado. Su indebida utilización pone en entredicho la eficacia de la mano invisible que es una metáfora utilizada en economía para expresar la capacidad autorreguladora del libre mercado, para asignar los recursos escasos de la manera más eficiente posible.

En este sentido, nuestros legisladores tradujeron su preocupación en una normativa que busca abarcar todas las conductas que potencialmente puedan suponer un ambiente de equilibrio.



Para desarrollar este tema se ha tomado en cuenta los 23 numerales de la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado. En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:

1.- Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia.

La conducta de los operadores económicos que ostentan el poder productivo, radica en la obtención de beneficios en base al poder de mercado y que los mismos afecten a sus competidores.

Las conductas de un agente de posición de dominio que pueden perjudicar la entrada o permanencia de otros competidores en el mercado por motivos ajenos a la eficiencia económica, están normados en varios ítems del artículo 9. Así, el numeral primero, el numeral tercero, el numeral quince y Finalmente, el numeral veinte y dos. La ley tipifica varios casos de conductas que pueden tener esos efectos, de manera que virtualmente todos los actos que pueden tener las consecuencias para dificultar permanencia o expansión de competidores ya está normado. Entre ellos se encuentra la discriminación de precios, la fijación de precios predatorios, la limitación del desarrollo tecnológico, la imposición de barreras de entrada y las ventas atadas.



2.- Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, que les permitan aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor.

El aumento excesivo de los precios de los productos o servicios con la finalidad de generar un mayor margen de ganancia para la empresa, explotando así al consumidor, debido a que este como consecuencia, le tocara pagar un precio mayor al normal.

3.- Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, en condiciones en que debido a la concentración de los medios de producción o comercialización, dichas conductas afecten o puedan afectar, limitar o impedir la participación de sus competidores o perjudicar a los productores directos, los consumidores y/o usuarios.

Cuando el operador dominante concentra los medios de producción tiene la capacidad de limitar su propia producción y esto afecta a la competencia debido a que los demás competidores no cuentan con los medios de producción necesarios para dar abasto al mercado y esto produce escasez que viene de la mano con el alza de precios afectando así directamente a los consumidores.

4.- La fijación de precios predatorios o explotativos.

La fijación de precios muy bajos, cuando esto afecte el desarrollo de la competencia perfecta.



Es incuestionable que cuando el predador tiene posición de dominio sobre la fijación de precios, resulta esencial para tipificar esta conducta. Si no la tiene, no obtendrá ningún beneficio mediato o inmediato por disminuir sus precios por debajo de sus costos.

Estoy de acuerdo con que el predador tenga la intención de eliminar a sus competidores mediante la fijación de los precios predatorios. Sin embargo, en el caso de que la fijación temporal de precios este por debajo del costo, traerá como consecuencia la salida de competidores. No por eso el agente estaría en la libertad de realizar una exacción al excedente del consumidor, ya que ésa sería otra infracción distinta a la fijación de precios predatorios, porque mientras más difícil resulte a los competidores reincorporarse al mercado, más grave será el potencial perjuicio al excedente social. Por tanto, mientras más difícil resulte a los competidores volver a competir, más grave debería ser la sanción al predador.

5.- La alteración injustificada de los niveles de producción, del mercado o del desarrollo técnico o tecnológico que afecten negativamente a los operadores económicos o a los consumidores.

La alteración injustificada en la producción, afectando así a competidores y consumidores.

La limitación de la producción, distribución o desarrollo tecnológico pueden tener como motivo que los operadores económicos podrían no tener interés en que el mercado experimente una mejora tecnológica, que aumente la oferta total o la distribución de los productos. La reticencia al cambio o el



deseo de mantener un precio competitivo pueden causar que los operadores económicos con poder de mercado eviten que éste se desarrolle sobre estos aspectos, como lo haría en un supuesto de libre concurrencia.

Por tanto, como ocurre con todas las demás conductas, no debería sancionarse a un operador económico alguno por limitar la producción, la distribución o el desarrollo tecnológico, sino en cuanto su conducta pueda repercutir en el excedente social. Sólo en esa medida, la alteración podrá ser calificada de “injustificada”.

6.- La discriminación injustificada de precios, condiciones o modalidades de fijación de precios.

La discriminación de precios y aplicación de condiciones desiguales aplicadas en el numeral seis y siete, nos habla sobre el caso de que la empresa con poder de mercado establezca diferentes precios a un mismo bien con la finalidad de maximizar sus ingresos aprovechándose del excedente económico de los consumidores

La discriminación de precios de segundo y tercer grado puede favorecer o mermar el excedente social, para determinarlo dependerá de un análisis casuista, que considere los efectos de esa conducta en el excedente del productor y en el excedente del consumidor.

7.- La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de



manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros.

La desigualdad al realizar relaciones comerciales o prestaciones de servicio con productos iguales con el fin de desestabilizar a los competidores.

8.- La venta condicionada y la venta atada, injustificadas.

Condicionar o atar la venta de forma injustificada.

Las ventas atadas e imposición de condiciones suplementarias presentes en los numerales ocho, nueve, once, trece y veinte y tres, pueden no ser anticompetitivas. No reconocer sus potenciales efectos en favor de la eficiencia económica supondría obviar la existencia de las economías de alcance, por ejemplo.

Los efectos perniciosos para la competencia como consecuencia de las ventas atadas pueden producirse siempre y cuando el precio al que se vende el bien complementario es inferior al que se lo vendería por separado. Es decir, en estas hipótesis, en nuestro sentir, tiene que haber una suerte de subsidios cruzados para que se configure una situación de peligro para la eficiencia económica. Esta situación se da cuando por ejemplo el vendedor obliga a adquirir algo que no quiere el comprador por la compra de un producto que si quiere, en este sentido para que esta conducta restrinja la competencia se requerirá que el vendedor tenga poder de mercado en el bien o producto que atá la compra.



9.- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios.

La negación injustificada de las empresas a satisfacer la demanda del mercado. Se explica porque mientras más se acerque un mercado al monopolio puro, menor será el excedente del consumidor, pero el productor maximizará sus utilidades en desmedro del excedente social. En cambio, mientras más se asemeje un mercado al de competencia perfecta, si bien el excedente social alcanzará su máximo nivel, los oferentes tendrán beneficios nulos a largo plazo.

10.- La incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros.

Manipular a terceros para que no cumplan con sus acciones de mercado cotidianas.

La incitación a terceros a no comprar puede ser una barrera a la entrada muy eficaz, con todas las consecuencias negativas que acarrea una merma a la libre concurrencia. El monopolista intentará hacer lo que esté a su alcance por evitar tener competidores, ya que eso le forzará a disminuir sus precios y su utilidad. Los terceros que negocien con el agente con posición de dominio pueden no tener más alternativa que acceder a tales imposiciones, por temor a perder sus relaciones comerciales con ese operador.



11.- La fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios.

Los contratos de distribución, venta y compra exclusiva, son de tipo verticales por lo que son celebrados entre empresas que están situadas en un nivel diferente de la cadena de distribución o producción. Un claro ejemplo de esta conducta sería cuando una empresa dominante imponga restricciones en los contratos con sus distribuidores con el objeto de cerrar u obstaculizar los canales de distribución a sus competidores.

12.- El establecimiento de subsidios cruzados, injustificados, particularmente agravado cuando estos subsidios sean de carácter regresivo.

El subsidio cruzado se produce cuando una empresa modifica sus precios para que los ingresos obtenidos en un servicio le permitan financiar las pérdidas que tiene en otros. Cuando se habla del carácter regresivo del mismo, se debe entender que el producto o servicio más barato por así decirlo subsidia al más caro.

13.- La subordinación de actos, acuerdos o contratos a la aceptación de obligaciones, prestaciones suplementarias o condicionadas que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de los mismos.



Bullard acota que se establece como ilegal la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos. (Bullard, 2006).

14.- La negativa injustificada del acceso para otro operador económico a redes u otra infraestructura a cambio de una remuneración razonable; siempre y cuando dichas redes o infraestructura constituyan una facilidad esencial.

La negación injustificada al acceso de otros operadores económicos a infraestructuras, cuando esta constituya una facilidad esencial.

Considero que no resultaba necesario tipificar a la negativa a facilidades esenciales como una conducta distinta de la negativa a satisfacer pedidos. Porque al ser las dos de vital importancia para la empresa, deben ir de la mano para que la empresa se pueda desenvolver adecuadamente en el mercado.

15.- La implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas.

Las conductas exclusorias son aquellas que tienden a excluir a los competidores, estableciendo por ejemplo precios predatorios. Mientras que las conductas son explotativas cuando se tiende a explotar a los consumidores estableciendo precios muy elevados de los productos o servicios.

16.- Los descuentos condicionados, tales como aquellos conferidos a través de la venta de tarjetas de afiliación, fidelización u otro tipo de



condicionamientos, que impliquen cualquier pago para acceder a los mencionados descuentos.

Esta por sí misma no es una conducta anticompetitiva, y para que se constituya como tal es requisito indispensable la comprobación del poder de mercado de la empresa que realiza dicha conducta. Debe existir un daño para el consumidor, cuando la tarjeta no cumpla con una finalidad de ahorro o descuento como tal, así como debe existir un daño para el mercado en el sentido de que los demás competidores horizontales han sido perjudicados por el otorgamiento de estas tarjetas por parte del operador dominante.

17.- El abuso de un derecho de propiedad intelectual, según las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, convenios y tratados celebrados y ratificados por el Ecuador y en la ley que rige la materia.

Lo que se busca básicamente es frenar al monopolio legal justificado en base a la Ley de propiedad intelectual.

18.- La implementación injustificada de acciones legales que tenga por resultado la restricción del acceso o de la permanencia en el mercado de competidores actuales o potenciales.

Establecer medidas legales injustas afectando el desarrollo de los competidores.



Las Barreras de entrada, son las mejores herramientas para corregir y evitar las distorsiones en la competencia, en base a la concurrencia efectiva. Por tanto, representan un potencial peligro para la eficiencia económica y para el Derecho de la competencia.

19.- Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.

La imposición de precios u otras condiciones comerciales.

Según nuestra ley, los acuerdos de distribución exclusiva injustificados se consideran ilícitos y deben ser sancionados, independientemente de cuál sea la afectación que generen. Para configurar el tipo bastaría con que el agente tenga la intención de excluir a sus competidores, por más mínimo que pueda sea el efecto en la competencia.

20.- La fijación injustificada de precios de reventa.

Es claro que fijar un precio de reventa puede incentivar a los vendedores al por menor a ser creativos y eficientes, para hacer que un producto homogéneo resulte más atractivo para la clientela que el de los competidores, quienes son, a su vez, también clientes del mismo vendedor al por mayor.

Es también evidente que una práctica de este tipo podría tener por efecto evitar la entrada de nuevos competidores, o que podría prestarse fácilmente a la formación de carteles que perjudicarían gravemente al excedente social.



21.- Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero.

Condicionar la venta al no uso de productos de terceros.

La negativa a satisfacer pedidos es uno de los ejemplos más claros de abuso de posición de dominio. Puede servir a varios móviles reprochables y representa una amenaza muy seria al excedente social

22.- 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.

Este numeral es igual a la cláusula prohibitiva que se encuentra al inicio del artículo, sin embargo consideramos que esta involucra a todas las conductas anticompetitivas similares a las que ya fueron enumeradas taxativamente.

23.- La imposición de condiciones injustificadas a proveedores o compradores, como el establecimiento de plazos excesivos e injustificados de pago, devolución de productos, especialmente cuando fueren perecibles, o la exigencia de contribuciones o prestaciones suplementarias de cualquier tipo que no estén relacionados con la prestación principal o relacionadas con la efectiva prestación de un servicio al proveedor.

La imposición injustificada de condiciones a proveedores o compradores.



La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará también en los casos en los que el poder de mercado de uno o varios operadores económicos haya sido establecido por disposición legal. No será admitida como defensa o eximente de responsabilidad de conductas contrarias a esta Ley la valoración del acto jurídico que pueda contenerlas.

2.3. El control del abuso de poder de mercado en el Ecuador.

La labor que realiza la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, es fundamental en nuestra sociedad y diario vivir debido a que da información a los operadores económicos y a la sociedad en general, la forma en que la Intendencia de Control de Concentraciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado analiza las operaciones de concentración notificadas a esta entidad y que están sujetas a trámites determinados y concretos, así como a plazos previstos en la Ley y el Reglamento de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Este órgano de control y vigilancia, se encargará de controlar el correcto funcionamiento de los mercados, a través de la prevención, la sanción de los abusos de poder y de las prácticas que vayan en perjuicio de los consumidores y operadores económicos, a fin de construir el buen vivir de toda la sociedad, estableciendo un régimen de control de las concentraciones económicas que tiene la finalidad de preservar las estructuras competitivas de los mercados, a través de la concentración que es una característica indicativa fundamental del número de sus participantes con la posición en el mercado que logra cada uno de ellos debido a su nivel de participación.



De esta manera, lo que pretende es lograr deducir que la concentración en un mercado no tiene importancia en sí mismo, lo importante es establecer, si aquella concentración afecta a la libre competencia, a través de las conductas tipificadas en la Ley. La competencia es una condición según la cual la búsqueda y consecución de beneficios de cada empresa se hace a expensas de los beneficios de otra u otras empresas.

Sin lugar a dudas, la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado pasará a convertirse en la entidad más importante a efectos de hacer efectivas las disposiciones de la ley, lo que resulta evidente, si consideramos el artículo 36 de LORCM, cuyo contenido, reza que se constituye “como un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria y de administración”.

Sus facultades son asegurar la transparencia y la eficiencia de los mercados y fomentar la competencia; corregir y sancionar las prácticas anticompetitivas; la investigación, conocimiento, corrección y sanción de las conductas de abuso de posición de dominio; entre otras.

En particular, el artículo 38 de la Ley le concede una serie de atribuciones, entre las que se encuentra:

- La elaboración de estudios de mercado;
- La sustanciación de los procesos en sede administrativa a los que dé lugar la imposición de sanciones por infracciones a la ley;



- La sustanciación de los procesos de autorización de concentraciones económicas;
- Atender consultas de los operadores económicos sobre materias relacionadas con la ley;
- Dar fin a las restricciones a la competencia impuestas por el Estado que no respeten los lineamientos previstos en la ley;
- Disponer la suspensión y sanción de las prácticas contrarias a la ley.

La máxima autoridad de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado es el Superintendente, que es designado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social entre una terna enviada por el Presidente de la República. El que tendrá a su cargo varias de las atribuciones más importantes que se confiere a la Superintendencia, tales como la absolución de consultas y la resolución de recursos administrativos. El artículo 41 de la LORCPM (Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado) establece que todo informe será de aplicación obligatoria y directa para las partes intervenientes, así como para las entidades del Estado.



CAPITULO III

CASO CONECEL

3.1. Antecedentes

El 24 de febrero de 2012 la empresa pública Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT-EP, (en adelante CNT) presentó una denuncia de “Abuso de Poder de Mercado”, contra la empresa Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A., (en adelante CONECEL), misma que fue aclarada el 8 de noviembre de 2012 y fue calificada por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas el 16 de noviembre de 2012.

La denuncia se fundamenta en el hecho de que CONECEL mantenía una cláusula de exclusividad en los contratos de arrendamiento de ciertos terrenos donde se encontraba instalada su infraestructura, misma que determinaba a los dueños de los predios a comprometerse no conceder uso, goce, aprovechamiento o explotación bajo ningún título legal a otras empresas que se dediquen a las Telecomunicaciones en cualquiera de sus ramas de espacio alguno del inmueble, en razón de que esto podría ocasionar interferencia, mal funcionamiento, o poner en riesgo los equipos instalados. En el caso de incumplimiento, la ARRENDADORA se comprometía a pagar una



pena equivalente al 40% del Valor Total de la Renta mensual por el plazo de duración del contrato.

La CNT aduce que estas cláusulas de exclusividad son una clara práctica de Abuso de Poder de Posición de Dominio, tipificada en el Art. 9 numerales 1, 10, 11 y 19 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, puesto que las mismas limitan la participación de otros competidores como la peticionaria en la expansión del servicio de telefonía móvil a través del despliegue de su nueva red HSPA y la capacidad de entrada en un mercado relevante (telefonía-móvil); puesto que para las demás operadoras es imposible acordar con los dueños de los predios arrendados por CONECEL la suscripción de contratos de arrendamiento adicionales a los suscritos con la Operador Dominante, esto debido a que el propietario del inmueble podía enfrentar el pago de penalidades por incumplimiento del contrato. Así mismo, basan su denuncia en la resolución N° 347-13-CONATEL-2010 mediante la cual el Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL en fecha el 30 de julio de 2010 después de un informe técnico respectivo determinó que la participación en el mercado relevante de voz de CONECEL es de un 70% lo que se encuadraría claramente con el supuesto del artículo 27 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones sobre porcentaje mínimo de ingresos brutos de un servicio determinado (30%) esto es, el servicio móvil avanzado, en el servicio de voz, en todo el territorio ecuatoriano; se completa la denuncia informando que la conducta denunciada se mantenía hasta la fecha de la presentación de la petición y se adjunta a la misma, el oficio donde CONECEL niega de manera expresa la solicitud de autorización a los dueños



de los predios afectados el alquiler de los mismos a la CNT, que lógicamente resulta ser su competidor dentro del mercado.

El 11 de diciembre de 2012 CONECEL presentó su postura sobre la denuncia antes mencionada, en donde señala que la misma es maliciosa y temeraria; por lo que solicita a la autoridad competente el archivo de la misma, aduce que no posee poder en el mercado de arrendamiento de inmuebles y que por lo tanto su conducta no se encuadra a lo establecido en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado.

Expresa, además que o que la CNT omite en manifestar es que:

- a) Que el diseño de localización geográfica de una red de infraestructura es un asunto de intelecto, y que el efectuado por CONECEL no tiene por qué necesariamente ser seguido (o copiado) por la CNT.
- b) Sostiene que los hechos denunciados no pueden generar responsabilidad de índole alguna para CONECEL, por no ser una conducta ni típica, ni antijurídica, ni culpable, que son los elementos básicos de cualquier responsabilidad.

El 26 de diciembre de 2012 la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas resuelve ordenar la apertura del expediente.

El 28 de junio de 2013, se procede a notificar tanto a la CNT como a CONECEL con el informe de resultados de la investigación, así como con la



formulación de cargos a fin de que se presenten las excepciones que estos crean convenientes. En el informe, se define como mercado “aguas arriba”. El acceso a un inmueble donde se ha instalado infraestructura de telecomunicaciones –co-habitación-, o el acceso a una infraestructura de telecomunicaciones –co-ubicación-, y como mercado “aguas abajo”. Las prestaciones del Servicio Móvil Avanzado; específicamente el servicio de voz móvil tomando en cuenta que el 80% de los ingresos de los operadores del Servicio Móvil Avanzado está dado por este servicio.

En este caso concreto el mercado aguas arriba es el mercado de acceso sin el cual no se podría prestar el servicio del mercado aguas abajo. En el caso del mercado de la telefonía el mercado aguas abajo vendría a ser la relación entre la operadora y los clientes, mientras que el mercado aguas arriba serían los mercados que hacen posible la prestación del servicio y en este caso sería el de terrenos aptos para la colocación de infraestructura de telecomunicaciones . El problema es que pueden existir operadores con poder de mercado en un mercado aguas abajo que no tengan poder de mercado en un mercado de acceso, y también al revés pueden existir empresas que tiene mucho poder de mercado respecto de los mercados de acceso o aguas arriba pero que pueden no tener poder en el mercado aguas abajo.

El informe determina que una vez analizadas las cuotas de mercado, las barreras de entrada, las decisiones adoptadas por los organismos reguladores de las telecomunicaciones, llega a la conclusión de que CONCEL habría



mantenido desde el 2010 su posición de operador dominante tanto en el mercado aguas arriba, como en el mercado aguas abajo.

Además que la información aportada por la Superintendencia de Telecomunicaciones, determina que no existen fundamentos técnicos que justifiquen el establecimiento de una cláusula de exclusividad.

Se le imputa a CONECEL, haber adecuado su conducta dentro de las prohibiciones señaladas en los numerales 1, 10 y 19 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

El 22 de julio de 2013 se da la apertura del término de prueba, en donde se reproducen los mil quinientos quince contratos dentro de los cuales consta la cláusula de exclusividad, además se reproducen todos los oficios presentados por las partes y las diferentes autoridades competentes del caso, tales como SUPERTE, Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, etc. Se reproduce también el informe de resultados emitido por la Intendencia de Investigación, además del Anexo II del escrito de CONECEL del 15 de octubre de 2013, “Procedimiento para definición de una zona de búsqueda para instalación de radio bases celulares”

El 30 de julio de 2013 la Comisión de Resolución de Primera Instancia designada para esta investigación, rechaza la propuesta de compromisos de cese presentada por CONOCEL el 20 de junio de 2013, aduciendo que el mismo no reconoce los hechos denunciados por lo que no se ajusta a lo que determinan los arts. 89 y 90 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de



Poder de Mercado. Además porque la propuesta no da certeza respecto del cumplimiento de las medidas de cese propuestas.

El 24 de enero de 2014 la misma Comisión, rechaza la segunda propuesta de compromisos de ces presentada por CONECEL el 16 de diciembre de 2013, sosteniendo que la misma carece del componente que busca subsanar daños, perjuicios o efectos que se produzcan en el mercado relevante de las telecomunicaciones y en beneficio de las y los consumidores y usuarios del sistema de telefonía móvil.

Finalmente el 7 de febrero del 2014, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, a través de su Comisión de Resolución de primera instancia, emitió un informe sancionando al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones (CONECEL S.A.), con una multa de ciento treinta y ocho millones cuatrocientos noventa y cinco mil novecientos sesenta y cuatro 60/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$ 138.495.964,60), por abusar del poder de mercado al introducir una cláusula de exclusividad en los contratos de arrendamiento de los terrenos donde se encuentran emplazadas sus antenas de telecomunicación móvil, al respecto su motivación central se encuentra en los siguientes análisis que se presentan

3.2. Análisis jurídico relevante

3.2.1. Determinación del Mercado Relevante

La correcta definición del mercado relevante por parte de la autoridad competente es trascendental a la hora de la investigación de conductas de



abuso de poder de mercado. Ya que a partir de la definición del mismo es que se procede a la determinación del poder de mercado y consecuentemente a saber si el operador económico que lo ostenta está abusando del mismo o no.

En el proceso se manifestaron dos definiciones de mercado relevante, una por parte de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas y otra por parte de CONECEL.

Para la Intendencia de Investigación el Mercado Relevante es el mercado de telecomunicaciones, el que subdivide al “mercado aguas arriba”, que estaría comprendido por el acceso a un bien inmueble donde se ha instalado infraestructura de telecomunicaciones –cohabitación- o el acceso a una infraestructura de telecomunicaciones ya existente en el inmueble -cubicación-, y “mercado aguas abajo”, comprendido por las prestaciones de Servicio Móvil Avanzado, donde CONECEL contaría con el 69% del mismo. Por lo que se estaría definiendo el mercado relevante en base a la cuota de mercado que tiene CONECEL en el mercado aguas abajo, es decir en el mercado que se basa en la relación existente entre la operadora con los clientes. Olvidándose de que la supuesta conducta abusiva se da en el mercado aguas arriba, es decir el de acceso.

Mientras tanto CONECEL definió como mercado relevante al de arrendamiento de bienes inmuebles para la instalación de red en una determinada zona geográfica o mercado de inmuebles disponibles para arriendo por parte de operadores de telecomunicaciones, en donde el mismo



tiene una mínima participación, por lo que en ningún momento podría ostentar poder dentro del mismo.

Estas dos posturas son contradictorias, y nos llevan a conclusiones diferentes, sin embargo la Superintendencia de Control de Poder de Mercado adopto la posición de la Intendencia de Investigación, por lo que señala que CONECEL lo que hace es querer desvirtuar la investigación al pretender que se determine como mercado relevante al de inmuebles para el arriendo por parte de operadores de telecomunicaciones para la instalación de infraestructura. Con esto determina que la cláusula de exclusividad constituye una barrera de entrada para los otros competidores del mercado de telecomunicaciones que quiera brindar un servicio bajo las mismas características que CONECEL, afectando así la competencia efectiva.

La cláusula de exclusividad de los contratos de CONECEL celebrados con los propietarios de inmuebles donde mantienen su infraestructura, contraviene la normativa vigente, misma que nunca fue refutada ni técnicamente justificada por CONECEL, de esta manera se produce daños como el impedimento a la libre competencia, además de que limita las opciones del consumidor ya que no pueden estos contratar con los operadores que no tuvieron acceso a esas zonas, y lógicamente el establecimiento de condiciones injustificadas a los arrendatarios, impidiéndoles así la realización del comercio.

Una vez definidas las posturas nos remitiremos a los que dice el artículo 5 de la LORCPM sobre el Mercado Relevante: “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para



ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado."

El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

El mercado geográfico comprende, el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.

La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.



La ley es muy clara al determinar los factores o elementos que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, debe considerar para definir el mercado relevante en un caso concreto. La misma determina que se revisara el mercado del producto o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. También deberá observarse el mercado geográfico que está compuesto por las zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del bien o servicio.

Por lo que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, no solo debería considerar como mercado relevante los inmuebles arrendados por CONCEL sino también todos los sitios potenciales para arrendar e instalar infraestructura de telecomunicación, ya que los mismos son sustitutos de los sitios arrendados, es más CONCEL en sus argumentos demuestra la existencia de inmuebles en las mismas zonas que son aptos y que poseen las mismas condiciones que los arrendados, para la colocación de dichas infraestructuras. Por lo que se puede apreciar la falta de análisis por parte de la Superintendencia en cuanto a las posibilidades de sustitución. Además, a la hora de determinar el mercado geográfico, se lo determina al mercado nacional por lo que no se analizan los mercados locales específicos donde están ubicados los sitios a los cuales la CNT no tuvo acceso.

Así mismo, a la hora de determinar el mercado relevante, se confunde la compartición de infraestructura y el arrendamiento de inmuebles. La CNT nunca solicitó la compartición de infraestructura, ya que de haber sido ese el caso, las conductas se deberían someter a lo que dice el “Reglamento de



Acceso y Uso Compartido de Telecomunicaciones" emitido por CONATEL y que se encuentra vigente hasta la fecha. Del mismo modo, en cuanto al arrendamiento de bienes inmuebles para la colocación de infraestructura, se debe estar consciente de que CONECEL no es oferente de este mercado.

3.2.2. Determinación de la Posición de Dominio

Una vez determinado el mercado relevante (mercado del servicio de telecomunicaciones), la Comisión de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado señaló a CONECEL como el operador económico que tiene posición de dominio sobre el mismo.

La posición de dominio en un mercado determinado, implica que el operador que lo ostenta debe influir en los precios y debe tener la capacidad de actuar con independencia de los demás competidores.

Para CONECEL al señalar como mercado relevante el de arriendo de bienes inmuebles para la colocación de infraestructura, manifiestan que no tiene poder sobre este mercado en cuestión. Por lo que no se puede abusar de algo que no se tiene.

La CNT en su denuncia sostiene que CONECEL tiene poder de dominio en el mercado de las telecomunicaciones, y esto debido a una declaratoria realizada el 30 de julio de 2010 por CONATEL, donde calificó y declaró a la compañía CONECEL como Operador Dominante en el mercado móvil-móvil para el servicio de voz en todo el territorio ecuatoriano. Sin embargo, desde que la LORCPM entro en vigencia, el ente encargado para determinar la



posición de dominio de los operadores económicos en el mercado es la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

Art. 8.- Determinación del Poder de Mercado.- Para determinar si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante, debe considerarse, entre otros, uno o varios de los siguientes criterios:

- a. Su participación en ese mercado, de forma directa o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas, y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder.*
- b. La existencia de barreras a la entrada y salida, de tipo legal, contractual, económico o estratégico; y, los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores.*
- c. La existencia de competidores, clientes o proveedores y su respectiva capacidad de ejercer poder de mercado.*
- d. Las posibilidades de acceso del operador económico y sus competidores a las fuentes de insumos, información, redes de distribución, crédito o tecnología.*
- e. Su comportamiento reciente.*



f. La disputabilidad del mercado.

g. Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios;

h. El grado en que el bien o el servicio de que se trate sea sustituible, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas y el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.

La Superintendencia no considera todos los parámetros establecidos en la ley para determinar el poder de mercado, solo se basa en que CONECEL tiene la mayor cuota de mercado que los demás competidores (68,81%), y como vemos este se queda corto en un mercado tan dinámico como el de las telecomunicaciones. Como se vio en el capítulo segundo la cuota de mercado es un elemento importante a la hora de determinar el poder de mercado de un operador económico, pero no se puede tomar como factor determinador del mismo. Además el punto de partida es la determinación del mercado relevante, mismo en el que las partes discrepan por lo que si se tomara en cuenta el análisis de realizado por CONECEL, esta no tendría poder en el mercado relevante de arriendo de bienes inmuebles para la colocación de radio bases celulares.

3.2.3. Supuesto de Abuso de Poder de Mercado

La Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado en su resolución determina que CONOCEL



incurre en las conductas tipificadas en artículo 9 numerales 1, 10 y 19 de la LORCPM.

Se considera que el establecimiento de la cláusula de exclusividad en los contratos de arrendamiento de inmuebles para colocación de infraestructura es un abuso de la posición de dominio que tiene CONECEL en el mercado de las telecomunicaciones, que las mismas han generado barreras de entrada contractual a los otros operadores económicos en telecomunicaciones, alterando la capacidad de oferta de sus competidores y adicionalmente produciéndose barreras de entrada aguas abajo para los usuarios y clientes de productos en telecomunicaciones.

Para esto analizaremos las conductas tipificadas en estos numerales.

Art. 9.- Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:

1.- Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en



un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia.

10.- La incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros.

19.- Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.

La existencia de las cláusulas de exclusividad son evidentes y nunca han sido negadas por CONECEL, ya que estas datan desde el año de 1991 hasta los contratos suscritos en el año 2012, por lo que al encontrarse prohibidas por la ley que entró en vigencia en el 2011, se comprende que exista una sanción para CONECEL. Pero con la existencia de las mismas no se demuestra que CONECEL haya falseado o distorsionado la competencia, únicamente se ha aseverado esto, mas no se ha comprobado. Es decir que la CNT únicamente argumenta que la cláusula de exclusividad existente en los contratos atenta contra la competencia, pero no determina como efectivamente estas le han afectado o le podrían afectar en el desarrollo de sus actividades, y nunca mencionan si es que han hecho algún tipo de estudio para determinar la existencia o no de inmuebles sustitutos a los arrendados por CONECEL para la instalación de radio bases celulares.



3.2.4. Compromisos de cese

Para Andrés Calderón, a través de los compromisos de cese, las empresas que son investigadas por la comisión de prácticas anticompetitivas pueden llegar a acuerdos con las agencias antitrust para cesar o modificar la conducta investigada sin necesidad de imponer una sanción. Con ello, se logra solucionar de manera más expeditiva el posible daño a la competencia, sin necesidad de invertir en más gastos de investigación o de litigación entre la autoridad fiscalizadora y la empresa que se defiende.

El 30 de julio de 2013 la Comisión de Resolución de Primera Instancia designada para esta investigación, rechaza la propuesta de compromisos de cese presentada por CONOCEL el 20 de junio de 2013, aduciendo que el mismo no reconoce los hechos denunciados, por lo que no se ajusta a lo que determinan los arts 89 y 90 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Además porque la propuesta no da certeza respecto del cumplimiento de las medidas de cese propuestas.

El 24 de enero de 2014 la misma Comisión, rechaza la segunda propuesta de compromisos de cesa presentada por CONECEL el 16 de diciembre de 2013, sosteniendo que la misma carece del componente que busca subsanar daños, perjuicios o efectos que se produzcan en el mercado relevante de las telecomunicaciones y en beneficio de las y los consumidores y usuarios del sistema de telefonía móvil.



Art. 89.- Compromisos.- Hasta antes de la resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el o los operadores económicos investigados, relacionados o denunciados podrán presentar una propuesta de compromiso por medio del cual se comprometen en cesar la conducta objeto de la investigación y a subsanar, de ser el caso, los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores sus prácticas anticompetitivas.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la facultad de suspender los términos y plazos del trámite hasta por ciento veinte días término para llegar a un compromiso, generando una suspensión de los demás plazos previstos.

La propuesta de compromiso será aprobada, modificada o rechazada hasta en el término de cuarenta y cinco días, que decurren desde la fecha de presentación de la propuesta.

Art. 90.- Evaluación de la solicitud de compromiso.-

Para evaluar la solicitud de compromiso de cese, y en ejercicio de una facultad discrecional, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tomará en consideración el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

1. Que la totalidad o una parte de los operadores económicos investigados efectúe un reconocimiento de todos o algunos hechos de la



denuncia o de los cargos imputados. Dicho reconocimiento debe resultar verosímil a la luz de los medios de prueba que obren en el expediente principal o que hayan sido aportados por las partes en el marco del procedimiento de aprobación del compromiso de cese;

2. Que los operadores económicos investigados ofrezcan medidas correctivas que permitan verificar el cese de la práctica anticompetitiva denunciada y que garanticen que no serán reincidentes. Adicionalmente, podrán ofrecerse medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda de los infractores.

La Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado rechazó las dos propuestas de compromiso de cese presentadas por CONECEL, y se fundamentaron en que las mismas no se ajustan o cumplen con lo que determinan los artículos 89 y 90 de la LORCPM.

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (LORCPM), en el cuanto a los compromisos de cese señala que el operador económico investigado deberá reconocer todos o algunos de los hechos de la denuncia o de los cargos imputados.

CONECEL no niega la existencia de la cláusula de exclusividad en algunos de sus contratos de arrendamiento de inmuebles para colocación de infraestructura, sino todo lo contrario, admite la existencia de la misma, sin embargo no reconocen que esta constituya o se encuadre en una conducta de abuso de poder de mercado. Señalan que la cláusula de exclusividad persiste



en los contratos debido a un error involuntario y que por lo tanto desde la entrada en vigencia de la LORCPM no se adecuaron los contratos a la misma, pero no hay intención directa o indirecta de restringir o afectar el normal desarrollo del mercado de telecomunicaciones. Por lo que CONECEL no admite el abuso de poder de mercado, porque se estaría declarando culpable.

La Superintendencia señala además que estas propuestas no ofrecen las medidas correctivas que permitan verificar el cese de las prácticas anticompetitivas denunciadas, sin embargo CONECEL en sus propuestas demostró su voluntad de querer llegar a un acuerdo con el órgano de control y dentro de su propuesta señalo que las mismas iban a quedar sin efecto y que se notificaría a todos los dueños de los inmuebles. Finalmente la negativa a la segunda propuesta se sustenta en que CONECEL no establecía la reparación económica pese a que no se acredita un daño económico en el expediente del caso, es más nunca se sugiere por parte de la autoridad de que se realice una negociación sobre los montos de compensación.

Con ambas propuestas rechazadas, el proceso siguió su curso, solo que con el adicional de que estas propuestas de compromisos de cese sirvieron de sustento para que la prensa diga que CONECEL infringía la ley.

3.2.5. Sanción

Por todas las consideraciones expuestas, de conformidad con el Art. 61 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, esta comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado, RESUELVE: Imponer la multa de



Ciento treinta y ocho millones cuatrocientos noventa y cinco mil novecientos sesenta y cuatro 60/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$138.495.964,60).

La Comisión de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado sustenta las sanciones indicando únicamente los efectos que la cláusula de exclusividad pudo tener en el acceso y competencia del mercado basándose en una definición errónea e incompleta del mercado relevante en este caso concreto. Clara falta de motivación en el informe final.

La Constitución defiende el principio de proporcionalidad de las sanciones, en su

Art. 76.-“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguiente garantía básica”:

La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

Art. 80.- Criterios para la determinación del importe de las sanciones.- El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:

- a. La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.*
- b. La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables. c. El alcance de la infracción.*



- d. La duración de la infracción.*
- e. El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.*
- f. Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.*
- g. Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables.*

La fijación de la sanción se la hace en función al volumen de negocios en el mercado relevante del año 2012. Los cálculos realizados por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado superan el máximo aplicable del 10% el volumen de negocios, considerando como grave la conducta denunciada. Por lo que resuelve aplicar como multa final el 10% del volumen total de negocios de la persona jurídica CONCEL, determinada para el ejercicio económico del año fiscal 2012.

Por lo que consideramos que dado a las falencias durante la investigación y al momento de determinar o definir a los factores determinantes tales como mercado relevante o poder de mercado, la sanción es excesiva, está en detrimento de un operador económico eficiente.



CONCLUSIONES

En base al proyecto desarrollado concluyo lo siguiente:

El Derecho de Competencia es una rama relativamente nueva en el Ecuador a pesar de su trascendencia en el desarrollo económico mundial.

La falta de conocimiento del Derecho de Competencia se ve reflejada en la práctica y aplicación del mismo.

El Derecho de la Competencia ha ido evolucionando en los diferentes países, su aplicación tiene la finalidad de proteger la libre competencia y la eficiencia económica de los mercados.

En el Ecuador la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado entra en vigencia desde el año 2011. Por lo que a través de esta ley, se crea la Superintendencia de Control de Poder de Mercado como ente regulador.

El abuso del poder de mercado, es una de las categorías de prácticas sancionadas por el Derecho de Competencia. El sujeto de la regulación es calificado, a saber, el actor con posición dominante. Esta posición tiene por supuesto que el actor tiene una influencia decisiva sobre los precios y el nivel de producción, es decir influye en los precios y actúa con independencia de los demás operadores económicos en un mercado relevante.

El poder de dominio de un operador económico en un mercado relevante no es ilegal, más bien es un premio a su eficiencia. Lo que sí es una infracción a la



ley es el abuso del mismo al realizar conductas que encajan en lo que está tipificado en la ley. Y deben afectar a la competencia y a los consumidores.

La LORCPM tiene por objetivo la tutela del bienestar de los consumidores a través de la eficiencia económica, por lo que no sanciona el poder de mercado, sino las conductas que sean consideradas abusivas, que atenten contra la eficiencia o el bienestar de los consumidores.

El abuso de poder de mercado implica que un actor ya calificado como dominante incurra en una conducta abusiva.

Varias de las figuras creadas por la ley resultan eficaces para prevenir y sancionar las conductas que ponen en riesgo la eficiencia económica de los mercados.

Muchas conductas de abuso de posición de domino pueden no afectar a la eficiencia económica. Requieren de un análisis casuístico a efectos de determinar si son ilícitas o no.

El poder de mercado, entendido como la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado, debe ser probado dentro del análisis de presuntas conductas de abuso del mismo.

La LORCPM regula en su art 9 diferentes conductas en las que al incurrir un operado económico con poder de mercado, estaría cometiendo abuso.



La Superintendencia de Control de Poder de Mercado, tiene un poder inmenso, mismo que se refleja en la ley pero sobre todo en el caso analizado en el capítulo tercero.

La falta de cultura de competencia en el Ecuador es notoria por parte de los profesionales en derecho e incluso por la autoridad competente de la misma y esto se ve reflejado en la resolución analizada en el capítulo tercero.



RECOMENDACIONES

Las recomendaciones que se plantea son las siguientes:

Determinar el Mercado Relevante y analizar todos los elementos señalados por la ley a la hora de realizar el fallo, ya que resulta que a partir de este se hace el estudio del poder de mercado y del abuso de ser el caso.

Estudiar adecuadamente la composición y características de un mercado relevante determinado, para así definir si un operador tienen o no poder en el mismo. Los criterios son: el número de competidores en mercado y su capacidad de influir en precios –elemento esencial de la calificación del sujeto–.

También se debe verificar la existencia de barreras de entrada.

Incorporar en las universidades dentro del pensum de estudio al derecho de competencia, porque antes se lo veía como algo lejano, pero ahora es una realidad que cuenta con su propia ley y reglamento de aplicación, de la cual no nos podemos quedar atrás.

Depurar la normativa en que la ley contempla hipótesis que puede restringir la competencia, de modo que las conductas tipificadas no se repitan y que los tipos no sean ambiguos.

Para imponer una sanción se debe analizar caso por caso las consecuencias en el excedente social de las conductas investigadas. Tomando en cuenta de que el Derecho de la Competencia parte del supuesto de que el mecanismo de mercado, es el método más eficiente de distribución de los recursos escasos, y que la finalidad es corregir el abuso de poder de mercado.



BIBLIOGRAFIA.

- PORTER, M., (1991), "The Competitive Advantage of Nations".
Montgomery, C. y Porter, M. (Eds), Strategy, Harvard Business Review Book Series.
- PORTER, M., (1985), Competitive Advantage: Creating and sustaining superior performance, New York Free Press.
- PORTER, M., (1980), Competitive Strategy: Techniques for analyzing industries and competitors, New York Free Press.
- OXENFELDT, A., & MOORE, W., (1978), "Customer or Competitor: Which Guideline for Marketing?", Management Review, August, pp. A3-48.
- Londoño, D. (2001). La posición dominante en el Mercado Financiero Colombiano. Visión Crítica del Sistema a la luz de las Normas Internacionales. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis10.pdf>
- Cabanellas de las Cuevas, G. (2005). Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia. Buenos Aires: Heliasta
- Tucker, I. (2002). Fundamentos de economía. México: Thomson Learning.
- Velandia, M. (2011). Derecho de la competencia y del consumo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.



- Samuelson, P. y Nordhaus, W. (2002). Economía. Madrid: Mc Graw Hill
- Mochón, F. (2001). Principios de economía. Madrid: Mc Graw Hill.
- Bullard González, A. Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales. 2^a edición. Lima: Palestra.
- Cerdá Martínez, P. (2008), La Igualdad en el Derecho de Defensa de la Competencia. Valencia: Tirant Le Blanch. p. 38.
- Marín Sevilla, M. (2010, Diciembre). “El derecho de Competencia en la Constitución del Ecuador”. Universidad de los Hemisferios, IUS HUMANI, Revista de Derecho, (2). Quito. Ecuador.
- Cortázar Mora, J. (2011). Curso de Derecho de la Competencia. 1ra. Edición. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá, Colombia. Editorial TEMIS.
- Broseta Pont, M & Martínez Sanz, F. (2008). Manual de Derecho Mercantil. Madrid: Tecnos.
- Chuliá Fernando, V. (2008). Introducción al Derecho Mercantil. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.
- Cevallos Vásquez, V. (2012). Libre Competencia, Derecho De Consumo Y Contratos. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Marín Sevilla, M, et al. Régimen De Competencia: Toda La Regulación De Competencia, Con Comentarios a Las Principales Normas. Ed. Juan Carlos. Riofrío Martínez-Villalba & Marín Sevilla, M. (2012). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Olavarría Iglesia, J., Marimón Durá, R. & Viciano Pastor, J. (2010). Legislación Mercantil básica. Valencia: Tirant Lo Blanch.



- Sánchez Calero, F & Sánchez Calero, J. (2004). *Instituciones de Derecho Mercantil*. Madrid: McGraw-Hill.
- Sánchez Calero, F. (2000). *Principios de Derecho Mercantil*. Madrid: McGraw-Hill.
- Ley de Defensa de la Competencia. (2007, Julio 4). *Boletín Oficial del Estado* núm.159.
- Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. (2011, Octubre 13). *Registro Oficial Suplemento* 555.
- Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. (2012, Mayo 7). *Registro Oficial* 697.
- Garrigues, J. (1987) *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Bogotá: Temis.
- Witker, J. (2000). *Derecho de la Competencia en América*. Fondo de Cultura Económica. Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México. Chile.
- Witker, J. (2003). *Derecho de la Competencia Económica en el TLCAN*. Universidad Autónoma de México. México DF. Editorial Porrúa.
- ANDRADE, S. *Diccionario de Economía*, Tercera Edición, Editorial Andrade
- Philip, K. (1992). *Dirección de Marketing: Análisis, planificación, gestión y control*, McGraw-Hill
- CALVO CARAVACA & FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA. (1999, Abril). “*Política y Derecho de la competencia en la CEE: una aproximación*”, *RGD*, núm. 583, pág. 3383.



- Tarziján, M. & Ricardo Paredes, M. "Organización industrial para la estrategia empresarial", 2da edición, p. 84.
- Naranjo E. & Pacheco, M. (2013). "Análisis comparado de las prácticas monopolísticas verticales en las legislaciones centroamericanas". Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. págs. 17-18.
- Constitución Ecuatoriana. (1998). Artículo 244 numeral 3.
- La Ley de Defensa de la Competencia Española. (2007, Julio 4). Publicada en el Boletín Oficial del Estado No. 159. Recuperado de <http://www.boe.es/boe/dias/2007/07/04/pdfs/A28848-28872.pdf>.
- Rudo, Joachim. German Antitrust. (2014, Octubre 1). Normativa alemana antimonopolio. Recuperado de <http://www.antitrust.de/>.
- Comunidad Andina de Naciones. (2014). Decisión 608.
- Cortázar Mora, J. (2011). Curso de Derecho de la Competencia. Bogotá Colombia.1ra. Edición. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Editorial TEMIS.
- Ginebra Serrabou, X. (2012). Teoría General del Derecho de la Competencia. Aspectos Económicos, Jurídicos y Humanísticos. Mexico.1ra edición Editorial Porrúa.
- Ibañez, C., Lamadrid, A., Maillo, J. & Ortiz, L. (2000). "Manual de Derecho de la Competencia", Madrid, España, Editorial Tecnos.
- Bullard González, A. (2009). Derecho Y Economía. 2nd ed. Lima: Palestra.



- Coloma, Germán. *Defensa De La Competencia*. (2003). Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003.
- Gutiérrez, I. & Padilla, J. (2006). “Una Racionalización Económica Del Concepto De Posición Dominante.” *El Abuso De La Posición De Dominio*. Ed. Santiago
- Martínez Lage & Juan Amadeo Petibó. (2006). Madrid: Marcial Pons.
- La Gran Enciclopedia de Economía. (2009). Barreras de Salida. Recuperado de <http://www.economia48.com/spa/d/barreras-de-salida/barreras-de-salida.htm>
- Martínez Medrano, G. (2002). “Control de los Monopolios y defensa de la competencia”, Buenos Aires, Ediciones Depalma.
- Lutzky, C. (1993). “El orden económico, las formas de mercado y la defensa de la competencia”, Buenos Aires, AR: Ciudad Argentina.
- Illescas Ortiz, R. (1993). “Propiedad industrial y competencia empresarial: mercado relevante y derecho aplicable, Madrid, ES: Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio.
- Cabanellas, G. (1993). “Derecho antimonopólico y de la defensa de la competencia”, Buenos Aires, AR: Heliastra.
- Petitbó Juan, A. (2012). “La defensa de la competencia: derecho y economía”, Madrid, ES: Iustel.
- Bello Paredes, S. (2011). “Defensa de la competencia y protección de los consumidores: dos ámbitos conexos de la acción administrativa”, Madrid, ES: La Ley.



- Robles Marín-Laborda, A. (2001). “Libre competencia y competencia desleal: examen del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia”, Madrid, ES: La ley.
- Vaz, I. (2000). “Las tres vertientes del derecho de la competencia, Buenos Aires, AR: Ciudad Argentina.
- Faull, Jonathan y Nikpay, ALI, The EEC COMPETITION, Oxford University Press, segunda edición, OXFORD.
- Jiménez Fernando y Cañizares Enrique. (2005) “Dificultades para la definición del Mercado relevante”, Madrid